

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA

STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fargnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano ' <i>De Armeniorum successione</i> ' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>addictus</i> ' nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Mario Varvaro

Università degli Studi di Palermo

Vat. Fr. 92, l'*indefensio* e la natura restitutoria degli interdetti *Quem fundum* e *Quem usum fructum**

1. Gli interdetti *Quem fundum* e *Quem usum fructum* come sanzioni dell'*indefensio* nella rivendica immobiliare e nella *vindicatio usus fructus* – 2. La ricostruzione delle formule del *Quem fundum* e del *Quem usum fructum* come interdetti restitutori – 3. Interpretazione di Vat. Fr. 92 e prime perplessità relative al tentativo di ricostruire le formule di questi due interdetti come proibitori – 4. I contenuti del *restituere usum fructum* nella clausola arbitraria della formula della *vindicatio usus fructus* e nella formula dell'interdetto *Quem fundum* – 5. Considerazioni conclusive.

1. La fase *in iure* dell'*agere per formulas* si concludeva con la *litis contestatio*, che – com'è noto – fissava definitivamente i termini della controversia sintetizzati nel programma di giudizio concordato dalle parti sotto la direzione del magistrato giudicante. Una volta che quest'ultimo avesse concesso la formula, ormai chiamata *iudicium* (*iudicium dare*), l'attore poteva recitarne il testo (*iudicium dictare*) e il convenuto accettare il documento su cui esso era stato scritto (*iudicium accipere* o *suscipere*).

Il rifiuto di *iudicium accipere* da parte del convenuto impediva l'istituzione del giudizio¹ e configurava la cosiddetta *indefensio*². *Indefensio* si aveva pure nel-

*) Negli ultimi giorni di settembre del 2022, nel corso di una lunga telefonata, Ferdinando Zuccotti mi aveva parlato del libro che stava finendo di scrivere sulla tutela del diritto di usufrutto, illustrandomi la tesi centrale dell'opera e discutendo nel dettaglio alcuni punti. Si trattava di un tema a lui particolarmente caro, mi disse. Il lavoro riprendeva infatti il tema della Sua tesi di laurea redatta a Milano sotto la direzione di Arnaldo Biscardi. Dopo che Ferdinando ci ha lasciati l'opera è stata pubblicata per meritoria iniziativa di Iole Fagnoli nella *Collana della Rivista di Diritto Romano* da lui fondata (F. ZUCCOTTI, «*Actio prohibitoria usus fructus*» e tutela del corretto esercizio dello «*ius utendi fruendi*». *Saggio di critica interpolazionistica*, Milano, 2023). In questo studio Egli considerava anche un gruppo di passi tramandati dai *Vaticana fragmenta* relativi alla tutela interdittale

l'ipotesi in cui il convenuto si fosse rifiutato *in iure* di compiere gli atti di volta in volta richiesti, come la prestazione di alcune *cautiones* (per esempio della *cautio vadimonium sisti*), ma anche della *sponsio tertiae partis* nell'*actio certae creditae pecuniae* o della *sponsio dimidiae partis* nell'*actio constitutae pecuniae*. Nel giudizio di rivendica e in altre azioni reali come la *vindicatio usus fructus* anche il rifiuto di prestare *in iure* la *satisfactio* (o *cautio iudicatum solvi*)³ configurava *indefensio*⁴.

Gli strumenti ai quali fare ricorso per sanzionare l'*indefensio* del convenuto erano diversi a seconda del genere di azione intentata.

Contro chi avesse rifiutato di *se defendere* in un'azione *in personam*, ove nessun terzo ne avesse assunto la *defensio* in qualità di sostituto processuale, si dava corso all'esecuzione personale o patrimoniale⁵.

dell'usufrutto: Vat. Fr. 90-93 (*op. ult. cit.*, p. 36 ss.). A Lui dedico questo studio incentrato sull'esame di uno di tali brani.

