

*Quaderni camerti di studi romanistici*  
*International Survey of Roman Law*

Direttori Luigi Labruna, Cosimo Cascione

Sotto gli auspici  
della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino  
e del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert  
per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti».

Organo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano».  
Presidente Pierangelo Catalano.

Comitato direttivo: Ignazio Buti, Luigi Capogrossi Colognesi, Pierangelo Catalano, Luigi Labruna, Giovanni Lobrano, Sandro Schipani.

Comitato di redazione: Carla Masi Doria, Felice Mercogliano, Natale Rampazzo, Francesca Reduzzi Merola.

Comitato scientifico:	
Jean Andreau Paris EHESS	Giovanni Lobrano Sassari
Hans Ankum Amsterdam	Carla Masi Doria Napoli Federico II
Ignazio Buti Camerino	Thomas A.J. McGinn Nashville Vanderbilt
Luigi Capogrossi Colognesi Roma Sapienza	Pascal Pichonnaz Fribourg
Alessandro Corbino Catania	Isabella Piro Catanzaro Magna Græcia
M. Floriana Cursi Teramo	J. Michael Rainer Salzburg
Teresa Giménez-Candela Barcelona Autònoma	Francesca Reduzzi Merola Napoli Federico II
Fausto Gorla Torino	Martin J. Schermaier Bonn
Michel Humbert Paris II	Sandro Schipani Roma Sapienza
Éva Jakab Szeged	Gunter Wesener Graz
Rolf Knütel Bonn	Laurens Winkel Rotterdam
	Witold Wołodkiewicz Warszawa

*In redazione:*

Valeria Di Nisio (coord.), Nunzia Donadio, Giovanna D. Merola  
Paola Santini, Caterina Trocini, Fabiana Tuccillo

*con*

Silvia Capasso, Rosaria Mazzola, Mauro Osses Ardiles  
Angelina Troiano, Francesco Verrico

Volume realizzato con l'intervento della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino e del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti».

<i>Scritti di:</i>	Nunzia Donadio	Donatella Monteverdi
	Martina D'Onofrio	Michele Pedone
Samir Aličić	Maurizio d'Orta	Martin Pennitz
Cesare Alzati	Alberto Filippi	Jurij Petrov
Marco Auciello	Thomas Finkenauer	Sara Pilloni
Tommaso Beggio	Mario Fiorentini	Johannes Platschek
Pierangelo Buongiorno	Vincenzo Giuffrè	J.-D. Rodríguez Martín
Silvia Capasso	Donato Greco	Annamaria Salomone
Luigi Capogrossi Colognesi	Laura Gutiérrez Masson	Sofia Sanfilippo
Adelaide Caravaglios	Fabian Klinck	Paola Santini
Anna Cardellini	Luigi Labruna	Gianni Santucci
Riccardo Cardilli	Umberto Laffi	Paolo Siniscalco
Consuelo Carrasco García	Francesca Lamberti	Marek Sobczyk
Cosimo Cascione	P. López Barja de Quiroga	Pia Starace
Santiago Castán	Luca Loschiavo	Armando Torrent
Alfonso Castro Sáenz	Giorgia Maragno	Caterina Trocini
Pierangelo Catalano	Giulio Massimilla	Angelina Troiano
Raffaele Coppola	Rosaria Mazzola	Fabiana Tuccillo
Raffaele D'Alessio	Felice Mercogliano	Franco Vallocchia
Alberto Dalla Rosa	Valerio Massimo Minale	Mario Varvaro
Sabrina Di Maria	Rita Miranda	Giorgio Vespignani
Valeria Di Nisio	Cosima Möller	Ana Zaera

1. Cloaca è sinonimo di quanto di piú disgustoso vi sia nella vita umana: acque luride, immondizie, fetore. Tutti elementi da separare dalla vita civile ma con cui è necessario fare i conti per escogitare modi opportuni di separazione dai luoghi dove si svolge la vita quotidiana. Necessità che fino a non molto tempo fa non rivestivano alcun interesse tra gli archeologi e i giuristi, ma che finalmente da una ventina d'anni sono tornate a solleticare la nostra curiosità e il nostro olfatto: ne è nata anche una sorta di 'archeologia degli odori (cattivi)', almeno a partire dalla 'storia culturale dell'aroma' di Constance Classen, David Howes ed Anthony Synnott<sup>1</sup>. Qui io mi limiterò ad analizzare testimonianze prevalentemente giuridiche.

L'esigenza piú urgente avvertita in relazione alle fognature (e senza differenze a seconda della loro natura pubblica o privata) era che venissero tenute sempre pulite. A questo scopo il pretore tutelava in via interdittale chi volesse procedere a spurgare una fognatura privata, contro eventuali atti di turbativa da altri opposti allo scopo di impedirlo: si trattava di un interdetto proibitorio, che vietava di fare violenza contro chi volesse restaurare o spurgare una cloaca privata, e di uno restitutorio, che imponeva il ripristino di una fognatura pubblica da parte di chi in essa avesse fatto o immesso qualcosa che ne avesse pregiudicato la funzionalità<sup>2</sup>. Ulpiano trasmette il testo di ciascuno di questi interdetti, da cui ricaviamo qualche indicazione abbastanza sorprendente. Com'è noto, il primo è concepito in questi termini:

\* Versione ampliata della relazione tenuta il 6 aprile 2017 al Convegno *I sistemi di smaltimento delle acque nel mondo antico*, Aquileia, 6-8 aprile 2017.

<sup>1</sup> C. Classen, D. Howes, A. Synnott, *Aroma. The Cultural History of Smell* (London 1994). Mi riferisco inoltre all'ottima sintesi di A.O. Koloski-Ostrow, *Roman urban smells: the Archaeological Evidence*, in M. Bradley (ed.), *Smell and the Ancient Senses* (London-New York 2015) 90-109. Ma ricordo anche il grido liberatorio di A. Carandini, *I rifiuti finalmente accolti. Appunti per l'utilizzo investigativo delle immondizie e per una teologia della purificazione*, in X. Dupré Raventós, J.A. Remolà Vallverdú (ed.), *'Sordes Urbis'. La eliminación de residuos en la ciudad romana*. Actas de la Reunión de Roma, 15-16 de noviembre de 1996 (Roma 2000) 1 s. <sup>2</sup> I. Israelowich, *Patients and Healers in the High Roman Empire* (Baltimore 2015) 126, fa molta confusione, dimostrando di non essere a suo agio con le fonti del diritto di Roma antica (un fatto tanto piú deprecabile in quanto il libro è pubblicato da una delle piú prestigiose istituzioni universitarie americane, la John Hopkins): egli, sulla scorta del passo di Ulpiano, afferma che «Roman legislators assigned the responsibility of maintaining the cleanliness and good form of the city sewers to the urban praetor». Ma il pretore urbano non aveva alcuna «responsibility» circa le fogne, e soprattutto non gliela aveva attribuita alcun non meglio specificato «legislator»: anzi, per quelle private egli, predisponendo interdetti, ne rilasciava la cura ai privati; per quelle pubbliche vi era sí una *publica cura*, che però non era affidata a lui ma, almeno da età traianea, ai *curatores alvei Tiberis et cloacarum*. La confusione dei ruoli e delle competenze è davvero disarmante.

D. 43.23.1 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*). Praetor ait: 'Quo minus illi cloacam quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo'.

L'interdetto proibitorio mirava dunque a vietare atti di turbativa operati da un soggetto contro il vicino che volesse *reficere* o *purgare* una fognatura privata che, muovendo dalla casa di quest'ultimo, si dirigesse verso quella del primo. Il senso dell'altrimenti poco comprensibile termine edittale *pertinet* era interpretato dallo stesso Ulpiano, nel successivo § 10, proprio nel senso di 'dirigersi':

D. 43.23.1.10 (Ulp. 71 *ad ed.*). Quod ait praetor 'pertinet' hoc significat, quod ex aedibus eius in tuas pertinet, hoc est 'derigitur, extenditur, pervenit'.

Il secondo aveva questa formulazione:

D. 43.23.1.15 (Ulp. 71 *ad ed.*). Deinde ait praetor: 'Quod in cloaca publica factum sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. Item ne quid fiat immittaturve, interdicam'.

Il restitutorio ordinava il ripristino delle normali condizioni di operatività di una fognatura pubblica che un privato avesse danneggiato con manufatti o immissioni che ne avessero compromesso la funzionalità (*usus deterior*).

Prima osservazione abbastanza sorprendente: mentre in genere il pretore accompagnava un interdetto proibitorio del tipo *ne facias*, finalizzato ad impedire la costruzione di un manufatto, con un restitutorio destinato alla rimozione dello stesso manufatto se già completato, in questo caso i due provvedimenti pretori si indirizzavano a situazioni del tutto diverse: il proibitorio inibiva le turbative dirette ad impedire lo spurgo di una fogna *privata*, quello restitutorio mirava al ripristino delle normali condizioni di scorrimento delle acque reflue di una fogna *pubblica*, compromesse da una costruzione o da un'immissione privata. La clausola finale presente nel § 15, *ne quid fiat immittaturve, interdicam*, necessita di un'analisi a parte, che sarà tentata nel corso di questa ricerca.

2. Iniziamo dall'interdetto proibitorio a tutela delle cloache private. Prima ancora di illustrarne lemmaticamente i *verba edicti*, Ulpiano metteva in luce la finalità propostasi dal pretore: è un chiarimento di estrema importanza, che permette di comprendere al meglio alcune singolarità della formulazione dell'interdetto:

D. 43.23.1.2 (Ulp. 71 *ad ed.*). Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salutem civitatum et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.

L'intento generale perseguito dal pretore consisteva dunque nella tutela dell'incolumità degli edifici urbani, ma soprattutto delle condizioni igieniche e sanitarie urbane. Attraverso la corretta e continua manutenzione delle fogne, infatti, si assicurava non solo la stabilità degli edifici, altrimenti minacciata dalle infiltrazioni d'umidità provocate dal ristagno delle acque luride<sup>3</sup>, ma soprattutto l'igiene urbana, la *salubritas civitatum*.

Fedele all'impianto lemmatico peculiare dei commentari all'editto, Ulpiano prosegue definendo la *cloaca*:

D. 43.23.1.4-6 (Ulp. 71 *ad ed.*). Cloaca autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat ... 6. Cloacae appellatione et tubus et fistula continetur.

