

Inter vicini praesumitur aemulatio

Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune

(Nicoletta Sarti)

Capitolo 1 – I tre itinerari del divieto degli atti emulativi

1. RICOSTRUZIONE STORICA E TENSIONI DE IURE CONDENDO IN UN DIBATTITO DI FINE OTTOCENTO

Atti emulativi = atti dannosi, compiuti nell'esercizio del proprio diritto al solo scopo di ledere altrui

Il dibattito sugli atti emulativi è rimasto fino al 1941 (quando fu approvato il testo definitivo del Libro III "Della proprietà" del CC) uno degli argomenti di maggiore interesse per la dottrina civilistica → 2 tesi:

- sostenitori dell'inammissibilità di un tale divieto in una moderna legislazione
- visioni meno individualistiche e assolutistiche della proprietà che propugnavano per un tale divieto

L'art 833 CC (considerato all'epoca una delle punte più avanzate del nuovo ordine proprietario) sancì il **divieto di atti emulativi**: "Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere e recare molestia ad altri" → tale previsione venne poi rafforzata dall'entrata in vigore della Cost che eleva a rango di garanzie supreme la *solidarietà*, l'*utilità* e la *funzione sociale* (artt 2, 41 e 42)

Il dibattito intorno agli atti emulativi ha origine nel 1870 tra i più illustri romanisti:

- visione "assoluta" della proprietà → gli artt 544 del *Code Napoléon* e 436 del Codice Civile del Regno d'Italia (espressione di un'ideologia borghese, individualista e proprietaria imperniata sulla protezione dell'individuo fuori dal contesto sociale) portavano avanti un'idea assoluta di proprietà: "La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti"
- visione "limitata" della proprietà:
 - *leading case* **Corte di Appello di Colmar** (2 maggio 1855): nel dirimere una lite tra proprietari di immobili urbani sorta in merito alla costruzione di un camino, le cui dimensioni suggerivano che l'unico scopo era quello di togliere luce al vicino, la Corte aveva affermato: «i principi della morale e della correttezza impediscono ciò che la giustizia punisce come azione ispirata da malizia, compiuta sotto l'influenza di una mala passione, non potendo essere giustificata da alcuna utilità personale e comportando un grave pregiudizio alla altrui utilità»
 - anche la dottrina Francese (Charmont, Saleilles, Josserand) ha offerto robuste argomentazioni contro l'assolutismo giuridico del *Code*
 - In Italia **Domenico Romagnosi** affermò che «se il diritto di proprietà è bastato sulla convivenza, mai potrà essere esercitato ad aemulationem, essendo nei principi stessi del diritto implicita l'idea dell'ordine e della morale e quindi è a ritenersi che tutte le leggi vietino l'atto emulativo a meno d'una espressa disposizione in contrario»
 - nel 1877 e 1878 due sentenze di Cassazione in tema di conflitti fra titolari di proprietà condivisero il p. che non può un proprietario far opere *usque ad aemulationem*

>> È questa prassi, espressione di un clima apertamente derogatorio rispetto alla stretta esegesi dei Codici vigenti, a segnare la discesa in campo di **Vittorio Scialoja**, le cui tesi confluirono nella voce "Aemulatio" del 1892, che il maestro fu invitato a redigere per le pagine dell'*Enciclopedia Giuridica Italiana* → Scialoja si leva con autorità a criticare e controbattere le opinioni di quanti ricollegano l'esistenza della proibizione degli atti di emulazione ai principi generali del diritto (v. Lozzi) → Scialoja, dopo un esame particolareggiato delle fonti romanistiche, trae la conclusione che da esse non è dato evincere alcuna proibizione, potendo il proprietario fare tutto ciò che sia compreso nei limiti oggettivi del suo diritto, senza che sia ammessa indagine circa la sua intenzione → di conseguenza afferma che l'emulazione non è giuridicamente vietata (talora gli atti di emulazione sono illeciti, ma solo in quanto ricompresi in altre categorie di comportamenti proibiti da disposizioni normative)

>> l'approccio sistematico di Scialoja alle fonti romanistiche fu largamente seguito, e in particolare l'idea che le nozioni modernamente intese di "abuso di diritto" e di "atto emulativo" non abbiano una enunciazione specifica nel diritto romano:

- è opinione condivisa che l'odierno significato di *abuso di diritto* (esercizio cattivo di un diritto da parte di chi ne è titolare) sia rimasto estraneo al sistema delle fonti romanistiche
- più autori rilevano che il termine *aemulatio* assunse nella giurisprudenza e nella legislazione romane un significato differente da quello di illecito od abusivo esercizio del diritto senza alcuna utilità per il titolare e con il solo scopo di fare dispetto o di arrecare danno ad altri

>> infatti nei due luoghi in cui il termine "aemulatio" compare, il termine viene solitamente tradotto con "gara" (v. Scialoja):