¹) Cfr. D. 5.1.63 (Ulp. 49 [LENEL: 59] ad ed.): *Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisfactione: nec ille videtur defendi, qui quod iudicatum est non solvit*. Come osservato da O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, 2, Lipsiae, 1889, c. 782, nt. 1, il passo è stato escerpito dal libro 59, nel quale Ulpiano commentava le parole '*si boni viri arbitrato non defendetur*', sicché il *quadragensimo* presente nell'*inscriptio* del frammento tramandata dalla *Littera Florentina* va corretto in *quinquagensimo*. Con riferimento alla *defensio* del pupillo si vedano anche D. 26.7.10 (Ulp. 49 [LENEL: 59] ad ed.): *Generaliter quotienscumque non fit nomine pupilli quod quivis pater familias idoneus facit, non videtur defendi: sive igitur solutionem sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur*; D. 50.17.52 (Ulp. 44 ad ed.): *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem*.

²) Il sostantivo *indefensio* impiegato comunemente dalla storiografia non ricorre nelle fonti, ove si parla piuttosto di *rem defendere* nelle azioni reali e di *se defendere* nelle azioni personali.

³) Per la ricostruzione del testo di tale *cautio*, con la quale il convenuto prometteva, fra l'altro, di *rem defendere arbitrato boni viri*, si veda O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 532. Sulla *cautio* può rinviarsi a F. LA ROSA, *La struttura della cautio iudicatum solvi*, in *Labeo*, 2, 1956, p. 160-186, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², bearb. von K. Hackl, München, 1996, p. 280 s. Sulle ragioni per le quali la *cautio* andava prestata nelle azioni *in rem* si veda A.A.F. RUDORFF, *Ueber das Interdictum Quem fundum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel*, in *ZGR*, 9, 1838, p. 23.

⁴) Sul regime dell'*indefensio* nella procedura formulare si veda, per tutti, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 274 ss., con citazione di altra letteratura, alla quale adde A. BISCARDI, *La indefensio nel diritto processuale romano*, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi)*, Padova, 2001, p. 338 ss., L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamana (cur. L. GAROFALO)*, 1, Padova, 2011, p. 882 ss.; EAD., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: indefensio, absentia e latitatio*, Napoli, 2016, p. 12-15 e 69 ss.

⁵) Come si ricorderà, nell'esecuzione personale il magistrato giudicante autorizzava l'attore a condurre presso di sé il convenuto (*ductio iussu praetoris*) e a tenerlo in uno stato di assoggettamento. Nell'esecuzione patrimoniale, invece, il magistrato autorizzava l'attore a immettersi nella detenzione *rei servandae causa* di tutti i beni del convenuto (*missio in bona* o *missio in possessionem*). L'immissione era accompagnata da *bonorum proscriptio* e culminava con la *bonorum venditio*.

Nell'azione di rivendica, invece, il convenuto poteva decidere di *rem non defendere* a condizione di consentire all'attore l'esercizio di fatto del diritto per il quale agiva e permettergli il trasferimento del possesso (*translatio possessionis*) dell'oggetto della controversia⁶. Se ciò non fosse avvenuto, il magistrato avrebbe concesso all'attore strumenti che, ove il convenuto fosse passivamente legittimato all'azione, gli avrebbero consentito di raggiungere comunque questo scopo. Si trattava di strumenti diversi a seconda delle circostanze: l'*actio ad exhibendum*⁷ nel caso di rivendica di beni mobili non presenti *in iure*⁸ e l'interdetto *Quem fundum*⁹ in ipotesi di rivendica di beni immobili¹⁰.

Anche nelle altre azioni reali il convenuto poteva decidere di non collaborare alla *litis contestatio*¹¹. In questi casi l'*indefensio* era sanzionata da interdetti analoghi al *Quem fundum*, come l'interdetto *Quam hereditatem*¹² nella *hereditatis*

⁶ Cfr. D. 50.17.156 pr. (Ulp. 70 ad ed.) e D. 6.1.80 (Fur. Anth. 1 ad ed.), sulla cui genuinità si veda, per tutti, S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, p. 108 s., nt. 16, con citazione della precedente letteratura.