Quindi, in relazione agli interdetti *de cloacis*, il pretore si riferiva sia a canalizzazioni a cielo aperto sia a reti di smaltimento delle acque luride convogliate in tubi di terracotta (*tubuli*) o di piombo (*fistulae*). La definizione ulpiana è in linea con quelle dei lessicografi e più in generale col vocabolario tecnico dei manufatti di smaltimento, che descrivono le *cloacae* come impianti in cui i liquami scorrono, come appare nel *cloacale flumen* di cui parla già Catone il Censore:

Paul.-Fest. s.v. «*Cloacale flumen*» [52 L.]. Cloacale flumen dixit Cato pro cloacarum omnium conluvie,

dove *conluvie* indica l'indistinta massa, liquida e solida, dei rifiuti umani che il 'fiume fognario' porta via con una corrente continua<sup>4</sup>. Ne erano pertanto esclusi non solo *fossae, cuniculi, canales*, che avevano altre funzioni, ma anche i pozzi neri, recipienti nei quali i liquami si depositavano e che dovevano essere periodicamente svuotati da personale dedicato, gli *stercorarii*<sup>5</sup>. Va tuttavia detto che il termine giunge a designare il condotto di smaltimento dei liquami cittadini solo in età relativamente tarda, dato che il significato originale è molto più ampio, designando qualsiasi sistema non solo di smaltimento delle acque nere ma anche di drenaggio idrico, secondo l'antica concezione di Rodolfo Lanciani, che conserva tutt'oggi una piena validità<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A proposito delle *ruinae* A. Scobie, *Slums, sanitation and Mortality in the Roman World*, in *Klio* 68 (1986) 408, pur esprimendo dubbi sulla reale portata dell'osservazione di Ulpiano, avanza plausibilmente l'ipotesi che il giurista si riferisse a «floods with consequent scouring out of foundations and the dissolving of mud-brick structures». <sup>4</sup> Una buona indagine lessicale sugli usi propri e metaforici di *conluvie* fu condotta da E. Gowers, *The Anatomy of Rome from Capitol to Cloaca*, in *JRS* 85 (1995) 23-32, 29 s. <sup>5</sup> Rimando per tutto questo a S. Panciera, *Nettezza urbana a Roma. Organizzazione e responsabili*, in *'Sordes urbis'* cit. 95-105, 100; e a D. Palombi, *Receptaculum omnium purgamentorum urbis* (*Liv.* 1, 56, 2): *Cloaca Massima e storia urbana*, in *AC* 64 (2013) 133. <sup>6</sup> R. Lanciani, *The ruins and excavations of ancient Rome. A companion book for students and travellers* (London 1897) 30 s. Accetta questa impostazione anche D. Palombi, *Receptaculum* cit.134 nt. 4, ove, a proposito del *Curcu-*

Il pretore, però, benché in genere, nel concedere gli interdetti, operasse sempre compiendo un sapiente bilanciamento degli interessi privati in conflitto, in questo caso non si attenne a questa linea di condotta. Nella generalità dei casi, infatti, la tutela interdittale era sí fornita a chi avesse subito atti di turbativa diretti ad impedirgli di esercitare una certa attività, ma a condizione che questa attività non fosse stata iniziata con violenza, clandestinamente o per concessione precaria: *vi, clam, precario*. Perciò, se chi chiedeva l'interdetto avesse avviato la sua attività in uno di questi tre modi, il pretore non gli avrebbe concesso l'interdetto, in tal modo autorizzando implicitamente l'atto violento dell'avversario, che in pratica sarebbe stato assimilato ad un atto di autotutela legittima.

Nel caso del *de cloacis*, invece, Ulpiano escludeva che il pretore attuasse questo prudente bilanciamento degli interessi privati in conflitto tra loro:

D. 43.23.1.7 (Ulp. 71 *ad ed.*). Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit non esse in interdicto addendum 'quod non vi non clam non precario ab illo usus', ut, etiamsi quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.

Ulpiano spiega l'assenza della *clausula vitii* dalla formula dell'interdetto con questo argomento: anche se l'uso della fognatura sia esercitato *vi, clam, precario* e chi la usi in tal modo voglia restaurarla o spurgarla, nessuno glielo può impedire asserendo che l'uso della fogna era infirmato da quel vizio d'origine. La ragione è la stessa che il giurista aveva proposto poco prima in relazione alla funzione generale degli interdetti *de cloacis*: la *publica utilitas*, consistente nella necessità che le fognature siano sempre accuratamente tenute pulite e prive di occlusioni, predomina senza riserve sull'interesse del privato ad impedire l'ingresso altrui nel proprio fondo urbano per compiere le manutenzioni ordinarie e straordinarie. Qui singolarmente Antonio Palma ha rovesciato il senso del passo: quello che nelle parole di Ulpiano è un proposito assunto spontaneamente (*volens*) dal *reficiens*, vanificato dalla reazione violenta del vicino, a sua volta arrestata grazie all'emanazione dell'interdetto, nell'ottica dello studioso napoletano diventa un obbligo a cui egli è in ogni caso tenuto<sup>7</sup>. A

lio di Plauto nel quale, ai vv. 475-476, il commediografo afferma *in foro infimo boni homines atque dites ambulat, / in medio propter canalem, ibi ostentatores meri*, lo studioso afferma: «La commedia ... potrebbe tramandare la piú antica citazione diretta della cloaca nel suo tratto forense; la definizione di *canalis* ... potrebbe aver costituito la denominazione originaria del condotto concepito, sostanzialmente, con funzione drenante (quella attuata all'epoca dei re) e prima di una sua specifica ed esclusiva finalizzazione igienica».

<sup>7</sup> A. Palma, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica* (Torino 1988) 142, ove, in relazione a D. 43.23.1.7, l'autore afferma: «La *publica utilitas* alla *refectio* delle fogne è l'interesse prevalente nella

mio parere Ulpiano voleva invece affermare che, anche se la fogna fosse stata usata *vi, clam, precario*, il suo autore non avrebbe potuto essere ostacolato se avesse voluto spurgarla.

L'assenza della *clausula vitii* spiega anche un'altra singolarità, connessa all'interdetto *uti possidetis*. Infatti dopo il testo dell'interdetto è aggiunta una clausola finale:

D. 43.17.1 pr. (Ulp. 69 *ad ed.*). Ait praetor: 'uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo'.

L'esclusione dell'*uti possidetis* nel caso delle cloache è estremamente indicativa della coerenza interna dei provvedimenti edittali. L'*uti possidetis* era un interdetto doppio, emanato cioè *alter ab altero*: ciò significa, com'è a tutti noto, che se, nei confronti dell'avversario, colui che chiedeva l'interdetto fosse entrato *vi, clam, precario* nella disponibilità del bene da cui l'avversario tentava di sloggiarlo con la forza, il pretore non glielo avrebbe concesso: il *vim fieri veto* magistratuale era infatti subordinato all'assenza del vizio d'origine del possesso del richiedente nei confronti del destinatario del comando pretorio.

Il caso dell'*uti possidetis* applicato alle cloache è un po' piú complesso. In primo luogo è necessario identificare i soggetti coinvolti. Sul punto mi pare impeccabile la vecchia ipotesi di Siro Solazzi<sup>8</sup>: il destinatario, che però il pretore tutela rifiutandosi di emanare l'interdetto, è il proprietario della fogna; pertanto il richiedente frustrato dal rifiuto magistratuale è il padrone del fondo attraversato dalla fogna, che tenta di far cessare un atto di violenza del proprietario della cloaca finalizzato, ad esempio, ad entrare nel fondo per operarvi la manutenzione. La ragione del rifiuto pretorio è chiara: se nella formulazione del *de cloacis* è assente l'*exceptio vitiosae possessionis*, che ha come conseguenza la difesa del *reficiens* pur in presenza di uso violento, clandestino o precario della cloaca, il pretore non può poi concedere al suo avversario un interdetto come l'*uti possidetis*, che ha come presupposto proprio la difesa contro un possesso viziato. E la ragione generale di questa scelta di campo del pretore è sempre la stessa: la buona tenuta delle fogne, anche private, anche illecite, è la massima garanzia della salute pubblica e pertanto assurge a valore predominante, che prevale anche sulla difesa della proprietà.

L'assoluta preminenza delle ragioni sanitarie è confermata da un *caput mandatorum* imperiale citato da Frontino:

normativa, al punto che anche lo spossessatore violento deve adempiere ad opere che attengono alla *purgatio cloacae*» (evidenziazione mia).

<sup>8</sup> S. Solazzi, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (Napoli 1949) 85 s., è la ricostruzione piú attendibile, fatta propria anche da F. Fasolino, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I sec. a.C.*, in *TSDP*. 3 (2010) 13. Tuttavia non è evidenziata la situazione di fatto che dà luogo alla richiesta dell'interdetto.

Front. *de aquaed.* 2.110-111. Impetrantur autem et eae aquae quae caducae vocantur, id est quae aut ex castellis aut ex manationibus fistularum, quod beneficium a principibus parcissime tribui solitum. Sed fraudibus aquariorum obnoxium est, quibus prohibendis quanta cura debeat, ex capite mandatorum manifestum erit quod subieci. 111. 'Caducam neminem volo ducere nisi qui meo beneficio aut priorum principum habent. Nam necesse est ex castellis aliquam partem aquae effluere, cum hoc pertineat non solum ad urbis nostrae salubritatem, sed etiam ad utilitatem cloacarum abluendarum'.

L'imperatore dispone che l'*aqua caduca*, cioè quella *quae ex lacu abundavit* (Front. *de aquaed.* 94) sia usata dai privati solo su suo esplicito e parsimoniosissimo *beneficium* (le concessioni, dice Frontino nel § 110, solitamente sono rilasciate *a principibus parcissime*), perché è necessario che una parte di essa serva a tenere le fogne sempre bagnate. Nel documento imperiale, al contrario che nel testo di Ulpiano, le ragioni sanitarie e quelle del mantenimento della pulizia delle fognature non sono unite in rapporto causale ma tenute distinte (il mandato parla della necessità della *salubritas* e del lavaggio dei condotti come di due esigenze diverse: *non solum ... sed etiam*). Resta in ogni caso il fatto che anche nel *caput mandatorum* ora citato l'accento è posto sull'*utilitas* consistente nell'esigenza che le fogne vengano tenute continuamente bagnate dall'acqua corrente<sup>9</sup>: che è poi la ragione per cui i 'nasoni' romani anch'oggi scaricano l'acqua nelle fogne senza interruzione. Non si tratta di spreco, come molti ignari credono, ma di necessità avvertita fin dall'età repubblicana.

