

Matteo Marrone

Danno temuto, danno già verificato e «officium iudicis»

1. D. 39.2.9.1 (Ulp. 53 *ad ed.*):

De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti reprecmitterent.

Ulpiano si chiedeva se fosse possibile fare ricorso ad un *interdictum* per le cose che la corrente violenta del fiume avesse trasportato su un fondo altrui; e citava Trebazio, il quale aveva ricordato che, in occasione di una piena del Tevere – pare, del 54 a.C.¹ – era accaduto che «molte cose di molti» erano state trascinate in edifici altrui: il pretore aveva dato allora un interdetto per consentirne il recupero, facendo divieto che si impedisse ai rispettivi proprietari di portarle via. Aveva però subordinato la facoltà di *'res tollere auferre'* alla prestazione della *cautio damni infecti*, evidentemente volta a tutelare i proprietari delle *aedes* su cui le cose erano precipitate dai danni eventuali dipendenti dalle operazioni necessarie per il recupero e il trasporto².

Ebbene, il testo di questo interdetto dovette avere, a mio giudizio, un ruolo determinante per il riconoscimento di un *ius retentionis* come strumento per l'imposizione della *cautio damni infecti*. Vediamo come.

2. Ancor prima dell'intervento pretorio ricordato da Trebazio i proprietari degli oggetti trascinati su un fondo altrui dalla corrente del fiume avrebbero certamente potuto fare ricorso all'*actio ad exhibendum*³. Teoricamente anche alla rivendica. Dico «teoricamente» perché sarebbe stato assai poco pro-

1) Così A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich, 1979, p. 82.

2) Non è chiaro il rapporto del passo con gli altri che lo precedono e lo seguono dello stesso fr. 9: su ciò, A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 147. Sembra, dal tenore del testo, che non l'emanazione dell'interdetto fosse subordinata alla prestazione della *cautio* ma l'esecuzione di esso. Ciò trova riscontro nel testo dell'interdetto di D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*): cfr. A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 53 nt. 1, E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I. *Fonti e casi*, Milano, 1947, p. 392 s.; sul punto, si veda pure F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la «cautio damni infecti» en el derecho romano clasico*, in «AHDE.», XLV, 1975, p. 63 nt. 9.

3) Ad autotutela pensa BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 83. L'applicazione dell'*actio ad exhibendum* a fattispecie simili a quella per cui il pretore diede l'interdetto ricordato da Trebazio risulta essere nota come rimedio ordinario già ad Aquilio Gallo: cfr. D. 19.1.17.6. (Ulp. 32 *ad ed.*), dove il caso è pur sempre quello di cose proprie giacenti su fondo altrui in circostanze tali per cui l'appartenenza non appaia controvertibile: si tratta di *ruta et caesa* che, non essendo compresi nella vendita, avrebbero potuto essere recuperati dal venditore con l'*actio ad exhibendum*. Non gioverebbe, per negare la risalenza a Trebazio di applicazioni dell'*actio ad exhibendum* del tipo di quelle che qui interessano, invocare il pensiero di Labeone in D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*): Labeone, richiedendo che il *dominus fundi*, per essere considerato possessore e come tale legittimato all'*actio ad exhibendum*, dovesse avere «rimosso» (*'loco movere'*) il tesoro, aveva espresso una dottrina (condivisa da Sabino ma poi superata dai classici più recenti) diversa da quella dei giuristi repubblicani che l'avevano preceduto: per questi sarebbe bastato assai meno; al più, la *'scientia'* che il tesoro si

babile che i proprietari degli edifici invasi dalle acque assumessero di 'defendere', contestando la lite di rivendica, quelle *res* la cui provenienza sarebbe stato assai facile agli avversari dimostrare. Anzi, più spesso gli stessi proprietari avrebbero ragionevolmente consentito che esse venissero portate via senza contestazioni; se non l'avessero fatto, e neanche avessero assunto di 'res defendere', non avrebbero potuto sottrarsi all'*actio ad exhibendum* (che non era azione reale). E con essa l'attore, in virtù dell'*arbitrium de exhibendo* proprio di questa azione (che era con clausola 'arbitraria'), avrebbe ottenuto che il convenuto (se non avesse preferito la condanna pecuniaria, eventualità, come sappiamo, assai rara) «esibisse» gli oggetti reclamati consentendo all'attore di portarli via; ed esibire avrebbe comportato, in fattispecie del tipo di quelle di cui stiamo discorrendo, appunto *tollere pati*, consentire cioè all'attore l'accesso al proprio fondo e non opporsi che questi portasse via le *res exhibitae*⁴.

Se il pretore, tuttavia, quando si verificò la piena del Tevere cui faceva riferimento Trebazio, ritenne di dovere intervenire con un rimedio specifico fu certamente per esigenze di celerità, in relazione allo stato di emergenza che si era creato; ma fu anche – e in ciò consistette la sostanziale novità – per tutelare adeguatamente il *dominus aedium* per i danni che l'asportazione dei materiali avrebbe potuto causare al fondo. In casi del genere pretendere che il *dominus aedium* promuovesse tempestivamente il procedimento per la *cautio damni infecti* sarebbe stato evidentemente impossibile.

3. Una volta cessato lo stato di emergenza che l'aveva determinato, all'interdetto ricordato da Trebazio non si fece più ricorso (tanto che appare noto solo per la notizia che ne diede questo giurista), ed esso non entrò a fare parte dell'Editto⁵. Avrebbe sopperito, come in precedenza, l'*actio ad exhibendum*. Ma l'esigenza che l'aveva determinato, per la parte riguardante la prestazione della *cautio*, fu tenuta presente dalla giurisprudenza.

Si veda infatti, anzitutto

D. 10.4.5.4 (Ulp. 24 *ad ed.*): Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit. unde quaerit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno an et de praeterito domino agri cavendum sit, et ait etiam de praeterito caveri oportere.