⁷ Per una ricostruzione della formula dell'*actio ad exhibendum* si veda O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 220 ss. [§ 90]. Su quest'azione si vedano anche J. BÜHLER, *Actio ad exhibendum*, Luzern, 1859, J.A. AFFOLTER, *Die Actio ad exhibendum und ihre Bedeutung für das heutige Prozeßrecht*, [Zürich, 1880], O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in *Grünhut's Zeitschrift*, 37, 1910, p. 515-552, anche in ID., *Gesammelte Schriften* (cur. O. BEHREND, F. D'IPPOLITO), 3, Napoli, 1991, p. 379-416, M. WLASSAK, *Zum Texte der Actio ad exhibendum und des Interdiktum quem fundum im Julianischen Album*, in *ZSS*, 48, 1928, p. 561-563, F. BOSSOWSKI, *Actio ad exhibendum w prawie klasycznym i justyniańskim*, Kraków, 1929, ID., *De iuris vindicatione, hereditatis petitione, de rei libertate defendenda*, Wilno, 1937, p. 77-81, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26, 1957 (sed 1958), p. 177-693 (su cui si veda la recensione di M. KASER, *Actio ad exhibendum*, in *Labeo*, 5, 1959, p. 218-226), J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, in *SDHI*, 26, 1960, p. 190-281, ID., *Character arbitrario de la acción exhibitoria*, in *AHDE*, 31, 1961, p. 419-430, M. KASER, *Die formula der actio ad exhibendum*, in *RIDA*³, 14, 1967, p. 263-299 (anche in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 3, Milano, 1971, p. 545-577), J.D. HARKE, *Actio ad exhibendum. Vorlegungsklage im römischen Recht*, Berlin, 2019.

⁸ Nel caso in cui il bene rivendicato fosse presente *in iure*, infatti, il magistrato avrebbe ordinato di *rem mobilem duci vel ferri pati*: si veda D. 2.3.1.1 (Ulp. 1 ad ed.). Come notato da A. BERGER, s.v. *Interdictum*, in *RE*, 9.2 (18. Halbband), Stuttgart, 1916, c. 1661, non è dato sapere in quale forma fosse emanato tale ordine.

⁹ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 474 s. [§ 248, sub 1], secondo cui la rubrica editale potrebbe ricostruirsi combinando quanto si legge in D. 39.2.45 (Scaev. 12 quaest.: *a quo fundus petetur si rem nolit*) e in Vat. Fr. 92 (*a quo usus fructus petetur, si rem nolit defendere*).

¹⁰ L'interdetto si accordava anche nell'ipotesi di *indefensio* in seno a un'*actio Serviana* relativa a un fondo costituito in pegno (v. M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*², cit., p. 276, nt. 14), mentre nel caso di azione avente per oggetto beni mobili spettava l'*actio ad exhibendum*, come si ricava dalla lettura di D. 10.4.3.3 (Ulp. 24 ad ed.).

¹¹ Nelle azioni reali, infatti, *rem defendere* equivaleva a collaborare alla *litis contestatio*, come messo in luce da M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*, 25, 1904, p. 121 ss.

¹² Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 454 s. [§ 229].

petitio, l'interdetto *Quem usum fructum*¹³ nella *vindicatio usus fructus* relativa a beni immobili¹⁴ e forse un interdetto *Quam servitutem* nella *vindicatio servitutis*¹⁵.

¹³⁾ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 475 [§ 248, sub 2].

¹⁴⁾ A sostegno di questa idea è stato invocato il testo di D. 10.4.3.4 e 12 (Ulp. 24 ad ed.), nel quale si leggerebbe che secondo Pomponio in caso di *vindicatio usus fructus* relativa a beni mobili si doveva agire con l'*actio ad exhibendum*: v. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 276, nt. 15, J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Eigentumsfreiheitsklage und Feststellungsklage*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts* (cur. U. BABUSIAUX et alii), 2, Tübingen, 2023, p. 1686. Il passo ulpiano, certamente ritoccato dai compilatori almeno nella forma, potrebbe alludere a un caso in cui si faceva ricorso all'*actio ad exhibendum* contro *qui dolo desiit possidere*.