- un frammento di Emilio Macro (*Opus novum*), contenente l'affermazione della libertà di costruire *opera nova* da parte di privati senza bisogno di autorizzazione preventiva, seguita da una limitazione per i casi in cui si costruisca *ad aemulationem alterius civitatis* (per gareggiare con altre città), si dia materia di sedizione, ecc
- una costituzione di Valente, Graziano e Valentiniano del 376 d.C. (*de apparitoribus praefecti annonae*) che racchiude disposizioni volte a proibire l'intrudersi degli addetti ad un ufficio amministrativo in affari pertinenti ad altro ufficio, onde evitare tra i due confusioni e conflitti

Al di là dell'idea di Scialoja, si possono delineare 3 orientamenti che si sono fronteggiati in ordine alla rilevanza del divieto *ad aemulationem* nel diritto romano:

- orientamento che esclude che il divieto avesse mai avuto cittadinanza nell'ordinamento romano (v. Scialoja, Bonfante e Arangio-Ruiz) → da alcune note *regulae* estrapolate dai *Digesta*, i sostenitori di questa tesi portavano avanti la convinzione che la proprietà romana altro non era che la signoria dell'uomo sopra la cosa, garantita dal diritto mediante l'esclusione sia di ogni forma di ingerenza altrui, sia della rilevanza dell'elemento soggettivo nel comportamento del *dominus*
- orientamento favorevole ad ammettere la rilevanza del divieto sin dall'età classica (v. Stella Maranca, Bartosek e Palma) >> partendo da un frammento di Celso e da uno di Paulo i sostenitori di questa tesi sostenevano che già in età classica si ponessero dei limiti di carattere generale alle facoltà del *dominus*, nel senso che questi non potesse usare del proprio diritto *animo nocendi* e senza alcuna apprezzabile utilità
- orientamento mediano, incline o a ritenere che il divieto non fosse di carattere generale ma relativo soltanto a particolari ipotesi o ravvisabile esclusivamente in età giustiniana (maggioranza degli autori, v. Rotondi) → questo orientamento si fonda sulla netta contrapposizione fra la concezione individualistica dell'età classica e la diversa impostazione giustiniana, ispirata da pp. di solidarietà e di cristianizzazione delle relazioni intersoggettive → 2 tesi:
 - la compilazione giustiniana non ha fatto altro che recepire risultati ai quali era giunto lo *ius honorarium*, che sono stati elevati a principi generali dal legislatore del VI sec., in armonia con i precetti dell'etica cristiana (v. Riccobono)
 - il rilievo dato dai compilatori giustiniani all'elemento soggettivo ha comportato una trasformazione nel diritto obiettivo, aprendo la strada all'introduzione di limiti all'esercizio dello *ius dominicale* (v. Luzzato)

2. LA SCARSA CONSIDERAZIONE DELLA LETTERATURA DI DIRITTO COMUNE

Il divieto degli atti emulativi non fu mai considerato un tema centrale per la letteratura romanistica → su tale scarsa considerazione pesarono due fattori:

- il silenzio del Codice civile unitario del 1865, che, come tutti i codici figli del *Code Napoléon*, non contemplava il divieto di atti emulativi
- l'autorevolezza e l'influenza degli interventi di Scialoja, che sosteneva che il divieto di atti emulativi fosse stato introdotto dai commentatori medievali, a causa di un travisamento dei termini latini (v. anche Bonfante)

>> di conseguenza la storiografia giuridica ha dedicato al divieto di atti emulativi scarso approfondimento:

- nella "*Storia del diritto privato*", Pertile tratta delle "limitazioni del diritto di proprietà sopra gli immobili", ritenendole il portato delle consuetudini germaniche e delle legislazioni statutarie
- nella "*Storia del diritto italiano*", Calisse affermò che, mentre la proprietà romana era assoluta (e non tollerava altrui partecipazione), la proprietà medievale non escludeva una almeno parziale soddisfazione degli interessi sociali
- nel saggio "*Storia del diritto privato italiano*", Cesare Nani, muovendo dal presupposto che era un errore molto diffuso considerare che il diritto del proprietario nel sistema romano non avesse alcun freno, osservava che non era necessario ricorrere al diritto germanico per avere esempi di proprietà "limitata" (l'elemento etico occupa, infatti, nel diritto romano un posto insigne: il fatto che il proprietario avesse *jus utendi e abutendi* non significava che potesse abusare del diritto sulla cosa propria)
- secondo Francesco Schupfer le *species* di "limitazioni nei riguardi del vicinato", pur non essendo estranee ai Romani, trovavano maggiore applicazione tra i Germani sul presupposto che la proprietà barbarica non avesse nulla di assoluto → spesso rimanevano regole di costume, in alcuni casi vennero tradotte in vere e proprie regole legali:
 - regola quella contenuta nell'Editto di Rotari, che sanciva che nessuno poteva negare l'erba ai viandanti
 - regola contenuta in un capitulare di Carlo Magno, che proibiva, in casi di calamità, di cogliere l'erba dai campi altrui