Ma quali erano di preciso queste esigenze di sanità pubblica? La risposta è fornita ancora da Ulpiano in un inciso del § 2 che abbiamo già visto sopra, per la verità non irreprensibile sul piano stilistico<sup>10</sup>:

D. 43.23.1.2 (Ulp. 71 *ad ed.*). ... et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.

Dunque, i pericoli da evitare con la corretta manutenzione delle fogne erano due: a parte quello di crolli degli edifici, quello più temuto era il *caelum pestilens*. Le fogne non tenute in buono stato mediante periodici spurghi minacciano un «cielo pestilenziale». A cosa si riferiva Ulpiano? A

<sup>9</sup> Sull'*utilitas* come criterio ermeneutico utilizzato dai giuristi romani per controbilanciare l'applicazione rigorosa del diritto cfr. M. Navarra, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani* (Torino 2002); la quale però non considera il *caput mandatorum* citato da Plinio. <sup>10</sup> Il soggetto dell'apodosi (le *immunditiae*) non è lo stesso della protasi dell'ipotetica (le *cloacae*, sottinteso), creando un bell'anacoluto. Fortunatamente i tempi in cui un difetto stilistico era letto come cifra inconfutabile di alterazione postclassica sono dietro le spalle. Se non vogliamo attribuire ad Ulpiano l'imperfezione stilistica, si può immaginare un raccorciamento effettuato in una copia tardaantica o dai compilatori del Digesto. Il senso generale del testo, tuttavia, non ne soffre.

mio parere la risposta è data dalle idee correnti ancora al tempo di Ulpiano (e fino alla metà del XIX secolo) circa l'eziologia delle epidemie.

Non è questo il luogo adatto per ripercorrere analiticamente la storia della teoria miasmatica<sup>11</sup>: è noto a tutti che l'idea che le acque stagnanti e la putrefazione dei cadaveri potessero essere alla base dello scoppio delle epidemie, in ragione di una catena eziologica che qui non è il caso di approfondire, era già espressa nel *corpus Hyppocraticum* e confermata da Galeno che, ricordiamolo, era stato spettatore della 'peste antonina', che aveva combattuto da medico come aveva potuto<sup>12</sup>. Il richiamo ulpiano al *caelum pestilens* è troppo circostanziato per essere casuale, apparendo piuttosto un riferimento esplicito alla teoria miasmatica. Ovviamente non si dovrà pensare ad un rimando, per così dire, 'scientifico' diretto alla teoria galenica: si tratterà, più verosimilmente, di un'allusione generica, per quanto tangibile, a un'idea che circolava ormai da tempo, e continuerà a diffondersi anche in séguito, non solo negli scritti medici ma anche nella letteratura colta (la cita Ammiano Marcellino nella sua opera storica<sup>13</sup>), e perfino nella corrispondenza burocratica tra i governatori e gli imperatori, come appare in una ben nota lettera inviata dalla Bitinia da Plinio il Giovane a Traiano, relativa alla città di *Amastris*:

Plin. Iun. ep. 10.98.1-2. *C. Plinius Traiano Imperatori*. 1. Amastrianorum civitas, domine, et elegans et ornata habet inter praecipua opera pulcherrimam eandemque longissimam plateam; cuius a latere per spatium omne porrigitur nomine quidem flumen, re vera cloaca foedissima, ac sicut turpis immundissimo aspectu, ita pestilens odore taeter-rimo. 2. Quibus ex causis non minus salubritatis quam decoris interest eam contegi; quod fiet si permiseris curantibus nobis, ne desit quoque pecunia operi tam magno quam necessario.

Plin. Iun. ep. 10.99. *Traianus Plinio*. Rationis est, mi Secunde carissime, contegi aquam istam, quae per civitatem Amastrianorum fluit, si in-tecta salubritati obest. Pecunia ne huic operi desit, curaturum te secundum diligentiam tuam certum habeo.

Dunque questo *flumen*, ossia questa canalizzazione scoperta di deflusso delle acque che corre a lato «della bellissima e lunghissima strada»

<sup>11</sup> Per un'ottima e informatissima sintesi cfr. C.M. Cipolla, *Il pestifero e contagioso morbo. Combattere la peste nell'Italia del Seicento* (Bologna 2012). <sup>12</sup> Qui limito la citazione a D. Gourevitch, *I giovani pazienti di Galeno. Per una patocenosi dell'impero romano* (tr. it. Roma-Bari 2001); V. Nutton, *The Seeds of Disease: an Explanation of Contagion and Infection from the Greeks to the Renaissance*, in *Medical History* 27 (1983) 1-34, 4-16, su Galeno. Ma cfr. anche le importanti considerazioni di J. Bodel, *Graveyards and Groves. A Study of the Lex Lucerina* (Cambridge MS. 1994) [= *American Journal of Ancient History* 11 (1986 ma 1994) 32-38, e le note alle p. 103-107]. <sup>13</sup> Amm. Marc. 19.4.5, esponendo le varie teorie sulle origini delle epidemie: *Aliis placet auras, ut solent, aquasque vitiatas factore cadaverum vel similibus salubritatis violare maximam partem, vel certe aeris permutationem subitam aegritudines parere leviores.*

e che, per la mancata manutenzione, si è trasformata in una fogna a cielo aperto, col suo fetore *pestilens* crea problemi di sanità pubblica e di decoro urbano, risolvibili a giudizio del governatore solo con la sua copertura<sup>14</sup>. Traiano autorizza l'opera, dato che (o meglio, *se*) l'acqua, scorrendo per la città a cielo aperto, *salubritati obest*. Il rapporto diretto tra l'odore pestifero e la minaccia alla sanità pubblica della città è qui esplicito.

E del resto, tra i giuristi, Ulpiano non fu il primo ad instaurare un legame tra acque stagnanti, con relativo odore pestifero, e pericoli sanitari: qualche accenno indiretto era già stato fatto da giuristi precedenti, come in questo frammento ulpiano in cui è riportata un'opinione di Nerva padre (morto suicida nel 33 d.C., maestro di Proculo) in rapporto ai mezzi esperibili in caso di un ristagno d'acqua (non necessariamente provocato da una cloaca) che rendesse il luogo pestilente per il solo odore<sup>15</sup>:

D. 43.8.2.28-29 (Ulp. 68 *ad ed.*). Idem Labeo scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: Nerva autem melius scribit utrumque teneri ... 29. Idem [*scil.* Nerva] ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.

Secondo Labeone, dunque, un ristagno d'acqua provocato da una struttura eretta su terreno privato in prossimità di una *via*<sup>16</sup>, che ne impedisse il deflusso, non avrebbe potuto essere convenuto (con l'interdetto *de itinere publico*) da chi avesse a lamentare un peggioramento delle condizioni di agibilità della strada. Ricordiamo che il *ne quid in itinere fiat* era esperibile qualora un manufatto o un'*immissio* avessero peggiorato l'*iter*: e nel caso prospettato da Labeone la costruzione non aveva provocato un'*immissio* nella strada ma un impedimento al deflusso nel fondo privato

<sup>14</sup> D.S. Potter, *Odor and Power in the Roman Empire*, in J.I. Porter (ed.), *Constructions of the Classical Body* (Ann Arbor 1999) 169, afferma che attorno alla piazza di Amastris «there flowed a stream that the natives called a river and that Pliny called a pestilential and odoriferous sewer» (evidenziazione mia). Non si capisce cosa abbia indotto lo studioso a ritenere che la qualificazione di *flumen* fosse creazione degli abitanti della città. *Flumen* non è affatto una denominazione locale, ma il termine tecnico romano che indica un canale di deflusso delle acque cittadine a cielo aperto. Io penso che la proposta di Plinio avesse a che fare più con i problemi di sanità che con quelli di decoro: mi sembra invece che E. Gowers, *Anatomy of Rome* cit. 28, abbia messo in evidenza più i secondi che i primi. <sup>15</sup> Cfr. S. Seyed-Mahdavi Ruiz, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen: unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts* (Göttingen 2000) 19-22, che ha attentamente investigato la tematica del *non recipere*. Rinvio alla sua ottima analisi per i dettagli. <sup>16</sup> Da intendere come via pubblica extraurbana: l'ambito dell'interdetto *ne quid in itinere fiat* è espressamente limitato a questa tipologia di strada dallo stesso Ulpiano, in D. 43.8.2.24. *Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus.*

adiacente (*non recipere*): si sarebbe dunque trattato di assenza del presupposto di esperibilità perché lo stato di fatto non poteva essere fatto rientrare all'interno della nozione di *immissio*<sup>17</sup>. Osserviamo come Labeone, fondando l'inesperibilità dell'interdetto su un'interpretazione letterale del termine *immissio*, si sia precluso la possibilità di estendere la tutela contro un ristagno d'acqua che avrebbe potuto comunque costituire un pericolo per la salute pubblica. Mi pare che questo rilievo possa indurre a ridimensionare (ma certo non a invalidare) il ritratto di un Labeone profondamente coinvolto nell'elaborazione di strumenti di difesa dell'ambiente, proposto da Andrea Di Porto nella sua seminale *Tutela della salubritas*.

Nerva si dichiarò in disaccordo: anche l'ipotesi presa in considerazione da Labeone avrebbe dovuto essere posta sotto la protezione dell'interdetto. Per meglio dire, egli affermò che sia l'*immittere* sia il *non recipere* avrebbero dovuto essere ugualmente sanzionati dall'interdetto (*utrumque teneri*). Ed il *melius* con cui Ulpiano accompagna la citazione mostra la preferenza del giurista severiano per la soluzione di Nerva rispetto a quella labeoniana.

Il testo appena citato va collegato con un altro passo dello stesso estratto dal commento all'Editto:

D. 43.8.2.26 (Ulp. 68 *ad ed.*). Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit: immisisse enim eum videri.

Labeone aveva dunque ammesso la tutela interdittale se un condotto fognario avesse avuto lo sbocco su una via pubblica, danneggiandola: solo che anche in questo caso l'interdetto non sarebbe stato il *de cloacis*, ma quello a tutela delle vie pubbliche (*ne quid in itinere fiat*)<sup>18</sup>.

Nel § 29, a conclusione del resoconto delle divergenze d'opinione tra Nerva e Labeone, Ulpiano riporta un'altra riflessione dello stesso Nerva: l'interdetto *ne quid in itinere fiat* sarebbe stato esperibile anche qualora il luogo fosse stato reso *pestilentiosus* per il solo odore, ovviamente a causa del ristagno dell'acqua. Mi sembra che Andrea Di Porto abbia un po' troppo enfatizzato la rilevanza dell'opinione di Nerva, che in definitiva, con estrema cautela, si era limitato a ritenere la concessione dell'interdetto 'non fuor di luogo' (*non esse ab re*)<sup>19</sup>. Anche l'identificazione dell'interdetto con il *ne quid in loco publico*, escludendo quello relativo alle vie pubbliche, non mi pare fondata. Secondo lo studioso pisano questa ultima non sarebbe «sorretta da alcun aggancio testuale», mentre il riferimento al *locus* renderebbe plausibile il collegamento col *ne quid in loco publico*. In-

<sup>17</sup> S. Seyed-Mahdavi Ruiz, *Regelungen der Immissionen* cit. 19-21. <sup>18</sup> Così già Ch.F. Elvers, *Das Recht des Wasserlaufes, nach seinen leitenden Principien und in seinen einzelnen Bestimmungen aus den Quellen des Römischen Rechts dargestellt*, in *Themis*, N.F. 1 (1841) 512 s. <sup>19</sup> A. Di Porto, *'Salubritas' e forme di tutela in età romana. Il ruolo del 'civis'* (Torino 2014) 18 s. L'autore parla di «testimonianza di straordinario significato».

vece a mio parere il collegamento c'è ed è costituito dalla complessiva concatenazione argomentativa di Nerva riportata da Ulpiano, al cui interno è contenuto il riferimento al *locus pestilentiosus odore solo*: tutto il ragionamento del giurista ruota intorno al deterioramento della *via* causato dal ristagno d'acqua provocato a sua volta da una costruzione che ne impedisse il deflusso, o da una derivazione d'acqua che, intercettando una via pubblica, la deteriorasse; infine è presentato il caso del luogo reso pestilente dall'odore. L'interdetto di cui parla Nerva, pertanto, non può essere altri che quello sulle vie pubbliche. Su un punto, però, Di Porto ha ragione (ed è il principio più rilevante, al di là dei dettagli su cui non sono d'accordo): l'interruzione del deflusso dell'acqua, con il ristagno conseguente, genera aria che per l'odore apporta *pestis*; e il suggerimento di Nerva mira a preservare le condizioni igieniche del *locus*, attribuendone per di più la tutela al cittadino, essendo questo un interdetto popolare. Usando una terminologia moderna più appropriata al diritto amministrativo, si direbbe che in questa circostanza il *civis* operasse come rappresentante e portatore di interessi diffusi. E torniamo alle fogne e al commento di Ulpiano.