¹⁵⁾ L'interdetto *Quam servitutem*, in realtà, non è esplicitamente menzionato nelle fonti, tanto che nel suo tentativo di ricostruzione dell'editto perpetuo di età adrianea O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 481 s. [§ 255], si è limitato a ipotizzarne l'esistenza sulla base di tre passi già segnalati da A.A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Constituit adnotavit edidit Adolfus Fridericus Rudorff*, Lipsiae, 1869, p. 216 s. [§ 246], ossia Paul. Sent. 5.6.8c = D. 43.20.7 (Paul. 5 sent.), D. 39.1.15 (Afric. 9 quaest.) e D. 39.2.45 (Scaev. 12 quaest.). L'esistenza dell'interdetto è stata ammessa senz'altro da alcuni autori come P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3. *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 121, A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 131, G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, 1. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, p. 181 e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 472. Essa è stata negata invece da S. SOLAZZI, *Interdictum quam servitutem?*, in *RIDA*, 4, 1950, p. 465-475, anche in ID., *Scritti di diritto romano*, 5. (1947-1956), Napoli, 1972, p. 215-222, il quale si è richiamato ai dubbi già espressi al riguardo da Bonfante. A fondamento di tale perplessità è stata addotta la considerazione che, a differenza di quanto avviene per gli interdetti *Quem fundum* e *Quem usum fructum*, preordinati rispettivamente alla restituzione del possesso dell'immobile rivendicato e della detenzione della *res fructuaria*, nell'ipotesi di *vindicatio servitutis* non si potrebbe concepire un interdetto avente questo scopo. Nel testo di D. 8.5.4.4 (Ulp. 17 ad ed.), tuttavia, si menziona esplicitamente la *restitutio* in ipotesi di *vindicatio servitutis* esperita nei confronti di uno dei due comproprietari del fondo servente. A riflettere sul significato di *restituere* come attività volta al ripristino della situazione che consente al proprietario del fondo dominante di esercitare il proprio diritto di servitù, non vi è ragione di fare dipendere l'esistenza di un interdetto (restitutorio) *Quam servitutem* dalla possibilità di una *translatio possessionis*; d'altro canto i testi della compilazione giustinianea che parlano al riguardo di una *possessio transferenda* in materia di servitù, come D. 39.2.45 (Scaev. 12 quaest.), non sembrano genuini. Resta aperta, in ogni caso, la questione se l'editto contemplasse esplicitamente un interdetto *Quam servitutem*, forse in coda agli interdetti *de servitibus*, o se dovesse ricorrersi invece all'interdetto *Quem fundum*. In argomento possono vedersi A.A.F. RUDORFF, *Ueber das Interdictum Quem fundum*, cit., p. 20 s., M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozeß*, 2. *Formulae*, Bonn, 1865, p. 570, O. RUGGERI, *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso. Trattato di diritto romano*, 2. *L'usucapione, e gli interdetti introdotti a regolare il solo possesso*, Firenze, 1880, p. 415 ss., A. UBELOHDE, *Die Interdicte des römischen Rechtes*, 2, Erlangen, 1890, p. 264 ss., A. AUDIBERT, *Sur un fragment d'Ulpian (6 § 1 D. VIII.5)*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, 5, Napoli, 1906, p. 352, nt. 1, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2.1, Leipzig, 1907, p. 467 s., A. BERGER, s.v. *Interdictum*, cit., c. 1659 s., M. BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle actiones negativae*, in *BIDR*, 46, 1939, p. 152 s., G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 299-301, G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 146 s., nt. 77, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 276, F. BETANCOURT, *El libro anónimo "De interdictis"*. *Codex Vaticanus Latinus*

2. Nella compilazione giustiniana, che pure tramanda – talora con qualche modifica – le formule di alcuni interdetti, è stato soppresso purtroppo ogni riferimento al *Quem fundum*. Scomparso l'agere per formulas, infatti, questo strumento aveva perso la propria funzione in una procedura che ammetteva ormai la contumacia del convenuto¹⁶.