>> in ultimo, fra i limiti esistenti nei rapporti di vicinato, figurava anche il divieto, fatto al proprietario, di costruire o di compiere atti con poca o nessuna utilità unicamente con l'*animus nocendi* → Schupfer formula la teoria per cui il divieto non discenda dal diritto romano, ma da un concetto nuovo venuto con i barbari (opinione smentita da Arrigo Solmi)

- nell'opera "*Svolgimento storico del diritto privato in Italia*", Melchiorre Roberti constatava che nelle fonti giustiniane si delineano 2 principi in contrasto con lo statuto del diritto classico:
 - una nuova concezione del diritto di proprietà
 - il divieto di abuso del diritto di proprietà
- nell'"*Introduzione storica al vigente diritto privato italiano*", Pietro Vaccari rilevava che la giurisprudenza medievale aveva dilatato i limiti nell'esercizio del diritto di proprietà, aprendo il varco alle più assurde ed anti-giuridiche presunzioni di *aemulatio*

>> In ogni caso, se la genesi e la disciplina del divieto in esame non hanno trovato nella storiografia di diritto comune un'attenzione privilegiata, non mancarono tuttavia gli approfondimenti:

- **Mario Rotondi** tentò di porre in luce come i germi del futuro divieto di atti emulativi, embrionalmente presenti nel sistema della compilazione giustiniana, appaiano vivi e vitali fin dagli apparati di Accursio → Rotondi osservava come il decollo del divieto degli atti emulativi nell'esperienza giuridica medievale fosse da riconnettersi al *passaggio dall'ambito dei rapporti di vicinato rustico a quello dei rapporti di vicinato urbano* (i quali avevano bisogno di una nuova e più adeguata disciplina per le condizioni create con l'addensarsi della popolazione entro le mura cittadine)
- **Ugo Nicolini** percepì l'incidenza del limite generico di atti emulativi sul concetto di proprietà e si occupò della rettifica terminologica del concetto di *aemulatio* (non si dovrebbe parlare di divieto degli atti emulativi, ma di divieto di ogni comportamento, anche negativo, che abbia per solo movente l'*aemulatio*) Nicolini allargò, inoltre, il ventaglio delle fonti, affiancando ai capitoli dell'editto di Rotari e di Carlo Magno anche un passo della *Lex Visigotorum* e altri 2 capitoli dell'Editto di Rotari
- **Guido Astuti** sottolineò come gli storici del diritto, nel tentativo di ricostruire i percorsi dell'elaborazione teorica e dell'affermazione pratica del divieto, siano stati indotti a considerare testimonianze eterogenee, che non si riferiscono alla fattispecie tipica dell'atto emulativo (questo è stato causato anche da una sopravvalutazione dell'influenza esercitata dalla c.d. concezione sociale della proprietà germanica, in antitesi a quella individualistica ed assoluta di ispirazione romana)
- **Antonio Gambaro** esaminò le strategie utilizzate dagli ordinamenti di diritto positivo per affrontare e risolvere i nodi giuridici nascenti dalla necessità di coordinare l'istituto della proprietà privata con l'uso pubblico delle aree urbane → da qui 2 diversi filoni:
 - un primo filone di indagine ateneva alle vicende della *servitus altius tollendi* che, citata nel Digesto, suscitò notevoli problemi interpretativi, presso i giuristi medievali, per la sua contraddittorietà con una concezione del dominio in cui era ricompresa la facoltà di edificare
 - un secondo filone di ricerca ateneva alla tematica del divieto degli atti emulativi, che la dottrina di diritto comune impose come un limite generale al *ius aedificandi*, contraddicendo così il principio dell'assolutezza e dell'esclusività del dominio

3. PREMESSE ED ESITI DI UN RITORNO ANNUNCIATO NELLA NOSTRA LEGISLAZIONE: L'ART 833 DEL CODICE CIVILE ITALIANO DEL 1942

Il motivo per cui il *Code civil Napoléon* non ha previsto l'istituto del divieto di atti di emulazione è stato ricondotto da **Rotondi** al prevalere, con la prima età moderna, delle dottrine giusnaturalistiche: alla scuola di diritto naturale toccò di adattare i principi del diritto romano alle esigenze dei nuovi secoli e nel fare ciò, l'equazione diritto romano-diritto di ragione ha operato esclusivamente nei confronti del diritto classico → limitazioni della proprietà diverse da quelle previste e disciplinate dalla legge (quindi anche il divieto di atti emulativi) mal si coniugavano con l'affermazione di un *dominium* inteso come un latissimo *ius utendi ac abutendi* e configurato, dal Codice di Napoleone, alla stregua di un'esigenza etica della personalità umana piuttosto che di un diritto riconosciuto dallo Stato al cittadino