3. L'ambito originario dell'interdetto si limitava alle fogne private che, partendo da un edificio, raggiungessero l'edificio di un diverso proprietario (*ex aedificio eius in tuum aedificium*). Ma Ulpiano ha cura di estenderne la portata, dichiarandolo esperibile anche se l'occlusione non si fosse verificata nel tratto di pertinenza del vicino confinante ma in un punto ulteriore:

D. 43.8.2.11 (Ulp. 68 *ad ed.*). Et tam ad proximum vicinum hoc interdictum pertinet quam adversus ultiores, per quorum aedes cloaca currit.

Quindi la tutela interdittale avrebbe avuto luogo anche se il punto su cui fosse necessario intervenire si fosse trovato oltre la casa confinante. Anche su questo punto Antonio Palma ha ben rilevato la copertura della tutela interdittale delle fognature «lungo tutto il loro percorso, e non solo nel tratto che incide nella *aedes* del *proximus vicinus*»<sup>20</sup>.

È lo stesso schema costruttivo di cui, secondo Vitruvio, l'architetto doveva avere una piena conoscenza preventiva per evitare l'insorgere di controversie successive tra i proprietari<sup>21</sup>:

Vitr. *de arch.* 1.10. Iura quoque nota habeat oportet ea quae necessaria sunt aedificiis communibus parietum ad ambitum stillicidiorum et

<sup>20</sup> L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana* II (Milano 1976) 343-345: «La storia dell'interdetto *de cloacis* e quella della relativa servitù solo in parte sono coincidenti»; A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 145. <sup>21</sup> Il passo è stato oggetto di una accurata analisi da parte di C. Saliou, *Les compétences juridiques de l'architecte d'après Vitruve* (*De architectura* I, 1, 10), in *Cahiers des études anciennes* 48 (2011) 201-217, 201 s.

cloacarum, <et> luminum. Item aquarum ductiones et cetera, quae eiusmodi sunt, nota oportet sint architectis, uti ante caveant quam instituant aedificia, ne controversiae factis operibus patribus familiarum relinquantur, et ut legibus scribendis prudentia cavere possit et locatori et conductori.

Questi *iura cloacarum* vanno identificati in rapporti che travalicano le servitù, potendo anche configurarsi come meri rapporti di fatto: lo aveva detto molto bene già Antonio Palma e, ancor prima, lo aveva dimostrato Luigi Capogrossi Colognesi<sup>22</sup>. In altre parole i vicini avrebbero potuto costituire tra di loro una servitù di immissione di fogna (*servitus cloacae immittendae*), ma questo schema non sarebbe stato indispensabile. Su questo punto penso che la critica condotta da Capogrossi Colognesi all'antica teoria di Christian Friedrich Elvers possa dirsi definitiva<sup>23</sup>.

Ma Labeone allarga ulteriormente i confini di esperibilità dell'interdetto *de cloacis privatis*:

D. 43.23.1.8-9 (Ulp. 71 *ad ed.*). Deinde ait praetor 'quae ex aedibus eius in tuas pertinet'. Aedes hic accipere debes pro omni aedificio, hoc est ex aedificio eius in tuum aedificium. Hoc amplius Labeo putabat hoc interdicto locum esse et si area ab utralibet parte aedium sit et si forte, inquit, cloaca ducta sit ex urbano aedificio in proximum agrum. 9. Idem Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. Sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum Pomponius scribit.

L'esclusivo ambito originario di esperibilità dell'interdetto era urbano, riguardando, come abbiamo appena visto, una fognatura che da una casa si dirigesse verso un'altra (*ex aedificio eius in tuum aedificium*). Ne risulta l'immagine di una rete di condotti fognari collegati tra loro e confluenti in un collettore centrale. Lo sbocco finale di questa conduttura poi non è specificato: poteva finire nei fondi periurbani, o in un fiume, come la più famosa di tutte, la *Cloaca maxima* nel Tevere; ma anche in mare, come quella di Pozzuoli riportata in un episodio narrato da Eliano, su cui attirò l'attenzione Alex Scobie, che riceveva i liquami direttamente dal magazzino di una casa di mercanti per poi sfociare in mare, ciò che consentì a un enorme polpo di penetrarvi e fare piazza pulita di una grossa partita di preziosissimo *garum* ispanico:

Aelian. *hist. anim.* 13.6. διὰ τινος ὑπονόμου κρυπτοῦ ἐκβάλλοντος ἐς τὴν θάλατταν τὰ ἐκ τῆς πόλεως τῆς προειρημένης ῥυπαρὰ ἐανέων καὶ ἀνιῶν ἐς οἶκόν τινα πάραλον.

<sup>22</sup> A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 150. <sup>23</sup> Ch.F. Elvers, *Das Recht des Wasserlaufes* cit. 512 s., con la pertinente analisi di L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* II cit. 344 s., che contesta l'identificazione del diritto di scavare fognature in una servitù, come invece propose lo studioso tedesco.

Qui bisogna immaginare che il magazzino avesse una bocca di scarico in un pozzetto collegato direttamente alla conduttura principale, senza alcuna valvola che impedisse il riflusso delle acque luride o l'ingresso di ospiti sgraditi come topi o insetti, o un grosso polpo vorace<sup>24</sup>. E dalle fogne di Pozzuoli torniamo a quelle di Ulpiano.

Nel frammento conservato in D. 43.23.8, Ulpiano ricorda come Labeone avesse tentato una molteplici estensione del *de cloacis*, esperibile anche, a suo dire, non solo se la casa da cui partiva la fogna avesse di fronte e sul retro (*ab utralibet parte*) un lotto libero (*area* ha precisamente questo significato, secondo una definizione di Fiorentino conservata in D. 50.16.211: *locus vero sine aedificio in urbe 'area' ... appellatur*<sup>25</sup>), ma anche se la fognatura avesse lo sbocco in un fondo rustico, e perfino se si volesse far confluire una fogna privata in una pubblica. Qui Di Porto ha letto bene un interesse di Labeone a suggerire forme di efficientamento della rete fognaria, mediante il divieto di atti di turbativa diretti ad impedire anche l'uso dei liquami come concime per i campi<sup>26</sup>; una prassi ben attestata da Varrone (*r.r.* 1.13.4), come pure nel *de re rustica* di Columella per la concimazione degli orti:

Colum. *r.r.* 10.84-85. Pabula nec pudeat fisso praebere novali / imundis quaecumque vomit latrina cloacis.

Però il § 9 del testo ulpiano fomenta grosse perplessità, soprattutto se confrontato con un frammento di Venuleio Saturnino che i compilatori giustiniani disposero subito di seguito al lungo estratto ulpiano di D. 43.23.1. Leggiamo il passo ulpiano, che in séguito metteremo a raffronto con quello di Venuleio:

D. 43.8.2.9 (Ulp. 68 *ad ed.*). Idem Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. Sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum Pomponius scribit.

Il problema posto dalle parole di Ulpiano consiste nel fatto che non appare chiaro quale sia l'elemento discriminante tra l'ipotesi proposta da

<sup>24</sup> A. Scobie, *Slums, sanitation and Mortality* cit. 413 nt. 111. L'episodio è citato come evidenza dell'assenza di meccanismi di blocco del riflusso anche da A.O. Koloski-Ostrow, *The Archaeology of Sanitation in Roman Italy: Toilets, Sewers, and Water Systems* (Chapel Hill 2015) 83 e 225 s. <sup>25</sup> P. Rosafio, *Slaves and 'coloni' in the villa system*, in *Landuse in the Roman Empire*, eds. J. Carlsen, P. Ørsted, J.E. Skydsgaard (Rome 1994) 150. I dubbi di C. Ferrini, *Delle servitù prediali* I (Napoli 1923) 226, sull'esatta portata della definizione mi sembrano ormai superati. Anche M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Köln-Graz 1956) dopo avere (p. 262 ss.) avanzato dubbi sulla classicità del fr. 211, concludeva nel 'Nachlass' (p. 376) affermando che, a suo avviso, tali remore, «zweifelhaft geworden», erano «nicht unerlässlich»: una cauta apertura alla classicità della definizione. <sup>26</sup> A. Di Porto, 'Salubritas' e forme di tutela cit. 68.

Labeone (*qui privatam cloacam in publicam immittere velit*) e quella di Pomponio (*si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam*), soprattutto per il fatto che, come vedremo piú oltre, Venuleio afferma chiaramente che Labeone avrebbe esteso la portata della tutela interdittale al caso della costruzione di una nuova cloaca (*ne facienti cloacam vis fiat*). Questo ha spinto la parte maggioritaria della dottrina ad affermare che i casi prospettati da Labeone e da Pomponio fossero in realtà lo stesso<sup>27</sup>.

Le parole di Ulpiano a me sembrano invece da interpretare nel senso che Pomponio avrebbe discusso un caso ulteriore rispetto a quello labeoniano: non si capirebbe altrimenti il rafforzativo-estensivo *sed et* che introduce il caso esposto da Pomponio; se cosí fosse, ci aspetteremmo di trovare piuttosto una formula di apprezzamento del genere *quod et Pomponio placuit*, o simili. A mio avviso, seguendo un'antica proposta di Adolf Schmidt a metà del XIX secolo, fatta propria, con singolare attitudine conservativa, da Siro Solazzi e recentemente accettata anche da Antonio Palma e da Francesco Fasolino<sup>28</sup>, la spiegazione potrebbe essere questa: Labeone pensava ad una fogna privata già esistente che in un secondo momento il proprietario volesse far confluire in una fognatura pubblica; Pomponio, invece, si riferiva alla costruzione di una nuova fognatura direttamente confluyente in una cloaca pubblica. La ragione della necessità dell'intervento estensivo in entrambi i casi è evidente: la tutela interdittale era concessa a chi subisse atti di turbativa violenta diretti ad impedirgli di *purgare* o *reficere* una fogna privata; mentre i casi prospettati da Labeone e da Pomponio riguardavano situazioni diverse, la deviazione di una cloaca esistente o l'escavazione di una cloaca nuova<sup>29</sup>.