Il contesto è quello dell'*actio ad exhibendum*. La fattispecie è simile a quella per cui il pretore era intervenuto con l'interdetto (decretale) che conosciamo: si tratta della *vis fluminis* che trascina una zattera ('*ratis*') su un fondo altrui.

Interessa anzitutto rilevare che il ricorso all'*actio ad exhibendum* per il recupero della zattera apparve ad Ulpiano affatto scontato; così pure l'onere dell'attore di prestare la *cautio de futuro*. Quel che

trovasse sul fondo: si veda D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*), dove è richiamato il punto di vista di Bruto e Manilio. Cfr. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA.», XXVI, 1957, p. 293 ss.; si veda pure più avanti, § 4, a proposito di D. 10.4.5.5.

⁴) Sulle funzioni e natura dell'*actio ad exhibendum* gli studiosi non sono concordi ma sui punti che vengono in considerazione ai nostri fini v'è ormai unanimità di opinioni: è fuori discussione che si trattasse di azione non reale e «arbitraria» con clausola esibitoria; che riguardasse le cose mobili; che giovasse (quanto meno anche) contro il convenuto con azioni reali che non assumesse la *defensio rei*; che (quanto meno) nei casi di cose giacenti su fondo altrui e di cui non fosse controversa l'appartenenza l'*exhibitio* si concretasse in un '*tollere pati*', e che pertanto, (almeno) in questi casi, con l'esibizione la controversia si concludesse. Si veda MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 177 ss., e poi: M. KASER, «*Actio ad exhibendum*», in «Labeo», V, 1959, p. 218 ss., M. TALAMANCA, *rec. a MARRONE, op. cit.*, in «Iura», X, 1959, p. 268 ss., M. KASER, *La formula dell'actio ad exhibendum*, in «RIDA.», XIV, 1967, p. 263 ss. (= «Studi E. Volterra», III, Milano, 1971, p. 545 ss.), ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in «ZSS.», XCVIII, 1981, p. 86 ss., M. LEMOSSE, *Actio ad exhibendum*, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 67 ss. (ora in *Etudes romanistiques*, Clermont, 1991, p. 433 ss.), e M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien-Köln-Weimar, 1991, p. 265 ss.

⁵) Cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 302 s., R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, p. 154 s., e BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 82. BISCARDI, *La protezione interdittale*, cit., p. 131, classifica l'interdetto di D. 39.2.9.1 tra gli *interdicta repentina*. Non ha fondamento il punto di vista di NARDI, *Studi sulla ritenzione*, I, cit., p. 392, per cui allo stesso interdetto avrebbero fatto implicitamente riferimento Giuliano in D. 39.2.7.2 e Nerazio in D. 39.2.9.3 e D. 47.9.8.

nel testo è sottolineato – e che Ulpiano fa risalire a Nerazio – è l'onere dell'attore di prestare anche la *cautio de praeterito*, sì da assicurare al convenuto il risarcimento per il danno già verificato a causa dell'impatto della zattera col fondo.

Delle due *cautiones*, la meno problematica – come rilevato – era la *cautio de futuro*, del tutto corrispondente alla *cautio damni infecti* connessa all'interdetto ricordato da Trebazio nel fr. 9.1. Non è pertanto azzardato supporre che sia stata la previsione di questa a dare fondamento all'idea per cui, in circostanze analoghe, anche nell'*actio ad exhibendum* il *dominus fundi* potesse pretendere la stessa *cautio*.

Ma qual era il meccanismo per cui il convenuto avrebbe potuto ottenerla (e ottenere anche, dopo Nerazio, la *cautio de praeterito*)? Si è pensato a una *denegatio actionis*⁶. Ma nel testo non si legge alcuna espressione che in qualche modo la richiami: si dice che il rimedio per il recupero della zattera è l'*actio ad exhibendum*, aggiungendo che al proprietario del fondo è dovuta la *cautio*. Il testo rinvia quindi a un meccanismo interno all'azione. Questo avrebbe potuto essere rappresentato dall'*exceptio doli* (testimoniata per altre ipotesi in cui sull'attore si faceva gravare l'onere di prestare una *cautio*)⁷, ma se di *exceptio doli* si fosse trattato, Ulpiano l'avrebbe menzionata. Non rimane quindi che l'*arbitrium iudicis*⁸, stante il carattere «arbitrario» dell'*actio ad exhibendum*.

Ed infatti, come nelle azioni con clausola restitutoria il giudice «arbitrava» la restituzione⁹, così nell'*actio ad exhibendum* – che era con clausola esibitoria – il giudice «arbitrava» l'esibizione. Precisava pertanto i contenuti della *exhibitio* – la quale, come nelle azioni con clausola restitutoria, doveva comprendere la *causa rei*¹⁰ –; indicava il *locus* e le modalità dell'esibizione; stabiliva su quale delle parti dovessero gravare i costi relativi¹¹; e imponeva pertanto, se del caso, all'una o all'altra parte *cautiones iudiciales*. Nel caso di *cautiones* a carico dell'attore, il giudice non avrebbe emanato il *iussus de exhibendo* se l'attore non avesse prima prestato la *cautio*, o le *cautiones*.

La testimonianza di D. 10.4.5.4 circa la risalenza a Nerazio dell'onere imposto all'attore di prestare anche la *cautio de praeterito* è confermata da

D. 39.2.9.3 (Ulp. 43 *ad ed.*): Neratius autem scribit, si ratis in agrum vi fluminis meum delata sit, non aliter tibi potestatem tollendam faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses,

e da

D. 47.9.8 (Nerat. 2 *resp.*): Ratis in agrum meum vi fluminis delatae non aliter potestatem tibi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

⁶) A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, p. 284 e ivi nt. 3, e BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 84 s.

⁷) Cfr. PERNICE, *op. cit.*, p. 285 s.