- **Astuti** ha comunque sottolineato che gli atteggiamenti critici verso una proprietà "limitata" non hanno avuto alcun apprezzabile influsso sulla prassi giuridica e che il divieto degli atti emulativi fu comunque ammesso, come *regola generale*, dai Pandettisti (in Italia veniva introdotto dalla giurisprudenza come "*principio generale del diritto*")
- **Antonio Gambaro** ha richiamato l'attenzione sull'ostilità che illuministi e riformatori nutrivano nei confronti di una teoria che si presentava sotto forma di eccezione ad una regola generale e che presupponeva nuove eccezioni → egli ha indicato nella diffusione del modello codicistico ed amministrativo francese la causa ultima dell'eclissi della teoria degli atti emulativi in campo edilizio: quel modello conteneva una precisa regolamentazione dei rapporti di vicinato ed una delega agli organi amministrativi dei compiti urbanistici, elidendo, con ciò, la funzione del divieto

>> È indiscutibile che l'estromissione del divieto degli atti emulativi dal novero delle limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà costituisca una delle più significative cesure che la codificazione napoleonica ha creato nel flusso dell'esperienza dottrinale di diritto comune (in tutti i codici civili degli ex Stati italiani è assente il divieto degli atti emulativi) → In Italia l'art 436 del CC del 1865 ("*La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti*") è chiaro nel non prevedere il divieto di atti emulativi → tuttavia, negli anni successivi, ci fu chi sostenne l'esistenza del divieto di atti emulativi:

- Filomusi Guelfi affermava che la legislazione civile non può proclamare che rientra nella sfera dell'esercizio del diritto di proprietà l'uso di questo a solo scopo di far danno → di conseguenza il divieto di atti emulativi discende dai *principi generali del diritto*
- Roberto De Ruggiero sosteneva che la proprietà moderna dovesse essere esercitata civilmente secondo i fini del diritto e che, in caso di atti emulativi, non si agisse secondo tali fini

L'impegno profuso a Filomusi Guelfi e De Ruggiero trovò concretizzazione nel **Progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni e dei contratti** (mai entrato in vigore), che prevedeva:

- art 74: "*è tenuto al risarcimento colui che ha cagionato ad altri danno, nell'esercizio di un proprio diritto, eccedendo i limiti imposti dalla buona fede o dallo scopo quale il diritto gli fu riconosciuto*" → tale norma generale, sanzionatoria degli atti di esercizio abusivo dei diritti prevedeva anche una limitazione imposta al proprietario di «fare od imprendere opera alcuna che rechi pregiudizio ad altri senza utilità propria»

- art 18: “la proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso. Il proprietario deve osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa”

Nel CC del 1942, che si è limitato all'introduzione del divieto degli atti emulativi, venne espunto:

- dal diritto di proprietà, qualunque accenno ad una sua funzione sociale
- dal Libro IV, una norma generale di divieto di abuso dei diritti

>> Il divieto degli atti emulativi (art 833: “Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere e recare molestia ad altri”) è stato enunciato, non più con i requisiti oggettivi del danno altrui e della mancanza di utile proprio, ma con espresso riferimento all'elemento soggettivo, l'*animus nocendi* → questa formula richiama l'elaborazione giurisprudenziale propria del diritto comune e riflette ambiguità: in particolare riconduce il divieto nella sfera dell'illecito con *dolo specifico*, attenuando l'elemento della “solidarietà tra privati”

>> Conseguenze inevitabili di questi contraddittori assetti sono state:

- la limitatissima portata nel nostro ordinamento civilistico della norma in oggetto
- la sua progressiva disapplicazione o cancellazione ad opera di una giurisprudenza assolutamente costante

>> la magistratura non ha mancato di ribadire che l'atto emulativo deve essere caratterizzato dalla sinergica presenza di 2 elementi:

- **elemento psicologico** = esclusiva finalità di arrecare danno
- **elemento oggettivo** = assenza di ogni altra utilità per il suo autore, di tipo morale o economica

Capitolo 2 – I rapporti di vicinato nella scienza giuridica delle origini

1. LA STAGIONE PREACCURSIANA

Da un'attenta verifica delle fonti risulta che lo studio e l'analisi del *limite imposto al proprietario di agire ad aemulationem* fu sostanzialmente costruito sulla base di un gruppo di frammenti dei *Digesta*, dalla cui ampia interpretazione nacque una figura giuridica nuova, inquadrabile fra i limiti alla proprietà = **divieto di atti emulativi** → 2 elementi:

- la gratuità o inutilità del danno arrecato dal *dominus* al vicino
- il movente esclusivo di nuocere, arrecare molestia al vicino (*animus nocendi*)