Sulla scia di Rudorff, il quale pensava che l'interdetto fosse restitutorio¹⁷, Lenel ha proposto la seguente *conceptio verborum*, contenente una clausola analoga a quella presente nella formula dell'*actio ad exhibendum* per consentire di agire contro chi avesse dismesso dolosamente il possesso del bene da esibire¹⁸:

EP³ 475 [§ 248, sub 1]: Quem fundum ille¹⁹ a te vindicare vult, quem possides doloue malo fecisti quo minus possideres²⁰, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, eum illi restituas²¹.

n° 5766, Sevilla, 1997, p. 700 ss., con indicazione di altri autori, J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Eigentumsfreiheitsklage und Feststellungsklage*, cit., p. 1694 e ivi nt. 124, L. ISOLA, *Interdikte*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2, cit., p. 1831.

¹⁶) Sul punto si vedano A. BERGER, s.v. *Interdictum*, cit., c. 1660, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 613, nt. 523.

¹⁷) A.A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., p. 215 [§ 244]: *QUEM FUNDUM ille a te VINDICARE VELIT eum, SI REM NOLIS DEFENDERE, illi RESTITUAS antequam ex iure exeas* (cfr. B. WALKER, *The Fragments of the Perpetual Edict of Salvius Julianus*, Cambridge, 1877, p. 111). In un precedente studio dedicato a questo interdetto A.A.F. RUDORFF, *Ueber das Interdictum Quem fundum*, cit., p. 19, aveva proposto la seguente ricostruzione: *Quem fundum Lucius Titius a te petit, si eum non defendis, ita eum illi restituas*.

¹⁸) Ciò risulta da D. 10.4.5.2 (Ulp. 24 ad ed.), D. 10.4.7.5 (Ulp. 24 ad ed.), D. 10.4.8 (Iul. 9 dig.), D. 10.4.9 pr. (Ulp. 24 ad ed.). In argomento si vedano O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., p. 534 s., anche in ID., *Gesammelte Schriften*, 3, cit., p. 398 s., ID., *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 221.

¹⁹) In questa proposta di ricostruzione il pronome *ille* stava per il nome della parte a favore della quale veniva emanato l'interdetto. Come osservato da F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 62, infatti, nelle formule degli interdetti non si trovano mai i nomi fittizi *Aulus Agerius* e *Numerius Negidius*. Sul punto si veda anche A. BERGER, s.v. *Interdictum*, cit., c. 1627.

²⁰) O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 475: «Weiter aber ist mir wahrscheinlich, daß auch die Bedingung „quem possides doloue malo fecisti quo minus possideres“ im Interdikt (ebenso wie in der actio ad exhib.) zum Ausdruck kam». In proposito, però, non sono mancati dubbi: si vedano F. BOSSOWSKI, *De iuris vindicatione*, cit., p. 9, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 373, a giudizio del quale «The rei vindicatio did not lie against a non-possessor who dolo desiit possidere; consequently a nolle defendere was out of question», sicché la formula andrebbe ricostruita diversamente («*Quem fundum ille* [The name of the plaintiff had to be inserted ...] *a te vindicare vult et rem nolis defendere, eum illi restituas*»), M. PENNITZ, *Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien-Köln-Weimar, 1991, p. 275 s., e ivi nt. 129. Sul punto v. anche le osservazioni di G. PROVERA, *Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 6, Torino, 1974, p. 217 s.

²¹) O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 475; cfr. la ricostruzione suggerita nelle prime due edizioni dell'opera (ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*,

Restitutorio, secondo Lenel, sarebbe stato anche l'interdetto *Quem usum fructum*, proposto nell'editto sul modello (*ad exemplum*) di quello *Quem fundum*²², come ricordato in

Vat. Fr. 92²³ [Mommsen 1891 47= *FIRA*² II 486 s.]: Idem lib. IIII de interdictis sub titulo 'a quo usus fructus petetur, si rem nolit defendere'. Sicut corpora vindicanti ita et ius satisfacere oportet, et ideo necessario *ad*²⁴ exemplum interdicti 'quem fundum' proponi etiam ei interdictum 'quem usum fructum vindicare velit' de restituendo usu fructu.