⁸) In tal senso si può argomentare anche dal tratto '*nam arbitrium iudicis, apud quem crustae lapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri*' di D. 39.2.9.2 (esaminato più avanti, § 7), dove la questione di assicurare al convenuto il risarcimento dei danni patiti è posta in relazione all'*arbitrium iudicis*. Che, in pratica, in fattispecie del tipo di quella di cui si tratta il pretore, prima di dare l'azione, potesse invitare l'attore a prestare le opportune *cautiones* è non solo possibile ma anche probabile. Non mi pare però che ci siano dati testuali per affermare che, in caso di rifiuto, il pretore denegasse l'azione. E peraltro, si deve ritenere che l'invito all'attore di prestare le *cautiones* del caso presupponesse, nella quasi generalità dei casi, non solo, com'è ovvio, che il convenuto fosse d'accordo a «partecipare» al compimento delle *stipulationes* ma anche che lo stesso convenuto non intendesse, una volta ottenute le *cautiones*, resistere all'avversario: cosicché la lite sarebbe finita lì. Ciò per la facile considerazione che, partecipando alle *cautiones*, il convenuto avrebbe dato l'impressione di riconoscere implicitamente fondata nel merito la pretesa attrice, onde le *chances* della sua, peraltro improbabile, *defensio* ne sarebbero state fortemente indebolite. Tutto ciò rientrava nel quadro dell'opera di mediazione del pretore, talmente nota che i giuristi la sottintendevano, facendo esplicito riferimento solo al rimedio estremo (il *iudicium*: nelle specie considerate, l'*actio ad exhibendum*, con relativo *arbitrium iudicis*), cui si doveva necessariamente ricorrere di fronte a contendenti irriducibili.

⁹) Cfr. M. MARRONE, '*Rivendicazione (diritto romano)*', in «ED.», XLI, Milano, 1989, p. 22 s.

¹⁰) D. 10.4.9.5-8 (Ulp. 24 *ad ed.*); D. 10.4.10 (Paul. 26 *ad ed.*).

¹¹) D. 10.4.11.pr. (Ulp. 24 *ad ed.*); D. 19.2.19.5 (Ulp. 32 *ad ed.*).

In questi due testi non è menzione espressa all'*actio ad exhibendum*, ma che Nerazio pensasse ad essa è detto nel cit. D. 10.4.5.4.

4. Prima di procedere oltre nell'esame dei passi riguardanti l'onere dell'attore di prestare *cautiones* per danni (futuri e già verificati), conviene richiamare alcuni altri passi che attestano, in fattispecie uguali o analoghe a quelle già viste, il ricorso all'*actio ad exhibendum*.

Vediamo

D. 10.4.5.3 (Ulp. 24 *ad ed.*): Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam congegisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas; ceterum alias non posse.

La fattispecie è analoga a quelle già viste: anche qui si tratta di cose giacenti su un fondo altrui e delle quali non appare controversa l'appartenenza. Si dà l'*actio ad exhibendum*, ma l'attore dovrà necessariamente portare via tutto. Anche qui il ricorso all'*actio ad exhibendum* non dà luogo a problemi: quel che il giurista sottolinea – e per cui Ulpiano invoca l'autorità di Celso – è che l'attore debba portare via tutto lo sterco.

In virtù di quale meccanismo? Con le parole '*per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas*' il testo rinvia a un congegno interno all'azione. Non si può non pensare all'*officium iudicis*: il giudice non avrebbe emanato il *iussus de exhibendo* se l'attore non si fosse prima impegnato, con una *cautio* ('*iudicialis*'), a portare via tutto.

Altro testo che conviene richiamare è

D. 10.4.5.5 (Ulp. 24 *ad ed.*): Sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, licet non possideas.

Pure in questo passo si tratta di cose giacenti su fondo altrui e per cui non è controversa l'appartenenza. La fattispecie è particolarmente interessante perché è di quelle che, mutato il punto di vista – dal proprietario delle cose precipitate al *dominus fundi* – vengono in considerazione, come vedremo, per la *cautio damni infecti* (oltre che, eventualmente, '*de praeterito*'). L'applicazione dell'*actio ad exhibendum* al caso ipotizzato non doveva sollevare problemi, essendo esso del tutto somigliante a quelli visti prima.

La chiusura del passo che, con le parole '*licet non possideas*', potrebbe fare pensare diversamente, è certamente spuria. Ho avuto già modo di dimostrarlo in altra sede molti anni fa¹²: i classici, ai fini della legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum*, non esigevano né la *possessio ad usucapionem* né quella *ad interdicta* ma solo una *corporalis possessio*¹³; solo che, nella prima età classica, si era manifestata la dottrina per la quale il *dominus fundi* avrebbe posseduto '*corpore*' le cose giacenti sul suo fondo sempre che le avesse almeno «rimosse» ('*loco movere*'). Ma questo insegnamento, sebbene autorevolmente sostenuto da Labeone e Sabino¹⁴, non era stato seguito dai classici più recenti, che tornarono all'idea per cui sarebbe stato sufficiente che le *res* stessero nel fondo e che di ciò il *dominus* fosse sciente¹⁵. Onde il ricorso, nella specie in esame, all'*actio ad exhibendum*. Nel brano in esame Ulpiano doveva fare riferimento a quella disputa, che i compilatori, o altri al loro posto, mal riassunsero con le parole '*licet non possideas*'.

¹² Cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 317 s.

¹³ In età classica avanzata si andò oltre, e si identificò il possesso rilevante per la legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum* con la *facultas exhibendi* (analogamente, nella rivendica): cfr. D. 10.4.12.1 (Paul. 26 *ad ed.*), D. 10.4.5.pr., 5.6 e D. 10.4.7.3 (Ulp. 24 *ad ed.*); si veda M. MARRONE, *La rivendica contro i filifamilias*, in «Studi G. Grosso», VI, Torino, 1974, p. 180 ss., e ID., *La legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'* (*Corso di diritto romano*), Palermo, 1970, p. 87 s. Ecco che allora ancor meno dovette fare difficoltà l'applicazione dell'*actio ad exhibendum* nella specie di D. 10.4.5.5.