>> questi 2 elementi non sono, invece, presenti negli altri divieti elevati da alcune normative germaniche nei confronti del proprietario (divieto di turbativa al viandante che attraversava i terreni altrui non protetti da recinti; divieto di impedire al bisogno di cogliere da albero piccole quantità di cibo) → Caravale e Birocchi, approfondendo le tematiche delle servitù prediali nel Medioevo, hanno sottolineato che:

- *nell'esperienza romana* le servitù si configuravano come stabili situazioni di vantaggio di un immobile rispetto ad un altro appartenente ad un diverso proprietario e, dunque, appariva evidente l'analogia fra le servitù e il divieto di agire *ad aemulationem* (entrambi si sostanziavano in un limite alla *potestas dominica* connesso ai rapporti di vicinato)
- *nella società longobardo-franca* i diritti corrispondenti alle servitù in realtà rientravano semplicemente nell'ambito dei rapporti tra membri di una medesima comunità rurale, svolgendo una funzione diversa da quella dell'istituto romanistico e dell'agire *ad aemulationem* (v. le tesi contrarie di Nani e Genuardi)

Solo nella **Scuola di Bologna** più matura si iniziò a ragionare nei termini di un sistema articolato, seppure non sistematizzato, del divieto di atti emulativi, ma già a partire dalle opere di **Piacentino**, **Pillio da Medicina** e di **Azzone** emergono segnali circa l'attenzione che anche i glossatori delle prime generazioni riservarono al problema della limitazione dei diritti del *dominus fundi*

- **Piacentino:**
 - sostenne che la facoltà di entrare nella proprietà altrui per cogliervi un frutto e di sostare il tempo necessario per mangiarlo si discostasse dai requisiti tipici del rapporto reale di servitù, che presupponeva invece la perpetuità del gravame → il *dominus* in questo caso ha un dovere di tolleranza
 - condannò l'uso iniquo ed immorale del diritto di proprietà, come nel caso del vicino che aveva costruito un bagno accanto alla parete comune, provocando un'umidità superiore alla soglia di tolleranza
 - partendo dal frammento *Opus novum* del Digesto, sostenne la liceità delle costruzioni di fortificazioni sui propri *dominia*, purché non fossero edificate *ad aemulationem alterius* o offrissero occasione di sedizione → qui il glossatore estende il limite *ad aemulationem*, solitamente sollecitato da esigenze di polizia ed edilizia urbana, alla facoltà, tipicamente privatistica, di costruire in proprio
- **Pillio da Medicina** → davanti all'opinione di coloro che sostenevano che le fortificazioni potessero essere consentite soltanto *authoritate principis*, ritenne che tale regola valeva solo per i fondi situati sul confine orientale dell'Impero, mentre, al di fuori di questo caso, il proprietario potesse costruire liberamente purché ciò non avvenisse *ad aemulationem alterius civitatis* e la costruzione non si trovasse in prossimità di un teatro pubblico
- **Azzone**
 - ribadì che era sicuramente permesso a chiunque di fortificare i propri feudi circondandoli di mura, purché non offrisse ciò occasione di sedizione o non costituisse atto di emulazione verso altre città

- al fine di creare un legame fra la regola (il diritto di proprietà) e l'eccezione (limiti), Azzone provvede attraverso lo strumento della *distinctio*, la quale procede alla classificazione delle fattispecie normative attraverso una serie di suddivisioni che vanno dal generale al particolare (in base alla regola per cui la *species* può derogare al *genus*) → per l'autore:
 - qualora il danno riverberi da un'immissione *in alieno*, la responsabilità del *dominus* appare riconducibile entro i confini del generale divieto di immissione, salvo sia stata costituita espressa servitù o si rientri nell'ambito della tolleranza di immissioni ordinarie
 - qualora il danno prescinda da intrusioni nella proprietà altrui, la condotta è illecita solo se l'unico movente è la *volontà di nuocere*

>> i giuristi preaccursiani:

- parlano di *aemulatio* esclusivamente in relazione al *ius aedificandi*, estendendo ai castelli e alle fortificazioni un divieto che la giurisprudenza classica aveva coniato per gli *opera nova* costruiti dai privati nell'interesse della *civitas*
- specificano il divieto, operante nell'ambito dei rapporti di vicinato rustico, di esercitare il proprio diritto al solo scopo di nuocere altrui

2. LA GENESI DELLO IUS MOLENDINORUM

I **casus** (esempi di casi pratici/reali alle quali la norma in esame poteva essere applicata) e le **quaestiones de facto emergentes** (questioni tratte da casi dibattuti in tribunale con cui il maestro proponeva un determinato problema giuridico agli studenti da risolvere attraverso un specifica interpretazione) testimoniano le istanze e le sollecitazioni pratiche che indussero i glossatori a prevedere (pur nel rispetto della *littera* della legge) nuove fattispecie riguardanti i rapporti di vicinato → in particolare appaiono di indubbio rilievo le questioni tramandate dalle collezioni *parisiensis* e *gratianopolitana* di **Martino e Bulgaro**