Diversamente da quanto accade per altri interdetti²⁵, le fonti non offrono attestazioni esplicite relative alla natura del *Quem fundum* e del *Quem usum fructum*. Nondimeno, dalle parole finali del testo di Vat. Fr. 92 (*de restituendo usu fructu*)²⁶

Leipzig, 1883, p. 382, Id., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², Leipzig, 1907, p. 458), nella quale non è presente il pronome *illi* prima dell'ordine di restituere.

²²) La formula di questo interdetto è stata così ricostruita da B. WALKER, *The Fragments of the Perpetual Edict*, cit., p. 111: *Quem usumfructum a te vindicare velit, eum, si rem nolis defendere, illi restituas*.

²³) Il passo è tramandato dai due lacerti dei fogli 95b e 96b del XVI quaternione del palinsesto vaticano n. 5766, come può vedersi nell'apografo di TH. MOMMSEN, *Codicis Vaticani N. 5766 in quo insunt iuris anteiustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana exemplum addita transcriptione notisque criticis edidit Th. Mommsen*, in *Abhandlungen der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1859*, Berlin, 1860, p. 300.

²⁴) La preposizione *ad*, non presente nel testo tramandato dal palinsesto vaticano, è frutto di un'integrazione suggerita da Schrader. La sua caduta dal testo all'atto della copiatura può spiegarsi facilmente con il passaggio da un rigo a quello successivo. Alcuni editori, come Buchholtz e Bethmann-Hollweg, hanno preferito invece emendare *exemplum* in *exemplo*. Sul punto si veda, per tutti, F. BE-TANCOURT, *El libro anónimo*, cit., p. 667 s.

²⁵) La natura esibitoria dell'interdetto *De tabulis testamenti exhibendis* risulta da quanto si legge in D. 43.5.3.7 (Ulp. 68 ad ed.). La natura restitutoria dell'interdetto *Quorum bonorum* è attestata esplicitamente in D. 43.2.1 (Ulp. 67 ad ed.), ove è riferito anche il testo della relativa *conceptio verborum*; quella dell'interdetto *Quod precario* risulta da D. 43.26.2.1 (Ulp. 71 ad ed.). In D. 43.8.2.17 (Ulp. 68 ad ed.) si dice che l'interdetto *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* non era restitutorio, ma proibitorio, e dunque diverso, come puntualizzato oltre (§ 36), dall'interdetto *Quod in via publica itinere publico factum immisumve habes*. In D. 43.20.1 pr.-1 (Ulp. 72 ad ed.), ove è riferita la formula dell'interdetto *De aqua cottidiana* (culminante con le parole *vim fieri veto*), si precisa che esso era proibitorio e talora restitutorio (*Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est* rel.). È interpolato il testo che si legge in D. 43.4.3.2 (Ulp. 68 ad ed.), ove si dice che l'interdetto *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa erit* era al contempo restitutorio e proibitorio; infatti l'interdetto in questione, di cui non è stata tramandata la formula, era solo proibitorio: sul punto si vedano A. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, in *ZSS*, 36, 1915, p. 212 ss., O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 455 e ivi nt. 9 (§ 231).

²⁶) Il brano fa parte di un gruppo di testi in materia di interdetti il cui autore non è facile individuare: si è pensato ad Arriano, a Venuleio Saturnino, a Ulpiano o a un autore anonimo. In proposito può rinviarsi, nella letteratura più recente, a M. VARVARO, *I Vaticana fragmenta a due secoli*

può desumersi che oggetto dell'interdetto *Quem usum fructum* fosse il *restituere usum fructum*²⁷. Anche questo interdetto – come il *Quem fundum* su cui era esemplato – doveva essere dunque restitutorio.

Per quanto oggetto di critiche in ordine a singole parole²⁸ o a singole clausole²⁹, la proposta di ricostruzione della formula dell'interdetto *Quem fundum* suggerita da Lenel non ha destato dubbi in ordine al *restituas* con cui sarebbe culminato l'ordine del magistrato.