¹⁴ Cfr. D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*) e D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*): si veda *supra*, nt. 3.

¹⁵ Su ciò, diffusamente, MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 285 ss.

5. I testi esaminati ci pongono nelle migliori condizioni per valutare un altro gruppo di testi, molto noti in dottrina¹⁶, che riguardano fattispecie simili a quelle viste ma dove il punto di vista prevalente non è quello del proprietario dei materiali che giacciono su un fondo altrui ma, al contrario, quello del *dominus fundi* che ha subito un danno per la caduta di quei materiali sul proprio terreno o edificio, e pretenda quindi il risarcimento, o quanto meno lo sgombero dei materiali.

Il primo testo che viene in considerazione in proposito è

D. 39.2.6 (Gai. 1 *ad ed. prov.*) Evenit ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautio, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidam eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat.

Gaio prende atto di un regime giuridico che appare oggi alquanto singolare: salvo che l'interessato non avesse avuto cura di cautelarsi in via preventiva (chiedendo la *cautio damni infecti*), non esisteva in favore del proprietario alcuna azione specifica in dipendenza del danno provocato dalla rovina sul suo fondo dell'edificio del vicino; e neppure, secondo l'opinione dei più ('*plerique*'), avrebbe potuto lo stesso *dominus fundi* pretendere lo sgombero dei materiali precipitati una volta che il vicino li avesse abbandonati tutti quanti. In sintesi: nessun risarcimento ma solo, eventualmente, il diritto di trattenerne tutti i materiali abbandonati dal vicino.

In merito al primo punto non si pone problema: il danno di cui si tratta sarebbe stato un danno prodotto da cose inanimate, un tipo di danno rispetto al quale il proprietario del fondo era tutelato solo se, avvertito il pericolo, avesse tempestivamente avviato il procedimento per il danno temuto: al tempo di Gaio, con l'istanza volta ad ottenere dal vicino la *cautio damni infecti*; prima ancora, come ci dice lo stesso Gaio (*inst.* 4.31), con la *legis actio damni infecti*. Ma se il danno si fosse verificato senza che l'interessato avesse avuto cura di promuovere preventivamente la procedura per il danno temuto, il danno già prodotto non sarebbe stato di per sé risarcibile, né il danneggiato sarebbe stato comunque legittimato ad alcuna azione penale. In particolare, non trovava applicazione l'*actio legis Aquiliae de damno* perché non ricorreva il requisito del '*damnum corpore datum*'; e neppure giovavano le azioni utili e *in factum* che estendevano la tutela aquiliana a fattispecie simili, perché anche per esse non si prescindeva da un qualche ruolo attivo della persona che avrebbe potuto essere ritenuta responsabile¹⁷.

Sul secondo punto – se possa il *dominus fundi* pretendere lo sgombero dei ruderi – Gaio prospetta la tesi della maggior parte dei giuristi (*plerique*), già da tempo prevalsa (*arg. ex 'placuerit'*). La minor parte assai verosimilmente aveva riconosciuto al proprietario del fondo un'azione negatoria ('*ius illi non esse ... ita rudera ... habere*')¹⁸.

¹⁶ Cfr. U. BURCKHARD, in *cont. a C.F. GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XXXIX.2 (*La cautio damni infecti*), Milano, 1905 (*cur.* P. BONFANTE), p. 13 s. e 20 ss., P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, 1, Roma, 1926, rist. Milano, 1966, p. 422 ss., G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 250 ss., WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 145 ss., BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 58 ss., BURGE, *Retentio*, cit., p. 81 ss., L. VACCA, '*Derelictio*' e acquisto delle '*res pro derelicto habitae*', Milano, 1984, p. 131 ss., e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano*, Napoli, 1989, p. 160 ss. e 176 ss.

¹⁷ Cfr. Gai., *inst.* 3.219; BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 367 ss. Sull'estensione della tutela aquiliana oltre i casi di *damnum corpore datum* si è accumulata moltissima letteratura, e nessuno ha mai dubitato che la tutela aquiliana e le sue estensioni abbiano riguardato solo casi in cui la persona ritenuta responsabile avesse avuto comunque un ruolo attivo nella provocazione del danno. Particolarmente evidente ciò appare nella impostazione di B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, *Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, in «AUPA.», XXI, 1950, p. 5 ss. Sul tema, con ampi riferimenti alla precedente letteratura, tra gli ultimi, P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra 'iniuria' e 'damnum corpore datum'*, Padova, 2000.

¹⁸ *Arg. ex* D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*), dove è richiamato il pensiero di Alfeno. Viene in considerazione, al riguardo, il tratto finale del testo ('*sed nec ego potero*', etc.), in cui si nega che, una volta che la *crusta lapsa* abbia messo radici nel fondo ('*si iam cum terra mea coaluit*'), possa giovare, per lo sgombero della *crusta*, l'azione negatoria. È facile dedurne a contrario che, '*si non coaluerit*' (si veda più in alto nello stesso testo), l'azione negatoria poteva essere con-

Ma preoccupiamoci qui del punto di vista dei 'plerique'. Si è ritenuto¹⁹ che Gaio, con le parole 'nec cogi quidam eum posse', etc., abbia pensato a quello stesso *interdictum* (non edittale), cosiddetto 'de ruderibus tollendis'²⁰, richiamato in altro passo di Ulpiano dello stesso titolo D. 39.2 (D. 39.2.7.2 : Ulp. 53 *ad ed.*). Questo, però, era un rimedio che consentiva all'intimato di sottrarsi all'obbligo di *rudera tollere* abbandonando l'edificio da cui i ruderi provenivano, e non (come è detto nel testo gaiano) i ruderi soltanto²¹. E peraltro, è improbabile che Gaio abbia fatto riferimento a un rimedio non edittale come quello di cui si tratta senza neanche esplicitarne la natura e limitandosi a un riferimento implicito. Tanto più che l'*interdictum* di D. 39.2.7.2 appare nel Digesto un rimedio straordinario, riservato a quanti avessero omissso di avanzare preliminarmente istanza di *cautio damni infecti* non per negligenza ma per impedimenti seri e giustificati²².