>> Tali casi, seppur non esattamente assimilabili ad un comportamento emulativo (per l'assenza o della mancanza di utilità o dell'esclusiva volontà di nuocere), evidenziarono un contesto di vicinato rustico, nel quale la pienezza delle facoltà del proprietario del fondo appariva limitata, non solo da vincoli legali derivanti dalla costituzione della servitù, ma anche da un generale limite equitativo

- **quaestio 1:** nel valutare la responsabilità di Sempronio, acquirente di un terreno di Tizio, a ricostruire, sulla nuova acquisizione, un ponte che consentisse a Tizio di raggiungere il suo castello, che si trovava al di là del fiume, Martino riteneva che Sempronio sarebbe stato liberato dal suo obbligo solo se avesse costruito un ponte in grado di resistere al regolare corso del fiume; se invece il ponte fosse andato distrutto e Sempronio avesse conseguito un ingiusto vantaggio sottraendo il castello di Tizio, Martino stabilì che la soluzione giusta ed equa sarebbe stata quella di provvedere a costruire un nuovo ponte
- **quaestio 2:** Tizio venditore di una parte del suo fondo a Caio, non gli ha espressamente garantito nel contratto di vendita il diritto di passaggio e ha reagito all'*actio ex empto* (azione a tutela del compratore contro vizi del venditore) intentatagli da Caio → Martino favorisce Caio, in quanto compratore in buona fede, privilegiando così le ragioni dell'*aequitas* su quelle del *rigor iuris*
- **quaestiones sulle problematiche inerenti l'uso privato delle acque pubbliche** → es. Tizio deviò il corso di un fiume pubblico sul suo suolo e lì edificò un mulino (*molendinum*) e così danneggiò il mulino di Caio, costruito sul fiume da lungo tempo. Caio promosse contro di Tizio un *interdictum prohibitorium* → diverse tesi si scontrano: quella favorevole all'attore che fa leva sulla natura di *res omnium communes* dei corsi d'acqua pubblici (Bulgaro) e quella favorevole al convenuto che sottolinea l'intervento migliorativo e non di mero danneggiamento della sua iniziativa (ad escludere gli estremi di un suo comportamento emulativo) (Ugo di Porta Ravennate)
- **quaestio 4:** il recinto costruito a Tizio su un fondo di sua proprietà, lungi da essere *malivolentia* nei confronti del vicino Gaio, risponde esclusivamente dell'intento migliorativo del fondo → il giurista mira ad allontanare l'accusa che il proprietario del mulino abbia operato in senso emulativo
- **quaestio 5:** a causa di una lite tra due rami di una illustre famiglia modenese, i "da Sassuolo" si vedono rifiutare da un parente il passaggio dell'acqua necessaria all'alimentazione di un mulino → anche in questo caso secondo Pillio ci sarebbe un danno nei confronti dei da Sassuolo, la cui industria ed il cui privilegio di passaggio, esercitato per immemorabile consuetudine, meritano una tutela prioritaria

3. LA CASISTICA SI ESTENDE ALLE FIGURE DELLA CONCORRENZA TRA VICINI ESERCITANTI LA MEDESIMA INDUSTRIA ED AL PROBLEMA DELLE CASE-TORRI NELL'EDILIZIA RURALE ED URBANA

Da un gruppo di *quaestiones* della famosissima raccolta di Pillio da Medicina, dedicate al rapporto di vicinato fondiario, si evidenziava un contesto notevolmente mutato: realtà rurale e urbana nella quale l'oggetto del contendere riguardava la limitazione dello *ius aedificandi* del proprietario del terreno

- **casus 1:** un *pater familias*, proprietario di una fabbrica per il sale e di un forno, alla morte lasciò ad un figlio la salina e all'altro il forno. L'erede della salina, nell'ambito di questa, impiantò a sua volta un forno ma il fratello, non condividendo tale scelta, lo citò in giudizio per l'esercizio di "illecita concorrenza" e per violazione della "destinazione del buon padre di famiglia" → Pillio da Medicina preferì le ragioni del proprietario della salina, ritenendo la situazione simile a quella dei *magistri antiqui* che per evitare di perdere