Pertanto interpreto il testo diversamente da Andrea Di Porto, per il quale Labeone, nell'ipotesi citata da Ulpiano nel § 9, avrebbe delineato anche il caso della costruzione di una nuova fognatura<sup>30</sup>. Accettando la lettura dello studioso pisano si verrebbe a perdere totalmente il senso della novità del caso prospettato da Pomponio rispetto a quello di Labeone. Ed è ben vero che, come ricorda Di Porto, anche Luigi Capogrossi Colognesi aveva ritenuto<sup>31</sup> veramente singolare e difficilmente applicabile nella pratica la distinzione tra l'immissione iniziale di una cloaca già esistente in una cloaca pubblica e la costruzione *ex novo* di uno scarico nella cloaca pubblica.

<sup>27</sup> Cfr. ad es. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* II cit. 321 s.; A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 147; A. Di Porto, *'Salubritas' e forme di tutela* cit. 69 s.; C. Saliou, *Les lois des bâtiments. Voisinage et habitat urbain dans l'Empire romain. Recherches sur les rapports entre le droit et la construction privée du siècle d'Auguste au siècle de Justinien* (Beyrouth 1994). <sup>28</sup> A. Schmidt von Ilmenau, *Die interdicta de cloacis*, in ZGR. 15 (1850) 86; S. Solazzi, *Tutela* cit. 80-82 (importante la nt. 96); A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 147; F. Fasolino, *Prime considerazioni* cit. 14. <sup>29</sup> Cfr. sul punto anche E. Stolfi, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio II. Contesti e pensiero* (Milano 2001) 298. <sup>30</sup> A. Di Porto, *'Salubritas' e forme di tutela* cit. 69 s. <sup>31</sup> L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* II cit. 323.

Ma qui Labeone, come ho appena affermato, si doveva preoccupare di contrastare atti di turbativa che impedissero a taluno di modificare il percorso di una sua fognatura, deviandola fino a farla confluire in una cloaca pubblica; Pomponio invece, doveva suggerire come reprimere atti violenti che mirassero ad impedire a qualcuno di costruire una fogna nuova che confluisse in una tubatura pubblica.

Quindi, mentre nell'ipotesi 'pomponiana' la fogna privata sarebbe stata condotta in quella pubblica all'atto della sua costruzione, in quella 'labeoniana' in un primo momento la fogna privata sarebbe sboccata o in un'altra fogna privata o in un terreno, o direttamente in un corso d'acqua, mentre in un secondo momento il proprietario avrebbe deciso di mutarne il percorso facendola defluire in una fogna pubblica. In questo secondo caso, se si pensa che una variazione di percorso di una fognatura già esistente, per permetterne la confluenza in una cloaca pubblica, doveva intercettare fondi altrui i cui proprietari avrebbero ben potuto contrastare i lavori necessari sul loro terreno, diventa comprensibile che il giurista suggerisse l'estensione dell'interdetto anche a questo caso. E doveva essere stato solo Pomponio ad allargare ulteriormente la portata applicativa dell'interdetto al caso della cloaca privata di nuova costruzione direttamente confluyente in una fognatura pubblica. Come si vede, e come ha osservato esattamente Antonio Palma, l'interdetto si poneva (anche; ma, come ben sottolinea lo studioso napoletano, non esclusivamente, se si pensa alla predominante finalità di assicurare l'igiene pubblica) nell'ottica della disciplina dei rapporti tra vicini<sup>32</sup>.

E proprio sui rapporti di vicinato disponiamo di una testimonianza di grande interesse:

D. 43.23.1.11-12 (Ulp. 71 *ad ed.*). Et tam ad proximum vicinum hoc interdictum pertinet quam adversus ultiores, per quorum aedes cloaca currit. 12. Unde Fabius Mela scribit competere hoc interdictum, ut in vicini aedes veniat et rescindat pavimenta purgandae cloacae gratia. Verendum tamen esse Pomponius scribit, ne eo casu damni infecti stipulatio committatur. Sed haec stipulatio non committitur, si paratus sit restaurare id, quod ex necessitate reficiendae cloacae causa resciderat.

Fabio Mela aveva affrontato il problema di come riuscire a raggiungere l'occlusione di una fogna privata che corresse sotto il pavimento di un edificio, evidentemente costruito sulla fognatura dopo la sua escavazione. Mela aveva risolto il problema affermando il diritto di chi volesse spurgare la fogna ostruita di entrare nella casa altrui e smantellare il pavimento per raggiungere e rimuovere l'ostruzione. Il problema consisteva nel fatto che il pretore subordinava la liceità dell'opera alla prestazione di una *cautio damni infecti*, con cui il titolare della fogna prometteva di non arrecare danno al vicino: *damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo*, clausola che Ulpiano commentava così:

<sup>32</sup> A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 142.

D. 43.23.1.14 (Ulp. 71 *ad ed.*). Sed et damni infecti cautionem pollicetur, si quid operis vitio factum est: nam sicuti reficere cloacas et purgare permittendum fuit, ita dicendum, ne damnum aedibus alienis detur.

È evidente che il pretore, mediante l'imposizione della prestazione della *cautio*, volesse temperare l'assoluta libertà del *reficiens*, bilanciandola con l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie ad evitare di arrecare danni al vicino. Con la *cautio* la produzione di un danno alla casa del vicino sarebbe stata risarcita dal *reficiens* stesso.

Ma stando così le cose, Pomponio sollevava una perplessità sulla soluzione proposta da Mela, perché lo smontaggio del pavimento avrebbe senza dubbio comportato la violazione dell'impegno a non arrecare danni assunto prestando la *cautio damni infecti*<sup>33</sup>. In altri termini Pomponio si chiedeva: la demolizione del pavimento non avrebbe integrato proprio quel danno contro il cui verificarsi il pretore imponeva la prestazione della *cautio*? Ma Ulpiano aveva risolto il dubbio pomponiano suggerendo che il *reficiens* promettesse al proprietario della casa smantellata di ripristinare il pavimento.

Come appare evidente da quanto detto finora, nel caso delle fognature il pretore non operava alcun bilanciamento di interessi contrapposti: la tutela della sanità urbana imponeva che l'interesse a non subire intrusioni nella proprietà privata dovesse cedere, sempre e comunque, a quello pubblico coincidente con la necessità di avere fognature sempre ben funzionanti. Se l'interesse pubblico in questo caso non subiva compressioni di alcun genere, è logico che non avrebbe potuto avere efficacia neanche il mezzo pretorio principe a disposizione del privato per proibire l'inizio di un'opera reputata pericolosa, l'*operis novi nuntiatio*. Vi sono ben due testi che lo affermano senza riserve. Il primo è

D. 43.23.1.13 (Ulp. 71 *ad ed.*). Si quis purganti mihi cloacam vel reficientis opus novum nuntiaverit, rectissime dicitur contempta nuntiatione me posse reficere id quod institueram.

*Contempta nuntiatione*: si può tranquillamente trascurare l'ordine e procedere alle manutenzioni programmate.

Il secondo è più articolato:

D. 39.1.5.11-13 (Ulp. 52 *ad ed.*). Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, cum publicae salutis

<sup>33</sup> Non capisco perché F. Fasolino, *Prime considerazioni* cit. 8, affermi che l'idea di Mela «verrà condivisa successivamente anche da Pomponio, secondo cui addirittura in tal caso al *purgans* non potrebbe imporsi nemmeno una *cautio damni infecti*». *Vereor*, in quanto *verbum timendi*, si costruisce con *ne* quando si teme che qualcosa si verifichi. Pomponio avanza una perplessità costituita dalla preoccupazione che, con il suggerimento di Mela, chi voleva spurgare la fogna avrebbe automaticamente violato la promessa di non arrecare danno. Anche la lettura di A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 145, non mi pare del tutto centrata: se ho ben capito, anche a suo avviso Pomponio rafforza l'opinione di Mela.

et securitatis intersit et cloacas et rivos purgari. 12. Praeterea generaliter praetor cetera quoque opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est: nam in his quoque contemnendam putavit operis novi nuntiationem. Quis enim dubitat multo melius esse omitti operis novi nuntiationem, quam impediri operis necessarii urgentem extruccionem? Totiens autem haec pars locum habet, quotiens dilatio periculum allatura est. 13. Proinde si quis, cum opus hoc mora periculum allaturum esset, nuntiaverit opus novum vel si in cloacis vel ripa reficiendis aliquid fieret, dicemus apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet: nam si apparuerit vel in cloaca rivo eove, cuius mora periculum allatura esset, dicendum est non esse verendum, ne haec nuntiatio noceret.

Ulpiano afferma (per ribadirlo nel libro 71) che la buona tenuta di canali e fogne interessa la *publica salus et securitas*; pertanto, qualsiasi atto che possa anche solo rallentare il compimento di un'opera urgente e necessaria come lo spurgo di una fognatura può essere senza dubbio sorvolato. Questa osservazione rende al meglio, mi pare, l'importanza che il diritto, attraverso il suo operatore più attento, il pretore, attribuiva all'esigenza di tenere le fognature sempre pulite e spurgate, e in buona tenuta architettonica: una rottura del tubo avrebbe potuto provocare danni a causa dello sversamento dei liquami.

4. Il Digesto contiene però un frammento che crea grossi problemi di coordinamento con l'esposizione di Ulpiano. Si tratta di un testo tratto dal primo libro *interdictorum* di Venuleio Saturnino:

D. 43.23.2 (Venul. 1 *interd.*). Quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aequae interdicendum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas sit: praetorem enim sic interdixisse, ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret: idque Ofilio et Trebatio placuisse. Ipse dicendum ait, ut ne factam cloacam purgare et restituere permittendum sit per interdictum, novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit.