Ritengo pertanto che il testo debba essere diversamente interpretato. Il giurista, a mio giudizio, dicendo che «non v'è modo di costringere il vicino a portare via i ruderi una volta che questi li abbia tutti abbandonati», intendeva anzitutto negare l'esistenza di un rimedio ordinario²³ rimesso all'iniziativa del *dominus fundi* e volto alla rimozione dei ruderi, aggiungendo che, al più, se il vicino li avesse abbandonati, il *dominus fundi* avrebbe potuto trattenerli. Gaio pertanto, così a me sembra, prospettava l'assetto giuridico sostanziale ma non indicava il meccanismo processuale atto a realizzarlo: evidentemente perché, in relazione allo stato di diritto del suo tempo, esso doveva essere abbastanza noto²⁴.

Va da sé anzitutto, come è fin troppo ovvio, che il *dominus fundi* avrebbe trattenuto i materiali se il vicino, non avendo interesse al recupero di essi, non ne avesse preteso la restituzione. Ma il *dominus fundi* doveva eventualmente potere trattenere tutti i ruderi anche se il vicino li avesse reclamati; meglio, il vicino avrebbe potuto portarli via ('*tollere*') ma avrebbe dovuto portarli via tutti; altrimenti avrebbe dovuto abbandonarli.

Ebbene, con quale azione avrebbe potuto il proprietario dei ruderi precipitati sul fondo altrui pretenderne il recupero? Certamente con la *rei vindicatio*: solo che, come osservavo più in alto a proposito delle '*multae res multorum*' che la piena del Tevere aveva fatto precipitare *in aliena aedificia*, se il convenuto, lungi dall'accampare pretese sui ruderi, avesse anzi avuto interesse allo sgombero di essi – ed era questo il punto di vista di Gaio nel citato fr. 6 – mai avrebbe accettato di '*rem defendere*': se l'avesse fatto, avrebbe oltre tutto corso il rischio di doverne fare *restitutio* nel caso, assai probabile, di soccombenza; e la *restitutio* avrebbe comportato certamente un *facere* del convenuto, non un semplice consenso a portar via ('*tollere*')²⁵. Ecco che allora il *dominus fundi*, nel caso di specie, come dicevo, non avrebbe accettato di *rem defendere* sicché l'attore, trattandosi di beni mobili (i ruderi), non avrebbe potuto che procedere con l'*actio ad exhibendum*. Il convenuto, dal canto suo, non avrebbe avuto

cessa. Cfr. BURCKHARD, *cont. a GLÜCK*, cit., p. 13 s., BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 423 e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 513 s. Contro, J. M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 106: questo autore, però, non tiene conto del tratto finale di D. 39.2.9.2, citato.

¹⁹) BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 59.

²⁰) Così denominato dalla Glossa, *ad l. 9.2 D. 39.2*, gl. '*interdictum*'.

²¹) Il testo è riprodotto più avanti, § 6; su di esso, si veda la letteratura richiamata *supra*, nt. 16.

²²) Si veda presso gli autori citati *supra*, nt. 16. D'altro canto, per l'idea che Gaio nel fr. 6 si riferisse all'interdetto di D. 39.2.7.2 non gioverebbe fare leva sull'uso di '*cogi*' ('*nec cogi quidam eum posse*'): se è vero, infatti, che questo verbo era adoperato spesso materia interdittale, è pure vero che l'impiego di esso nelle fonti giurisprudenziali risulta essere stato quanto mai ampio, nelle materie più disparate, e largamente riferito anche ad *actiones*: cfr. «VIR.», I (Berlino, 1894), c. 789 ss. e specificamente c. 793 s.

²³) E' per altro probabile che Gaio conoscesse anche il rimedio straordinario – il cd. '*interdictum de ruderibus tollendis*' –, se è vero, come si ritiene comunemente (si veda anche O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889, rist. Graz, 1960, I, c. 186 n. 31), che ad esso Gaio si riferisse in D. 39.2.8, tratto dal commentario dello stesso giurista '*ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto*'.

²⁴) E' pure possibile che, al riguardo, Gaio sia stato più esplicito, e che il suo discorso sia stato tagliato per evitare ripetizioni col testo di Ulpiano collocato poco più avanti nel Digesto.

²⁵) Cfr. D. 50.16. 22 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): '*Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis praebere, restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere*'. Sul testo MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 492 ss.

interesse a sottrarsi ad essa perché, al contrario, era nell'ambito di essa che egli avrebbe realizzato la tutela dei suoi interessi.

Che nel caso di specie trovasse applicazione l'*actio ad exhibendum* è certo già per quanto sappiamo circa le funzioni, e comunque il regime di questa azione²⁶; ma anche per la testimonianza specifica di D. 10.4.5.5, che conosciamo, e che riguarda appunto l'ipotesi specifica in cui '*de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit*'. All'*actio ad exhibendum* ci rimandano inoltre le parole di Gaio del fr. 6 '*nec cogi quidam eum posse, ut rudera tollat*', essendo l'*actio ad exhibendum* volta, almeno in fattispecie come quella in questione, a '*res exhibitae tollere*'²⁷: il *dominus fundi* – ecco il concetto – non potrà ovviamente costringere il vicino a '*rudera tollere*' ma è del tutto ovvio – tanto ovvio che Gaio lo sottintende – che il vicino potrà pretendere di '*rudera tollere*' promovendo egli stesso un giudizio *ad hoc*.