Senonché, nel quadro di uno studio animato dal desiderio di fornire un contributo alla storia dell'*indefensio* nell'azione di rivendica, quanto si legge in Vat. Fr. 92 ha costituito la base per sostenere l'idea che l'interdetto *Quem fundum* non sarebbe stato restitutorio³⁰. Si è pensato infatti che tale interdetto avrebbe contenuto il divieto, rivolto al convenuto, di fare violenza, in modo da consentire all'attore il libero ingresso nel bene immobile oggetto della *vindicatio* immobiliare, con conseguente acquisto del possesso, così come l'interdetto *Quem usum fructum* avrebbe proibito al convenuto di esercitare violenza in modo da porre l'attore nelle

dalla riscoperta, in *QLSD*, 11, 2021 (*sed* 2022), p. 418, nt. 60, con citazione di altra bibliografia sul punto cui *adde* F. BETANCOURT, *Sobre el autor de Fragmenta Vaticana 90-93*, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de ora con la enseñanza (1936-1986)*, 1, Madrid, 1988, p. 115-126.

²⁷) W. STINTZING, *Über die Beklagtenschaft im dinglichen Rechtsstreit*, in *Festschrift für A. Wach*, 2, Leipzig, 1913, p. 300: «Nicht sicher beglaubigt ist in der Formel das *restituas*; möglich wäre auch eine prohibitorische Formulierung: *vim fieri veto*, *quominus*. Aber immerhin spricht Vat. fragm. § 92 von einem *interdictum de restituendo*».

²⁸) Per l'omissione delle parole '*a te*' si veda M. WLASSAK, *Zum Texte*, cit., p. 561-563 nonché, sulla sua scia, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 87 s. [Nr. 116], e – senza discussione del punto – G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio nella rivendica: agere in rem per sponsionem e interdetto Quem fundum*, in *AUPA*, 43, 1995, p. 547, nell'ambito della sua diversa ricostruzione della formula dell'interdetto riferita *infra*, nel testo.

²⁹) Contro la presenza della *exceptio 'si eo nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdatur'* nel testo dell'interdetto si veda M.F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni in rem*, in *Studi in onore di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, p. 777 s., che ha ritenuto spuria la seconda parte di quanto si legge in Paul. Sent. 1.11.1 (su cui si fondava la ricostruzione di Lenel) e ha addotto il testo di Gai. 4.96 per dimostrare come nelle azioni reali l'attore che agiva *proprio nomine* non fosse tenuto a prestare *satisdatio* in favore del convenuto. A giudizio di W. STINTZING, *Über die Beklagtenschaft*, cit., p. 299 s., nt. 3, non potrebbe considerarsi sicuro che la formula dell'interdetto (così come quella dell'*actio ad exhibendum*) contenesse la clausola che consentiva di richiedere l'emanazione dell'interdetto nei confronti di colui che avesse dismesso dolosamente il possesso. Secondo J. PARTSCH, *Rec. di O. LENEL, Das Edictum perpetuum (Schluß)*, in *ZSS*, 31, 1910, p. 430 s., invece, la presenza di tale clausola nella formula potrebbe desumersi da un passo di Giuliano riferito dai compilatori giustiniani in D. 6.1.52 (Iul. 55 dig.).

³⁰) G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 538: «questo brano non contiene indicazioni tali da far apparire certo che il pretore ordinasse al convenuto renitente '*restituas*'».

condizioni di esercitare liberamente l'*uti frui*³¹. I due interdetti, pertanto, non sarebbero stati restitutori, ma proibitori e la formula del *Quem fundum* andrebbe così ricostruita:

Quem fundum ille vindicare vult quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdatur si rem nolis defendere quo minus illi eum ingredi liceat vim fieri veto³².

L'ipotesi è apparsa suggestiva e costruita con rigore di deduzioni³³. Essa continua a essere ricordata, tuttavia, senza essere discussa come meriterebbe³⁴, sebbene non si sia sottratta a rilievi di un certo peso che ne hanno messo in luce alcuni aspetti di debolezza³⁵.