Il testo di Venuleio, pur di difficile comprensione<sup>34</sup>, è costruito, in modo non poco confuso<sup>35</sup>, intorno a due nuclei tematici che Venuleio attribuisce a Labeone. Il primo, a sua volta suddiviso in tre anelli argomen-

<sup>34</sup> Le contraddizioni interne del testo di Venuleio furono bene messe in evidenza da L. Capogrossi Colognesi, *Struttura della proprietà* II cit. 321 s.: la prima parte del testo pare affermare la liceità di costruzione di una fognatura nuova in generale, ma l'ottica del pretore apportata a supporto pare delimitarne la possibilità di costruzione *in publico*; la terza parte pare addirittura negare questa possibilità, subordinandola all'autorizzazione dei magistrati preposti. <sup>35</sup> Sulle perplessità concettuali sollevate dal testo di Venuleio cfr. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* II cit. 321 s.; 344 s., con discussione (nt. 79 e 80) delle ipotesi di ricostruzione del testo di Venuleio, in particolare di quella mommseniana. Un tentativo di mediazione tra D. 43.23.1.9 e 43.23.2 è proposto da A. Palma, *Iura vicinitatis* cit. 148 s.

tativi, propone di estendere la tutela interdittale dalla fattispecie originaria (la *refectio* di una cloaca esistente) alla costruzione di una fogna nuova, sul fondamento dell'uguale *utilitas* costituita nel primo caso nella manutenzione di una fogna già esistente, nel secondo nella costruzione di fogna nuova (primo anello argomentativo): il fondamento individuato da Labeone (*praetorem enim sic interdixisse, ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret*: il secondo anello) è singolare, individuando la *ratio* dell'intervento del pretore nell'esigenza di impedire atti di violenza diretti ad impedire la costruzione di una fogna *in publico* (dove *liceret* assume chiaramente il significato di 'essere materialmente possibile'). Qui mi pare di dover rilevare una contraddizione con quanto Venuleio ha appena detto: l'ambito originario non copriva il *facere*, ma il *reficere*. Inoltre introduce un elemento finora assente, ossia la qualificazione del luogo nel quale è scavata la fogna: *cloacam in publico facere*. Il terzo anello dell'argomentazione consiste infine nell'approvazione di Aulo Ofilio e di Trebazio Testa: *idque Ofilio et Trebatio placuisse*.

A ben vedere, però, forse alcuni slittamenti tematici nelle due opinioni labeoniane e in quella pomponiana permettono, di rintracciare elementi differenziali. Vediamoli nel dettaglio.

Il Labeone ulpiano aveva proposto di estendere la tutela interdittale, originariamente disposta solo per la difesa della *refectio*, anche alla deviazione di una cloaca privata in una pubblica; Pomponio aveva ulteriormente esteso la tutela alla costruzione di una fogna nuova, si badi, da immettere in una cloaca pubblica; il Labeone di Venuleio si limita ad estendere la difesa *facienti cloacam*, cioè ad un soggetto che abbia intenzione di escavare una fogna nuova, ma senza che questa sia condotta in una cloaca pubblica. L'elemento di novità della posizione di Pomponio, pertanto, non sarebbe costituito dalla costruzione di una fogna nuova, ma dal fatto che questa dovrebbe confluire in una fognatura pubblica.

Le varie estensioni pertanto sarebbero:

I. Labeone 'ulpiano': deviazione in una fogna pubblica di una fogna privata che in precedenza confluisse in un'altra fogna privata o in campagna;

II. Labeone 'venuleiano': escavazione di una fogna privata nuova che confluisca in un'altra fogna privata, o in campagna;

III. Pomponio 'ulpiano': escavazione di una fogna privata nuova che confluisca direttamente in una fognatura pubblica.

Beninteso si tratta solo di una lettura che propongo ben consapevole delle difficoltà di armonizzazione del § 9 del testo ulpiano col frammento 2 di Venuleio.

Anche sul gradimento di Aulo Ofilio e di Trebazio Testa (*idque Ofilio et Trebatio placuisse*), bisogna dire qualcosa: per Francesco Fasolino l'opinione di Labeone sarebbe stata «approvata anche da Ofilio e Trebazio»<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> F. Fasolino, *Prime considerazioni* cit. 14.

Ma il verbo usato per esprimere il consenso dei due giuristi (*placuisse*) è all'infinito passato: ciò significa che Venuleio sta proseguendo la citazione indiretta del passo di Labeone. Ciò significa non che Ofilio e Trebazio approvarono l'opinione di Labeone ma, al contrario, che Labeone, espressa la sua opinione, aveva scritto che la stessa soluzione era stata proposta, prima di lui, da Ofilio e Trebazio. In altre parole, è Labeone ad allinearsi al parere dei due giuristi, non il contrario<sup>37</sup>. In gioco, com'è chiaro, è la paternità della proposta di estensione della portata dell'interdetto.

Il secondo nucleo tematico del testo di Venuleio è incentrato sul rilievo labeoniano secondo cui *ne factam cloacam purgare et restituere permittendum sit per interdictum, novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit*.

Anche qui non mancano le perplessità: Labeone pare effettuare una distinzione tra due ipotesi con disciplina diversificata: *purgatio* e *restitutio* di fogna esistente (*factam cloacam*), assolutamente da difendere in via interdittale contro gli altrui atti di turbativa violenta; al contrario, costruzione di fogna nuova da subordinare al rilascio di una concessione da parte del magistrato *cui viarum publicarum cura sit*.

Per Luigi Capogrossi Colognesi la contraddizione è ben difficilmente sanabile, e a nulla varrebbero i numerosi tentativi di restituzione del testo, a partire da quello di Theodor Mommsen, o quelli di conciliazione di Siro Solazzi<sup>38</sup>. In realtà l'ultima opinione labeoniana contenuta nel testo di Venuleio, *novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit*, attiene al profilo concessorio e non a quello della tutela giudiziaria: mentre una fogna già esistente può essere sottoposta a manutenzione a dispetto dell'opposizione dei terzi, una fogna nuova può sí essere tutelata una volta scavata, ma la sua costruzione deve essere concessa dai funzionari pubblici.

5. Come abbiamo visto all'inizio, nell'Editto erano predisposti anche interdetti a tutela delle fogne pubbliche, in un testo che vogliamo rileggere:

D. 43.23.15 (Ulp. 71 *ad ed.*). Deinde ait praetor: 'Quod in cloaca publica factum sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. Item ne quid fiat immittaturve, interdicam?'

<sup>37</sup> In alternativa, per conservare la paternità labeoniana dell'opinione, sarebbe necessario pensare che Labeone ricordasse che Trebazio e Ofilio avevano approvato la sua opinione. Ciò a sua volta presupporrebbe che o Labeone avesse scritto il suo parere, la cui successiva approvazione da parte degli altri due giuristi il Nostro in séguito rendesse nota, o che i più anziani colleghi di Labeone avessero comunicato al più giovane giurista la loro approvazione. Come si vede, troppe incognite in queste ipotesi. Mi pare inevitabile che l'occamiano rasoio debba abbattersi sull'ipotesi dell'antiorità dell'opinione di Labeone su quella di Trebazio ed Ofilio. <sup>38</sup> L'obiezione che L. Capogrossi Colognesi, *Struttura della proprietà* II cit. 32 s. nt. 79, oppone al tentativo di conciliazione tra le due opinioni di Labeone contenute rispettivamente in D. 43.23.1.9 di Ulpiano e in D. 43.23.2 di Venuleio, proposto da S. Solazzi, *La tutela ed il possesso delle servitù prediali nel diritto romano* (Napoli 1949) 82, e nonostante la sua acutezza, è pienamente condivisibile.

A prima vista sono qui esposti due interdetti: uno restitutorio, che impone il ripristino di una fogna pubblica che, a causa di opere o immissioni, abbia subito un peggioramento nel funzionamento; e, apparentemente, uno proibitorio (*ne quid fiat immittaturve, interdicam*), che vieta opere o immissioni in fogne pubbliche che ne pregiudichino la funzionalità. Va notato che Ulpiano osserva un fenomeno molto importante: la tutela interdittale era predisposta a favore di un privato che volesse operare su una fognatura di sua proprietà; invece per il controllo e la salvaguardia di quelle pubbliche era organizzato un apposito ufficio burocratico:

D. 43.23.1.3 (Ulp. 71 *ad ed.*). Hoc autem interdictum propositum est de cloacis privatis: publicae enim cloacae publicam curam merentur.

Ovviamente qui il giurista si riferisce in primo luogo ai funzionari centrali incaricati della cura delle fogne a Roma, i *curatores alvei Tiberis et cloacarum*; ma anche ai magistrati che avevano lo stesso incarico nelle *civitates*, di cui abbiamo esempi nelle leggi municipali pervenuteci per via epigrafica. Così, com'è noto nel cap. 77 della legge di Urso:

*Lex col. Gen. Iul. LXXVII*. Si quas vias fossas cloacas IIvir aedil(is)ve publice / facere inmittere commutare aedificare mu/nire intra eos fines, qui colon(iae) Iul(iae) erunt, volet, / quot eius sine iniuria privatorum fiet, it is face/re liceto.

Identico è il contenuto della legge municipale di Taranto:

*Lex mun. Tar. 9 col. I, ll. 39-43*. Sei quas vias fossas cloacas IIII vir II vir aedilisve eius municipi caussa / publice facere inmittere commutare aedificare munire volet intra / eos fineis quei eius municipi erun[t], quod eius sine iniuria fiat, id ei facere / liceto.

E ancora in età flavia la legge municipale di Irni dispone l'identica procedura già elaborata in età tardorepubblicana, a confermare che l'età imperiale, per tanti aspetti, non modifica radicalmente le discipline repubblicane:

*Lex Irn. r(ubrica)*. De viis itineribus fluminibus fossis cloacis./ 30 <LXXXII>. Quas vias itinera flumina fossas cloacas inmittere commutare eius / municipi IIviri ambo alterve volet, dum ea ex decurionum conscrip/torumve decreto et intra fines eius municipi et sine iniuria priva/torum fiant, IIviris ambobus alterive fa[c]ere ius potestasque esto. S[i] / quaeque ita immissa commutata erunt, ea ita esse haber[i] ius esto.

I *flumina* di cui parla la legge di Irni non sono corsi d'acqua naturale, ma canalizzazioni urbane in teoria deputate a smaltire le acque bianche, ma che spesso si trasformavano in luride fogne a cielo aperto, come quella di Amastris di cui parla il governatore Plinio il Giovane. La legge

flavia richiede solo, in piú rispetto a quelle repubblicane, l'emanazione di un decreto del senato locale; per il resto perfino il frasario è identico: il o i magistrati locali possono *immittere commutare aedificare* (che manca nella legge flavia, ma che fu integrato da Álvaro e Xavier d'Ors<sup>39</sup>). Ma qui sorge un problema non da poco.

Abbiamo visto che il pretore concedeva la tutela interdittale al privato che volesse restaurare o spurgare una sua fognatura anche a dispetto dell'opposizione dei proprietari dei fondi urbani sotto i quali essa corresse; e i giuristi avevano ampliato la portata della tutela anche al caso in cui un privato volesse deviare una sua fognatura per farla confluire in una fogna pubblica; un'operazione che potrebbe benissimo essere qualificata come *commutare*. Sembrerebbe potersene dedurre che un'eventuale *iniuria* ai terzi non dovesse avere rilevanza.