Che fosse questo il pensiero di Gaio è confermato dalla chiusa del testo, dove si dice che, al più, il *dominus fundi* avrebbe trattenuto tutti quanti i ruderi ('*omnia quae iaceant*') abbandonati dal vicino. Anche qui soccorre il confronto con altro testo che abbiamo analizzato poco più su (D. 10.4.5.4) relativo allo '*stercus, quod in aream meam congecessisti*', relativo quindi ancora una volta al caso di materiale ('*stercus*') giacente su un fondo altrui non per volontà del proprietario del fondo e sulla cui appartenenza non si controverte; e anche qui si dà all'altra parte l'*actio ad exhibendum* si da potere *tollere stercus*: l'attore dovrà però portarlo via tutto. La corrispondenza col passo gaiano è palese. Pure in ordine alla fattispecie del fr. 6 si deve quindi ritenere che la via per premere sull'attore affinché portasse via tutto passasse attraverso l'*arbitrium de exhibendo*: il giudice, prima di ordinare al convenuto l'esibizione, avrebbe invitato l'attore a prestare una *cautio* per impegnarsi a portare via tutto quanto l'esibito. In sostanza, il proprietario dei ruderi che avesse agito *ad exhibendum* sarebbe stato messo dinanzi all'alternativa: portare via tutto o tutto '*derelinquere*'.

Ecco quindi che al *dominus fundi* spettava, sui materiali precipitati sul suo terreno, una sorta di *ius retentionis*, che non si realizzava con *exceptio doli* ma *officio iudicis*, in virtù dell'*arbitrium de exhibendo*; un *ius retentionis* che non aveva sapore di beffa (come apparirebbe a noi oggi) perché, per le note tecniche costruttive di allora, i materiali dell'edificio crollato avrebbero potuto essere riutilizzati per altra costruzione. Magari il proprietario dei ruderi non avrebbe potuto riutilizzarli tutti ma non era equo che portasse via solo quelli buoni. Onde l'alternativa: o tutti o nessuno.

6. Esaminiamo adesso

D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad ed.*): Unde quaeritur, si ante quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio. et Iulianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelleretur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

Il discorso di Ulpiano deve essere inteso alla luce di quanto s'è visto in ordine ai testi già esaminati. Il giurista, avendo prima osservato (al § 1) come l'editto sul danno temuto riguardasse soltanto il danno '*nondum factum*', prospettava l'ipotesi che il proprietario dei ruderi precipitati dal suo edificio sul fondo del vicino non volesse portarli via intendendo abbandonarli; e si chiedeva quale azione avesse allora contro di lui il *dominus fundi*. Alla domanda Ulpiano non dava lì per lì risposta ma riportava un lungo *excursus* di Giuliano. Solo che Ulpiano si era chiesto se spettasse al *dominus fundi*

²⁶ Cfr. *supra*, § 2 e ivi nt. 4.

²⁷ Che l'*exhibitio* dell'*actio ad exhibendum* comportasse un '*tollere pati*' emerge in modo particolarmente evidente da D. 10.4.5.3, citato, D. 10.4.9.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), D. 19.5.16.pr. (Pomp. 22 *ad Sab.*), D. 19.1.25 (Iul. 54 *dig.*), D. 19.2.19.5 (Ulp. 32 *ad ed.*), e, a contrario, da D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*). Cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 469 ss.

un'azione per lo sgombero dei ruderi; Giuliano si riferiva invece, nella prima parte del suo discorso, alla diversa questione se allo stesso spettasse risarcimento dei danni. E, a differenza di Ulpiano, prospettava l'ipotesi che il proprietario dei ruderi '*vellet tollere*': potrà farlo ma dovrà portarli via tutti, anche quelli *inutilia*, e dovrà prestare *cautio* non solo *de damno futuro* ma anche *de damno praterito*.

Sin qui, nulla di più di quanto abbiamo rilevato dai testi esaminati prima: dai quali possiamo con sicurezza dedurre – e lo conferma l'uso di '*tollere*' nello stesso fr. 7.2 – che l'azione (ordinaria) alla quale faceva riferimento Giuliano rivolta a '*rudera tollere*' da parte del vicino proprietario dei materiali era l'*actio ad exhibendum*²⁸; e che nell'ambito di essa il *dominus fundi* convenuto, in virtù dell'*officium iudicis*²⁹, aveva tutela sia per lo sgombero di tutti quanti i ruderi sia per il risarcimento dei danni futuri e passati.

Ma Giuliano si chiedeva ulteriormente quale tutela avesse il *dominus fundi* nell'inerzia ('*si nihil facit*') del proprietario delle *aedes* che erano crollate. La risposta che si legge nel Digesto è che si dava al *dominus fundi* un *interdictum* per cui il vicino sarebbe stato costretto o a portare via i ruderi o ad abbandonare ('*pro derelicto habere*') tutto l'edificio cui i ruderi appartenessero; un *interdictum* che gli interpreti denominarono '*de ruderibus tollendis*'³⁰. Noi non possiamo qui intrattenerci sui problemi molteplici che il riferimento a un siffatto *interdictum* ha sollevati: problemi di genuinità sostanziale, natura, formulazione e funzionamento. Ci basti rilevare che, dai brani del Digesto che seguono il nostro testo – D. 39.2.8 e 9.pr. –, emerge nettamente il carattere straordinario di questo interdetto (peraltro non edittale), da concedere solo a quanti non avessero ottenuto preventivamente e tempestivamente la prestazione della *cautio* non per negligenza ma per impedimenti seri e meritevoli di considerazione: ad esempio, perché assenti '*rei publicae causa*'³¹. Né si può attribuire questa restrizione ai compilatori del Digesto perché la tendenza dei collaboratori di Giustiniano è notoriamente nel senso di ampliare, non limitare l'attribuzione ai privati di strumenti giudiziari idonei alla tutela dei loro interessi.