- studenti e guadagni, impedivano ai colleghi più giovani di aprire nuove scuole
- **casus 2:** il conte di Saint Gilles aveva dato in beneficio un castello ad un provenzale; questi, morendo, lascia al primogenito il castello e al cadetto alcuni terreni. Il minore dei due fa costruire una fortificazione nelle vicinanze del castello, ma il fratello maggiore intende impedire tale costruzione, accusandolo di animarsi di un sentimento sedizioso e malevolo → Pillio propende per le ragioni del minore, le cui fortificazioni sono legittime se fatte in *bona fide* e in modo da non destare scandalo o sedizione → l'accusa di *ad aemulationem* non supera le maglie della *cognitio iudicis*, con ciò introducendo il p. della non presumibilità dell'intento emulativo
- **casus 3:** una giovane cita in giudizio il tutore del proprio fratello per averne ridotto il patrimonio con spese superflue (la costruzione di una torre superiore in altezza a quella dei vicini) al solo scopo di istigare la discordia tra le due casate. Il tutore espose come giusta causa della costruzione il proprio dovere istituzionale di difendere il pupillo da ritorsioni future di vicini malfidati → l'usanza consolidata nella pratica di costruire torri che superassero in altezza quelle dei vicini indusse Pillio ad allontanare dal tutore l'accusa di avere edificato *ad aemulationem* dei vicini

>> la carta dell'intento emulativo non viene utilizzata in nessuno di questi casi, ma solo evocata, in sede processuale tramite due elementi:

- la malizia della condotta
- la mancanza di un utile per il proprietario

4. VERSO UN SISTEMA: LA TRAMA DEGLI ARGOMENTI PARALLELI SULLA MAGNA GLOSSA DI ACCURSIO

- **Glosse che vietavano l'esercizio di un diritto senza alcuna utilità per il titolare**
 - passo in cui Celso determina le modalità di esercizio di una servitù di passaggio costituita senza indicarne il luogo di esercizio: il titolare della servitù è tenuto ad esercitare il proprio diritto senza gravare sull'esercizio del diritto di proprietà del titolare del fondo servente → la glossa di Accursio richiama la formula «*malitiis non est indulgendum*» (non si devono compiere azioni maliziose)
 - frammento di Ulpiano che sancisce il dovere, per il creditore pignoratorio, di far salve, in merito alle modalità di assoluzione del debito, le opzioni del debitore qualora non gli comportino alcuno svantaggio → la glossa di Accursio sottolinea il dovere di «sopportare che mi sia fatto ciò che non mi danneggia»
- **Glosse che sanzionavano l'esclusivo intento di nuocere a terzi** → glosse che pongono l'attenzione sull'elemento soggettivo (*animus nocendi* od *officendi*) che muove il *dominus*
 - frammento di Ulpiano che indica nel generale divieto di immissione il criterio ordinatore dei rapporti di vicinato (ciascuno può fare nella sua proprietà tutto ciò che vuole, purché non si ingenerino immissioni nella proprietà di altri) → da questa fattispecie la glossa di Accursio coglie l'occasione per denunciare un'eccezione al p. classico del *nihil in alienum immittere*: dove manca l'intento di danneggiare il vicino, non si applica alcun divieto di immissione
 - frammento di Ulpiano (*De damno infecto*) che ribadisce la non esperibilità dell'*actio damni infecti* nei confronti di chi, scavando un pozzo sul proprio fondo, avesse reciso le vene del ruscello del vicino → Accursio nella glossa limita la mancanza di responsabilità del proprietario che ha scavato il fondo al caso in cui avesse agito in buona fede («*nisi animo nocendi feci, tunc enim de dolo*») (una buona fede che si presuppone sempre)
 - frammento di Pomponio che decreta la liceità della condotta di chi, recidendo le vene della sorgente che sgorga sul proprio fondo, privi di acqua il vicino → la glossa puntualizza «a meno che il proprietario della sorgente non abbia agito nei confronti del vicino con *animus nocendi, non alias*»
- **Glosse che richiedevano la contestualità dei entrambi gli elementi oggettivo e soggettivo al fine di limitare l'esercizio di un diritto** → glosse che ravvisano l'esistenza di un limite all'esercizio dello *ius dominicale* solo quando l'esercizio dello stesso non comporta alcuna oggettiva utilità per il proprietario (*elemento oggettivo*), ma abbia lo scopo di nuocere altrui (*elemento soggettivo*)
 - passo di Celso (*in fundo alieno*) che considera il caso del possessore che, in buona fede, abbia edificato od apportato migliorie al fondo altrui; rientrato il proprietario, Celso precisa che lo *ius tollendi* dell'evitto (diritto del proprietario dei materiali con i quali il proprietario del suolo ha fatto costruzioni o piantagioni, a chiederne la separazione) non deve indulgere a comportamenti maliziosi (come nel caso in cui egli non ne tragga utile alcuno, ma sia mosso dall'unico intento di arrecare danno al *dominus*) → la glossa precisa che a consentire l'esercizio dello *ius tollendi* sono necessari di due essenziali requisiti:
 - elemento oggettivo (utilità per il possessore)
 - elemento soggettivo (il fine utile e onesto)
 - passo di Ulpiano (*De aqua et aquae pluviae arcendae*) che riguarda la raccolta dell'acqua: ciascuno può raccogliere l'acqua trattenendo nel proprio fondo l'acqua piovana, oppure ricavandola dal fondo vicino solo se superflua e purché non faccia alcuna opera nel fondo altrui; inoltre è previsto che non si possa proporre alcuna azione contro colui che abbia deviato la fonte del vicino, scavando nel proprio fondo con il solo intento di renderlo migliore e non con l'animo di nuocere al vicino → la glossa contrappone al p. classico «*in suo licere facere quod vult*» la formula «*item quod alii noceat et sibi non prosit, non licet*» (allo stesso modo non è lecito ciò che nuoce ad altri e non giova a sé)