Le leggi municipali però sembrano restringere il potere degli organi pubblici, disponendo che tali operazioni dovessero avvenire *sine iniuria privatorum*<sup>40</sup>. Parrebbe quindi esservi una discrepanza tra l'assoluta libertà dei privati di operare le manutenzioni delle fogne, anche contrastando l'opposizione dei vicini, e la precauzione richiesta dalle leggi municipali. A ben vedere, però, questa discrepanza è solo apparente. Infatti è vero che il pretore consentiva lavori anche su fogne, diciamo così, 'illegittime' (quelle scavate *vi, clam, precario*); ma è anche vero che, a chi volesse compiere tali lavori, imponeva la prestazione della *cautio damni infecti*, diretta a tenere sicuro il vicino che quei lavori non gli avrebbero arrecato alcun danno. Quindi, a ben vedere, il limite dell'*iniuria privatorum* delle leggi municipali appare corrispondere alla prestazione della *cautio* nel 'sistema' interdittale, che serviva appunto a prevenire tale pericolo<sup>41</sup>.

6. La manutenzione delle fogne pubbliche, almeno in età repubblicana, non era attuata dallo stato in proprio ma, come di consueto, appaltata a *redemptores*. Se ne ha una prova luminosa nel celebre episodio delle quattro colonne del teatro temporaneo fatto costruire da M. Emilio

<sup>39</sup> A. d'Ors, X. d'Ors, *Lex Irnitana* (Santiago de Compostela 1988) 13-87. <sup>40</sup> U. Laffi, *Osservazioni sulla lex municipi Tarentini*, ora in Id., *Colonie e municipi nello stato romano* (Roma 2007) 222 s., nota la quasi identità fra le tre leggi municipali, senza tuttavia evidenziare questo (apparente) profilo differenziale con la disciplina desumibile dal dettato interdittale. Sull'*iniuria privatorum* come limite all'operare degli organi pubblici, e non solo in relazione alle cloache ma piú in generale per il problema dell'espropriazione, cfr. M. Pennitz, *Der 'Enteignungsfall' im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung* (Wien-Köln-Weimar 1999) 89-93. Piú in generale, cfr. A. Kränzlein, *Sine iniuria privatorum*, in G. Klingenberg, J.M. Rainer, H. Stiegler (Hrsg.), *Vestigia iuris romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992* (Graz 1992) 279-283; A. Trisciuglio, *Sine iniuria privatorum: per una riscoperta dei principî del diritto amministrativo romano (età tardo-repubblicana e classica)*, in A. Murillo Villar, M. Aránzazu Calzada González, S. Castán Pérez-Gómez (coord.), *Homenaje al profesor A. Torrent* (Madrid 2016) 1199-1219. <sup>41</sup> Sul punto cfr., bene impostato, A. Trisciuglio, *Sarta tecta, ultratributa, opus publicum faciendum locare* (Napoli 1998) 225 s.

Scauro e in seguito trasportate nella sua casa privata sul Palatino, narrata da Plinio il Vecchio:

Plin. Sen. *nat. hist.* 36.6. Etiamne tacuerunt, maximas earum atque adeo duodequadragesimum pedum Lucullei marmoris in atrio Scauri conlocari? Nec clam id occulteque factum est. Satisdare sibi damni infecti coegit redemptor cloacarum, cum in Palatium eae traherentur. Non ergo in tam malo exemplo moribus caveri utilius fuerat? Tacuere tantas moles in privatam domum trahi praeter fictilia deorum fastigia!

L'appaltatore dei lavori di manutenzione della *cloaca maxima*<sup>42</sup> pretese che Scauro gli prestasse la *cautio damni infecti* a causa del passaggio dei carri che trasportavano le gigantesche colonne, alte più di undici metri, destinate all'atrio della casa di Scauro. A questo proposito segnalò un sicuro errore di distrazione nel libro di Ettore De Ruggiero sulle opere pubbliche a Roma<sup>43</sup>: un errore però difficilmente comprensibile in un romanista raffinato come lui. Egli infatti, commentando la notizia di Plinio, affermò che la cauzione sarebbe stata chiesta per «i danni arrecati alle cloache per il trasporto di numerose colonne nel palazzo di Scauro sul Palatino». Ora, se la *cautio* era prestata *damni infecti*, è ovvio che il danno era solo temuto: il *redemptor* chiese la prestazione della *cautio* prima che i carri con le pesantissime colonne passassero al di sopra della fognatura, per premunirsi contro il pericolo che il loro peso potesse far franare tutto.

Piuttosto dal testo pliniano sorgono alcune questioni. Perché il *redemptor* esige la prestazione del mezzo cautelare? Andrea Trisciuglio<sup>44</sup> ha, a mio avviso, ben colto la ragione di questa richiesta: si trattava di cautelarsi in relazione ad un profilo di responsabilità che il *redemptor* aveva assunto con l'appaltatore, che andava a coprire non solo i danni causati dal malfunzionamento e quindi direttamente a lui imputabili per la negligenza nell'esercizio dell'appalto, ma anche quelli, come dice bene lo studioso, «arrecati alla struttura in modo eccezionale da un agente esterno, ed imputabili, in ultima analisi, ad una omessa vigilanza del *redemptor*».

Un'ultima annotazione. Le fonti giuridiche ci presentano talvolta dei flash di vita vissuta, come in questa testimonianza di Labeone<sup>45</sup>:

<sup>42</sup> Bene sul punto D. Palombi, *Receptaculum* cit.144 nt. 36. <sup>43</sup> E. De Ruggiero, *Lo Stato e le opere pubbliche in Roma antica* (Torino 1925) 181, nt. 3. Evidenziazione mia. <sup>44</sup> A. Trisciuglio, *Sarta tecta* cit. 30 s. <sup>45</sup> Il testo di Paolo ha una letteratura assai vasta, ovviamente centrata sul problema del *periculum rei venditae*: cfr. E. Betti, 'Periculum'. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci I* (Milano 1956) 131-197; D. Robaye, *L'obligation de garde: essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles 1987) 355 ss.; C.A. Cannata, *Una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI*. 58 (1992) [= Id., *Scritti scelti di diritto romano II* (Torino 2012) 52 s.]; E.C. Silveira Vita Marchi, *Periculum rei venditae e periculum dotis aestimatae*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 93 (1998) 25-57; M. Pennitz, *Das periculum rei venditae: ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht* (Wien-Köln-Weimar 2000) 119-

D. 19.1.54 pr. (Lab. 2 *pith.*). Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit. Quid si hoc exceptum fuerit? Tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset: nam certe ea res tuo periculo esse non debet. Itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.

Non analizzerò tutto il testo. In questa sede mi preme solo far notare la scena dello schiavo che viene fatto abitualmente scendere nelle profondità di una fognatura (*in cloacam demitti solitus esset*) dove, per un incidente, si rompe una gamba. Naturalmente ai giuristi non importava niente della salute dello schiavo: il loro unico orizzonte era comprendere se un venditore che, dopo la conclusione del contratto ma prima della consegna dello schiavo, avesse continuato a servirsi dell'opera dello schiavo stesso che, nell'adempimento del compito prescrittogli, si 'danneggiasse', fosse responsabile nei confronti dell'acquirente. Labeone aveva risposto di no, qualora l'attività richiesta allo schiavo fosse stata quella stessa a cui egli era stato normalmente adibito prima della vendita: infatti lo schiavo doveva essere stato verosimilmente acquistato per svolgere quella stessa mansione alla quale era stato adibito dal precedente proprietario. Poiché l'incidente si era verificato nell'ambito dello svolgimento della mansione ordinaria dello schiavo, che consisteva nello svuotamento della fogna, per effettuare il quale era necessario calarsi dentro il condotto, il venditore non avrebbe potuto essere considerato responsabile.

Paolo si dichiarò in disaccordo, perché evidentemente riteneva che, nel periodo intercorrente tra la conclusione del contratto e la consegna della cosa, il venditore avrebbe dovuto tenere un comportamento diligente nel conservare la cosa presso di sé, e quindi si sarebbero potute verificare situazioni in cui il danno subito dallo schiavo avrebbe dovuto essere ascritto a responsabilità del venditore<sup>46</sup>. Come afferma Carlo Augusto Cannata, è la stessa concezione della *culpa* a divergere nei due giuristi: si

122; L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, in *Rivista di Diritto Romano* 3 (2003) 60.

<sup>46</sup> La valutazione che Cannata, *Una casistica* cit. 51, dà dell'opinione di Paolo («la un poco ingenua acribia astratteggiante di Paolo»), pur esatta nel complesso, mi sembra un po' troppo severa. In linea con la finalità propostasi nel suo commento ai *Pithanà* di Labeone, Paolo voleva individuare situazioni nelle quali l'enunciato del giurista augusteo non sarebbe stata valida. In altri termini, gli esempi, forse un po' cavillosi, proposti servivano a Paolo per falsificare il *pithanon* discusso.

tratta di modelli comportamentali diversi, che modificano i confini del regime della colpa.

Vi è un ultimo punto da valutare. Nell'ultima parte di D. 43.23.1.15 il pretore afferma: *ne quid fiat immittaturve, interdicam*, così apparentemente vietando opere o immissioni in fogne pubbliche che ne pregiudichino la funzionalità. Si tratta di un interdetto proibitorio *de cloacis publicis*? Il punto è molto discusso. Luigi Di Lella, in una breve ma densa sintesi, era di questa opinione<sup>47</sup>.

Ma un'osservazione di Giuseppe Gandolfi può contribuire a risolvere il problema in modo più soddisfacente<sup>48</sup>. Lo studioso distinse gli ordini pretori in due categorie, una composta da enunciati nei quali il verbo interdittale è al tempo presente, nel contesto di un ordine diretto ad una delle parti, come *ne facias, vim fieri veto, exhibeas*; l'altra formata da proposizioni col tempo futuro (*interdicam, interdictum non dabo*) che il pretore aggiungeva, per usare le parole di Gandolfi, come «appendici», che servivano come descrizione di situazioni analoghe a quelle disciplinate nei formulari interdittali veri e propri, nelle quali «il pretore non avrebbe mancato di emanare l'interdetto». Quindi non si sarebbe trattato di un vero e proprio interdetto, ma di una sorta di *caveat* che il pretore esprimeva qualora taluno si fosse proposto di attuare la condotta che il magistrato si prefiggeva di impedire.

7. Concludo. Nell'introdurre i mezzi interdittali a tutela di chi volesse compiere manutenzioni alle fognature contro chi fosse intenzionato ad impedirglielo mediante atti di turbativa violenti, il pretore mostra una straordinaria lungimiranza: nella normalità dei casi egli non si schiera *a priori* in favore di una delle parti coinvolte, predisponendo testi interdittali con i quali sia possibile attuare un bilanciamento degli interessi contrapposti per mezzo di una prudente valutazione caso per caso. Questo ovviamente perché nessuno dei due interessi in conflitto gli appare degno di prevalere *a priori* sull'altro. Il caso delle fognature gli appare ben diverso: anche qui ci sono due interessi in conflitto, ma essi non possono in alcun modo essere considerati equivalenti.