Pertanto, il regime «ordinario» riguardante le situazioni considerate – aperto a tutti a prescindere dall'imputabilità o meno al *dominus fundi* della mancata prestazione della *cautio damni infecti* – appare, dai testi esaminati, essere stato il seguente: nell'inerzia ('*si nihil facit*') del proprietario dei ruderi precipitati dalle *aedes* vicine, il proprietario del fondo danneggiato che non avesse avuto cura di farsi prestare prima la *cautio damni infecti* non avrebbe avuto tutela, né per il risarcimento dei danni né per lo sgombero dei ruderi; salvo, naturalmente, a trattenerne in punto di fatto i ruderi che il vicino non reclamasse. Se invece il vicino avesse avuto interesse a recuperare quei ruderi, e per ciò avesse agito *ad exhibendum*, ecco che il *dominus fundi* convenuto, in forza dell'*officium iudicis* (per cui il giudice avrebbe imposto all'attore idonee *cautiones*), avrebbe potuto pretendere sia lo sgombero totale sia il risarcimento dei danni, sia di quelli temuti (in relazione alle operazioni di trasporto dei materiali o del timore di nuovi crolli), sia di quelli già verificati.

Sorge a questo punto il problema se fosse già nota a Gaio la possibilità di ricorrere alle *cautiones iudiciales* per i danni. Assai probabilmente sì: Gaio non poteva ignorare su questo punto Nerazio (D. 10.4.5.3) e Giuliano (D. 39.2.7.2). Forse ne faceva cenno nel seguito D. 39.2.6, citato, e il discorso gaiano fu tagliato dai compilatori perché lo stesso argomento tornava nei testi di Ulpiano collocati in D. 39.2.7.2 e 9.pr.

7. Di particolare interesse per il punto di vista dal quale ci siamo andati ponendo è pure

D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*): Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, a-

²⁸) Non la rivendica, come ritiene invece, ad esempio, WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 148.

²⁹) Non di *denegatio actionis*, come spesso si è invece ritenuto: ad esempio, da WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 148.

³⁰) Cfr. *supra*, nt. 20.

³¹) Si veda presso gli autori citati *supra*, nt. 16.

puđ quem crustae lapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crusta vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quam translata in agrum meum, cum terra mea coaluit, quia mea facta est.

Puđ destare sorpresa, anzitutto, nella prima parte del passo, la concessione al proprietario del fondo su cui la *crusta* è franata di un *iudicium de damno iam facto*: ciò è in aperta contraddizione con i testi ultimi esaminati³² che negano al *dominus fundi* che non abbia preventivamente ottenuto la *cautio damni infecti* ogni azione per il danno già verificato. Ecco quindi che alcuni autori hanno ravvisato nel '*iudicium de damno iam facto*' del fr. 39.2 un'*actio ex stipulatu*, fondata sulla *cautio* che il pretore avrebbe preliminarmente imposto all'attore proprietario della *crusta* pena la *denegatio* dell'azione³³. Questa interpretazione non ha fondamento: in nessun luogo del testo si fa intendere in qualche modo che il *iudicium* di cui si tratta avesse la sua fonte in una *stipulatio*, né v'è traccia di intervento pretorio nel senso ipotizzato. Forse si è fatto leva sul tratto '*nec aliter ... prolapsa*' dello stesso fr. 9.2 (che potrebbe fare pensare a una *denegatio* dell'azione per il recupero della *crusta*), ma esso non riguarda l'obbligo dell'attore di prestare *cautio* per i danni passati ma quello dello stesso attore di '*omnia tollere, quae sunt prolapsa*'³⁴.

Una interpretazione assai più convincente è suggerita dal procedere stesso del testo, dove il '*iudicium de damno iam facto*' viene dato al convenuto contro l'attore ('... *eamque petas, dandum in te ...*'); ciò induce a pensare che Alfeno e Labeone abbiano fatto riferimento a una sorta di '*iudicium contrarium*', opponibile in via riconvenzionale contestualmente all'azione promossa dall'altra parte³⁵. Questi due più antichi giuristi, verosimilmente (lo si puđ dedurre *a contrario* dalle parole '*damnum, quod ante sensi, non contineri*'), dovevano già ammettere che il giudice dell'azione volta al recupero della *crusta* potesse, in virtù del suo *officium*, imporre all'attore una *cautio* per futuri danni eventuali (dipendenti dal trasporto della *crusta*)³⁶. Il nostro testo ci dice però che essi non andarono oltre, perché non riconobbero allo stesso giudice il potere di imporre anche una *cautio de praterito* ('*nam arbitrio iudicis, apud quem crustae lapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri*')³⁷. Fu per ciò (*arg. ex 'nam'*) che suggerirono un '*iudicium de damno iam facto*'; un rimedio non proponibile in via autonoma dal danneggiato ma opponibile, come si disse, riconvenzionalmente. Ad esso non si dovette

³² Ma anche con D. 39.2.9.pr. (Ulp. 53 *ad ed.*), dove il rimedio pretorio per il danno già verificato – peraltro alternativo rispetto ad '*aedibus carere*' – è prospettato come rimedio non ordinario ma in favore di quanti non avessero ottenuto preventivamente la *cautio damni infecti* per seri e giustificati impedimenti. Per quanti, come i glossatori e altri dopo di loro, seguendo la Vulgata, leggono '*iudicio de damno infecto*' al posto di '*iudicium de damno iam facto*', il testo di D. 30.2.9.2 non presenta i problemi che ci siamo posti qui. Contro la lettura della Vulgata, BURCKHARD, *cont. a GLÜCK*, cit., p. 21 s., BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 426, e BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 64 nt. 11.

³³ Così BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 64, e BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 85 s. Nello stesso ordine di idee, come sembrerebbe, sono quegli autori che, sulle orme di BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 424 ss., negano che circa il danno preterito vi fosse dissenso tra Trebazio, Alfeno e Labeone da una parte, e Nerazio, Giuliano e Ulpiano dall'altra: così BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 250 nt. 3, B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio «ad edictum praetoris urbani»*, Milano, 1975, p. 145 s., e VACCA, '*Derelictio*', cit., p. 134 nt. 55.

³⁴ L'interpretazione criticata del '*iudicium de damno iam facto*' di D. 39.2.9.2 sembra fondarsi anche sulla convinzione che alla *denegatio actionis* come strumento per imporre all'attore le *cautiones de damno infecto* e *praeterito* facessero riferimento D. 10.4.5.4 e D. 39.2.7.2: ma si veda quanto si osserva più in alto, §§ 3 e 6, a proposito di questi due testi.