- responso di Paolo: «*nel fondo del vicino esiste un argine il quale mi riparava il fondo mio da una inondazione. Avviene che l'acqua rompe l'argine. Si domanda se, volendo io ricostruire l'argine, possa costringere il vicino ad accordarmi l'opera.*» Paolo, rispondendo secondo equità, risponde positivamente, poiché l'azione non nuoce al vicino → la glossa allega molti argomenti a sostegno della necessaria presenza di un *commodum* del *dominus* qualora l'esercizio di un diritto comporti un nocumento altrui
 - frammenti del *De regulis iuris* del Digesto nei quali si trova espressione il p. «*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*» (non provoca danno chi si serve di un suo diritto) → Accursio nella glossa:
 - si spinge ad estendere l'applicazione del *divieto di nuocere gratuitamente altrui* (di norma invocato nell'ambito della disciplina delle acque private) alla materia successoria
 - esclude l'applicazione del *divieto di nuocere altrui* nei casi in cui il danno materiale arrecato al vicino da chi è dedito al restauro della propria casa, sia cagionato non per danneggiare il vicino, ma per migliorare il proprio fondo
 - responso *De Operibus publicis* riguardo alla necessità dell'autorizzazione dell'Imperatore per erigere *opera nova* sul suolo pubblico qualora si configurino estremi di emulazione a danno di altra città → Accursio nella glossa sottolinea che il divieto, nato per pubblica utilità, ancora di più dovrà valere tra privati
 - Costituzione di Onorio e Teodosio *Per Provincias* che consentiva, nelle province orientali, a chiunque di difendere i propri terreni circondandoli con mura → da Accursio tale facoltà viene revocata «*si ad aemulationem alterius civitatis fiat, vel materiam seditionis praebeat*»
 - **Glosse che evocano comportamenti riconducibili ai precedenti per mera analogia od assonanza** → glosse dalle quali emergono echi della progressiva emersione di una teoria dell'emulazione nella sistematica *accursiana*
 - testo di Labeone, rivisitato da Giavoleno relativo al caso in cui l'abitante di un appartamento posto in basso immetta il fumo del camino verso i piani superiori: Giavoleno ritiene la pratica inaccettabile se l'affumicamento sia stato compiuto all'esclusivo scopo di recare danno → la glossa di Accursio limita l'operatività del principio «*in suo facit quod vult quilibet non in alieno*» esclusivamente ai casi in cui taluno abbia agito «*non animo vicino nocendi, ma proficiendi*»
 - Costituzione di Teodosio e Valentiniano relativa all'organizzazione logistica delle scuole di arti liberali: la legge raccomandava una distribuzione dei locali scolastici tale da evitare che la confusione esterna disturbasse le lezioni → la glossa si spinge oltre il testo, sottolineando il p. «*malitiis non indulgere*»
- >> La Glossa di Accursio:
- ha il merito di avere fissato un limite generale all'assolutezza del *dominium* e all'insindacabilità della condotta del proprietario: l'illiceità degli atti a sé non utili e lesivi di terzi
 - precisa che l'*animus nocendi* non può essere presunto → getta le basi per una teoria delle presunzioni *in bonam partem* destinata ad esplodere nella dottrina posteriore
 - distingue tra:
 - opere “*emulative*” = opere edilizie del territorio o della città costruite con intenti malevoli o sediziosi
 - comportamenti che violano la formula «*quod alii noceat et sibi non prosit non licet*» = comportamenti “emulativi” nell'ambito dei rapporti di vicinato rustico

5. SULLE TRACCE DI UNA NEGLETTA SEDES MATERIAE

Nell'opera *Vocabularium iuris* di Alberico da Rosate alla voce *aemula*, si rilevava un duplice valore:

- positivo = imitazione e fungibilità
- negativo = invidia e rivalità

>> entrambi i significati sembrano collegati al concetto di *vicinitas* → specifico rilievo merita il sintetico commento di Baldo degli Ubaldi che evidenziò lo strettissimo legame fra le figure giuridiche dell'emulazione e della vicinanza: un rapporto racchiuso nel conciso verdetto «*nota quid inter vicinos praesumitur aemulatio*» (ciò che si presume è la famosa rivalità tra vicini), frase che rappresenta chiaramente il nesso tra i due termini, seppur senza specifiche connotazioni tecniche