Da un lato c'è l'interesse del privato alla salvaguardia dell'integrità del suo patrimonio, messa a repentaglio dall'intenzione del vicino di compiere manutenzioni che avrebbero potuto rivelarsi anche molto intrusive e addirittura provocare danni: questa è la ragione, come abbiamo visto, che le leggi municipali prescrivevano che tali operazioni avvenissero senza arrecare *iniuria* (è la formula *sine iniuria privatorum*), e il pretore disponeva

<sup>47</sup> L. Di Lella, *La tutela interdittale dei luoghi pubblici*, in *Espaces intégrés et ressources naturelles dans l'Empire romain*. Actes du colloque de l'Université de Laval, Québec, 5-8 mars 2003 (Besançon 2004) 194 s.: «Gli *interdicta de cloacis publicis* sono due ... Il primo (la cui formula ci è conservata in D. 43.23.1.15) era restitutorio ...; il secondo era invece verosimilmente proibitorio, poiché mirava a prevenire opere ed immissioni nel momento stesso in cui venivano intraprese (D. 43.23.1.15)». <sup>48</sup> G. Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano 1955) 134-136.

che prima di iniziare le operazioni fosse necessario prestare la *cautio damni infecti*. Quindi una pur minima attenzione per le esigenze delle potenziali 'vittime' dei lavori comunque era assicurata. Ma l'interesse contrapposto, quello della buona tenuta e dell'efficientamento della rete fognaria, anche privata, delle città era considerato dal pretore assolutamente prioritario. Ecco perché lo spurgo di una fogna privata, legittima o abusiva che fosse, veniva sempre tutelato: la necessità che i sistemi fognari funzionassero al meglio, evitando ristagni d'acque luride che minacciavano *caelum pestilens*, ossia epidemie, imponeva che nessuno si opponesse alle attività di manutenzione, che potevano arrivare al punto di smantellare il pavimento di una casa (evidentemente costruita sopra la fognatura dopo la sua escavazione) per arrivare al punto ostruito. Interesse generale alla tutela della sanità pubblica contro proprietà privata: per la riflessione giurisprudenziale non sempre quest'ultima era «sacra». I Romani, su questo punto, erano più saggi di noi moderni.

Trieste.

MARIO FIORENTINI

# Sommario

## LE COSTITUZIONI

- 1 Umberto Laffi, «Perdere la cittadinanza romana»
- 30 Maurizio d’Orta, «Dalla ‘potenza’ al ‘potere’. Rileggere i *Primordia civitatis* di Pietro De Francisci»
- 67 Rosaria Mazzola, «A proposito di Q. Varius Hybrida tr. pl. 90 a.C.»
- 81 Armando Torrent, «*Hispalis*, de César a Augusto»
- 94 Angelina Troiano, «*Auctoritas* e *solutio legibus*: configurazioni ideologiche e istituzionali del Principato tra Augusto e Vespasiano»
- 109 Luigi Capogrossi Colognesi, «Le *Tabulae Herculanaenses* di Camodeca e la storia della società romano-italica»
- 117 Santiago Castán, «Claves políticas en torno a la *cura aquarum*, Agripa y la administración de Roma en época augustea»

## LE LEGGI

- 141 Donatella Monteverdi, «Il rilievo ‘politico’ della composizione numerica del Decemvirato (tra proposta ed esperienza)»
- 153 Johannes Platschek, «Nochmals zur *lex Pesolania de cane* in PS. 1.15.1: Systematik der römischen Tierhalterhaftung und humanistische Textkritik»
- 169 Ana Zaera, «*Leges sumptuariae*: un nuevo estudio»

## LA GIURISPRUDENZA

- 173 Pia Starace, «Certeza e ordine del *ius civile* nell’*Enchiridion*»
- 201 Martin Pennitz, «Das *non reddere* als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl»
- 226 Mario Varvaro, «*Favor dotis* e singolari interpretazioni in tema di *ius singulare*»

## PERSONE

- 255 Pedro López Barja de Quiroga, «Independent freedmen in the *album* of Herculaneum»
- 279 Silvia Capasso, «Gli *Augustales* della Campania romana»
- 288 Riccardo Cardilli, «*Partus vel fructus*: economia, società, diritto»

## DIRITTI REALI

- 301 Luigi Capogrossi Colognesi, «*Silvae* and *compascua* in Roman Legal Landscape»
- 309 Cosima Möller, «*Usus servitutis* e abuso, *non usus* e *usucapio libertatis*»
- 320 Mario Fiorentini, «Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto»

## OBBLIGAZIONI

- 345 Consuelo Carrasco García, «Impacto normativo y derecho romano: *ex ante/ex post*. A propósito de prescripciones edilicias»
- 371 Marek Sobczyk, «Performance for an evil purpose in classical Roman law»
- 395 Annamaria Salomone, «Alle origini dei titoli esecutivi stragiudiziali. Tra *factio iuris* ed analogia»

## PROCESSO

- 411 Alfonso Castro Sáenz, «*Greges togatorum: orator, togatus, advocatus*»
- 431 Vincenzo Giuffrè, «La ideologia del contrasto violento alla dissidenza politica»
- 437 Nunzia Donadio, «Dal *vocare in tributum* alla *datio actionis tributoriae*»
- 456 Gianni Santucci, «A proposito del cd. editto di ritorsione»

## DIRITTO CRIMINALE

- 467 Cosimo Cascione, «*Ad elephantos (vel sub elephantos)*»

470 Vincenzo Giuffrè, «Le pene atroci dell'antichità fra storiografia e sociologia»

MEDITERRANEO

MARE GRECO, ELLENISTICO, ROMANO

483 Giulio Massimilla, «*Τυτθὸν γὰρ ὑπὲκ θανάτοιο φέρονται*: i pericoli del mare nella poesia antica»

490 Laura Gutiérrez Masson, «Dall'aratro al remo: geodiritto e acculturazione nell'esperienza romana»

498 Alberto Dalla Rosa, «Note sui primi procuratori della provincia d'Asia sotto Augusto»

517 José-Domingo Rodríguez Martín, «Cláusulas 'terrestres' y cláusulas 'marítimas' en negocios documentados en papiro»

TRADIZIONE ROMANISTICA

539 Luca Loschiavo, «Legislazione e prassi nella Benevento longobarda»

559 Francesca Lamberti, «Il diritto romano 'oltre' il diritto romano: i suoi destini nella Russia zarista»

580 Felice Mercogliano, «Genovesi, la 'Diceosina' e la legislazione matrimoniale augustea»

589 Tommaso Beggio, «Un commento alla proposta di riforma degli studi romanistici di Paul Koschaker in un documento inedito di Ulrich von Lübtow»

623 Sabrina Di Maria, «Note minime sul 'buon uso' del diritto romano in una recente pronuncia della Cassazione»

650 Raffaele D'Alessio, «Sulle *regulae iuris*»

660 Alberto Filippi, «Francisco Delich y la cultura italiana: la sociología crítica de las transiciones democráticas»

DA ROMA ALLA TERZA ROMA

677 Paolo Siniscalco, «A proposito di *Gen. 1.28*: '*Crescite et multiplicamini*'»

679 Pierangelo Catalano, «A proposito di '*civitas augescens*' (D. 1.2.2) e '*civitas amplianda*' (C. 7.15.2)»

- 681 Caterina Trocini, «Dall'Accademia delle Scienze dell'URSS all'Accademia Teologica di Mosca (2017)»
- 698 Franco Vallocchia, «*Ius migrandi?* Migrazioni latine e cittadinanza romana»
- 706 Giorgio Vespignani, «Migranti greci tra Roma, l'Italia e Mosca nella seconda metà del XV secolo»
- 715 Samir Aličić, «La 'Grande migrazione dei Serbi' (1690) nel Sacro Romano Impero e le idee giuridiche»
- 721 Jurij Petrov, «Migrazioni nell'Impero russo, in URSS e nella Federazione Russa»
- 725 Cesare Alzati, «Sacerdozio e Impero: a proposito del modello costantiniano»
- 737 Raffaele Coppola, «Universalismo ed ecumenicità nella dottrina della Terza Roma»
- 743 Caterina Trocini, «Index per la Terza Roma. 1995-2016»

#### SESTA PAGINA

- 747 Cosimo Cascione, «No soy gringo, soy Cartaginés! (L'antropop e la triste storia di Bill Rule)»

#### RICORDI

- 751 Thomas Finkenauer, Fabian Klinck, «Hans Josef Wieling»
- 756 Luigi Labruna, «Francesco Fratto nel ricordo di un amico»

- 757 LIBRORUM INDEX, *a cura di* Fabiana Tuccillo

#### NOTIZIE

- 803 Sara Pilloni, «Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura, società», p. 803 - Giorgia Maragno, «La LXXI Sessione della SIHDA a Bologna e a Ravenna», p. 811 - Martina D'Onofrio, «*Causa contractus*: alla ricerca delle condizioni dell'efficacia della volontà contrattuale», p. 817 - Paola Santini, «Sui Bonfante», p. 821 - Silvia Capasso, «La giustizia di Traiano. Dalla realtà alla leg-

genda», p. 824 - Adelaide Caravaglios, «Le realtà della schiavitù: il XL GIREA», p. 826 - Sofia Sanfilippo, «Giustiniano: politica e legislazione nella transizione», p. 828 - Pia Starace, «Contesti, tecnica, recezione delle Declamazioni maggiori», p. 832 - Valerio Massimo Minale, «Diritto e magia a Belgrado», p. 840 - Valeria Di Nisio, «Le giornate del Cuia in Argentina: decima edizione», p. 841 - Rita Miranda, «*Ab initio bellorum civilium*: Seneca Padre e la storiografia riemersa», p. 842 - Valerio Massimo Minale, «Per una palingenesi dei *senatus consulta* nelle fonti giuridiche bizantine», p. 846 - Silvia Capasso, «Spello e l'Accademia Romanistica Costantiniana», p. 849 - Silvia Capasso, «*Studium erga populum. Studium erga sapientiam*. Una nuova epigrafe a Pompei», p. 851 - Pierangelo Buongiorno, «La forza e le regole: percorsi dell'espansionismo romano», p. 853 - Michele Pedone, «*Plus ratio quam vis*: la LXXII Sessione della SIHDA a Cracovia», p. 855 - Marco Auciello, «Popolazione, territorio, lavoro e strutture economiche nel mondo romano», p. 860 - Angelina Troiano, «I *Criminali* del Professore», p. 863 - Angelina Troiano, «La 'speciale' scoperta dei *Confronti testuali* di Chiazzese», p. 865 - Donato Greco, «A ottant'anni dalle leggi razziali», p. 869 - Cosimo Cascione, «Volterra, i suoi libri, le opere 'di una vita'», p. 875 - Valeria Di Nisio, «Online la traduzione italiana dei *Digesta Iustiniani*», p. 877.

879        ABSTRACTS

INDICE

901        «Libri discussi»