³⁵ Questa interpretazione fu a suo tempo suggerita da BURCKHARD, *cont. a GLÜCK*, cit., p. 24 s., ma è stata a mia conoscenza ignorata dalla successiva dottrina. WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 148, riconosce nel '*iudicium de damno iam facto*' del fr. 9.2 un'azione «decretale». Per certi versi analogo, anche se con funzione e in materia del tutto diverse rispetto al '*iudicium*' di D. 39.2.9.2, era il '*iudicium contrarium calumniae*' di Gai. *inst.* 4.174-178, su cui M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 285 e 344.

³⁶ In tal senso già Alfeno – contemporaneo di Trebazio – avrà tratto argomento dall'intervento straordinario pretorio di D. 39.2.9.1.

³⁷ BURCKHARD, *cont. a GLÜCK*, cit., p. 23, propone in proposito il confronto con D. 21.1.25.8 (Gai. 1 *ed. aed. cur.*), in materia di redibizione. Poco pertinente mi sembra il confronto che lo stesso autore propone con D. 10.4.3.13 (Ulp. 24 *ad ed.*).

fare più ricorso una volta che, con Nerazio³⁸, fu riconosciuta per casi analoghi la possibilità della *cautio* ('*iudicialis*') *de praeterito*: questa era pur sempre un rimedio che presupponeva l'iniziativa dell'altra parte, e quindi un suo interesse al recupero di ciò che stava sul fondo altrui; a differenza del *iudicium contrarium* avrebbe però comportato una procedura evidentemente più semplice, tutta nell'ambito di un solo *iudicium*.

Ma quale era l'azione per il recupero della *crusta lapsa* cui si faceva riferimento nel tratto '*nam arbitrio iudicis ... quae sunt prolapsa*'? E' sembrato ovvio pensare subito alla *rei vindicatio*, perché la *rei vindicatio* è nominata espressamente nella parte restante del passo ('*ita demum autem crusta vindicari posse*', etc.). L'argomento è serio ma deve cedere, a mio avviso, di fronte alle seguenti considerazioni: il punto di vista dal quale si posero dapprima Alfeno e Labeone era soprattutto quello del *dominus fundi* che pretendesse il risarcimento del danno e la rimozione della *crusta lapsa*. Talché prevedere che questi «difendesse» la *crusta* (con la prospettiva di doverla *restituere*, che comportava un *facere* e che era quindi cosa più gravosa di *exhibere*, che comportava un *pati*: l'abbiamo già notato, a proposito di D. 39.2.6) sarebbe stato fuori luogo. Di più: l'azione considerata doveva essere tale per cui l'attore potesse e dovesse '*omnia tollere quae sunt prolapsa*'. Ma nella rivendica il convenuto era tenuto a *restituere*. L'azione dove il convenuto che '*rem non defendebat*' era tenuto a '*tollere pati*' – e con la quale l'attore avrebbe quindi ottenuto di potere '*res exhibitas tollere*' – era l'*actio ad exhibendum*. Era pertanto ancora all'*actio ad exhibendum* che faceva riferimento il fr. 39.2, che questa azione – come è noto – si dava appunto contro il convenuto che '*rem non defendebat*', e in essa, in forza dell'*officium iudicis*, l'attore non avrebbe ottenuto l'esibizione se prima non avesse assunto l'impegno di '*omnia tollere*'³⁹.

8. In fine, una breve osservazione: i risultati conseguiti devono essere valutati anche alla luce di quanto dichiarava Ulpiano in D. 10.4.1 (24 *ad ed.*), essere cioè l'*actio ad exhibendum*, oltre che '*perquam necessaria*', '*in usu cottidiano*'⁴⁰. Ché l' '*usus cottidianus*' dell'*actio ad exhibendum* dà forza, mi sembra, all'ipotesi, avanzata per talune delle esegesi proposte, che i giuristi romani abbiano talvolta fatto riferimento all'*actio ad exhibendum* senza menzionarla in termini espliciti, dandone per scontata la notorietà quanto meno in relazione alle sue applicazioni più comuni.

³⁸) Cfr. D. 10.4.5.4, D. 39.2.9.3 e D. 47.9.8, citati: per la successiva giurisprudenza, si veda D. 39.2.7.2, citato.

³⁹) Il brano che direttamente ci riguarda – '*nec aliter ... prolapsa*' – non può ovviamente essere inteso per quel che letteralmente esprime (nel senso cioè che l'azione sarebbe stata denegata se l'attore non avesse portato via tutta quanta la *crusta*! Che senso avrebbe avuto dare ancora l'azione una volta recuperata la *crusta*?). Del pari impossibile mi sembra interpretare il brano nel senso che l'alternativa «o tutto o niente» fosse espressa nella formula: così G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 19 (il quale appunto per ciò condanna come spurio '*nec aliter ... prolapsa*'). Io ho inteso il brano in questione nel senso che l'azione che si dà (l'*actio ad exhibendum*) debba essere tale da consentire di portare via tutta la *crusta* (il che si realizzava '*officio iudicis*'). Mi rendo conto come, in sé e per sé, lo stesso brano possa essere inteso diversamente – che cioè il pretore, prima di dare l'azione, dovesse pretendere dall'attore *cautio* di portare via tutta quanta la *crusta* (così, in effetti, WATSON, *The Law of Property*, cit., p. 149) –. Ma io ho ritenuto di dovere interpretare questo testo in armonia con gli altri visti prima. Si veda per altro quanto, in relazione a situazioni analoghe, si osserva *supra*, nt. 8 (a proposito di D. 10.4.5.4).

⁴⁰) Nel testo della Florentina si legge: '*Haec actio* (scil. *ad exhibendum*) *perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est ...*'. Mommsen propone di tagliare '*vis eius*' e '*est*' si da leggere: '*Haec actio perquam necessaria est et in usu cottidiano ...*'.