Conviene ripercorrere, dunque, i passaggi salienti del ragionamento che ha indotto a enunciarla per reconsiderarla in una più ampia prospettiva e per riflettere su alcune implicazioni finora non considerate. Un nuovo esame del testo tramandato in Vat. Fr. 92, infatti, consente di ragionare sui meccanismi con i quali poteva realizzarsi il *restituere usum fructum* di cui si discorre nella parte finale di questo testo.

3. La ricostruzione della formula dell'interdetto *Quem fundum* culminante in un divieto muove dal convincimento che nella prima frase di Vat. Fr. 92 (*Sicut corpora vindicanti ita et ius satisdari oportet*) non si alludesse alla prestazione di una *satisdatio*³⁶, in quanto il giurista autore del passo non avrebbe potuto descrivere

³¹ È questa, in sintesi, l'ipotesi di G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 535 ss.

³² G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 547.

³³ V. L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto*, cit., p. 104 s., nt. 15, la quale in proposito ha discusso di «rigore logico della prospettazione, indubbiamente suggestiva».

³⁴ Si vedano M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 276, nt. 14-15, L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 898, nt. 160; EAD., *L'inattività del convenuto*, cit., p. 104 s., nt. 15 e, più di recente, C. BALDUS, *Herausgabe des Eigentümers (rei vindicatio)*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2, cit., p. 1555, nt. 113, J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Eigentumsfreiheitsklage und Feststellungsklage*, cit., p. 1686, nt. 58.

³⁵ Si tratta di critiche articolate nel breve spazio di una nota a piè di pagina da D. MANTOVANI, *Le formule*², cit., p. 87 s., nt. 423, il quale da un lato ha obiettato che «L'ipotesi muove da un'interpretazione errata del senso letterale dell'esordio di Vat. 92», dall'altro ha formulato un'osservazione che ne mette in luce una rilevante aporia. A giudizio di Mantovani, infatti, «anche su un piano generale, non si può non notare che se [...] si accetta che l'int. *quem fundum* contemplasse anche colui che abbia dismesso dolosamente il possesso del fondo, non si vede che portata pratica avrebbe avuto – accettando la formulazione proibitoria [...] – l'ordine rivolto a costui di astenersi dall'impedire l'ingresso dell'avversario, in un fondo del quale, appunto, egli non aveva più il possesso (a differenza, invece, dell'ordine di *restituere*)».

³⁶ G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539: «Per intendere il significato dell'intero brano oltre che di questa frase in sè occorre, a nostro avviso, rinunciare a riconoscere in essa un

con il verbo *satsidari* l'attività consistente nell'assicurare all'attore l'oggetto della rivendica o l'esercizio del *ius utendi fruendi* nella *vindicatio usus fructus*³⁷. Nel testo, invece, si descriverebbe in termini di *corpora* e *ius satsidari* la finalità pratica alla quale sarebbero stati preordinati gli interdetti *Quem fundum* e *Quem usum fructum*³⁸ (cui si ricorreva, come si è ricordato, quando l'*indefensio* si era già configurata³⁹). Si è pensato così che il testo del palinsesto vaticano sia stato vergato da un copista un po' sbadato, il quale avrebbe scritto per errore *satsidari*. Tale sospetto, peraltro, sarebbe giustificato dalla presenza in questo frammento (Vat. Fr. 92) e in quello successivo (Vat. Fr. 93) di altre disattenzioni⁴⁰.

Poiché il verbo *satisfacere* può intendersi nel suo «valore sfumato» che dovrebbe esprimere «l'idea del soddisfare (assicurare, accontentare, etc.)»⁴¹, per superare le perplessità suscitate nella dottrina dalle prime parole del testo⁴² il passo andrebbe allora emendato correggendo il *satsidari* in *satisfieri*:

Sicut corpora vindicanti ita et ius [satsidari] <satisfieri> oportet, et ideo necessario ad exemplum interdicti 'quem fundum' proponi etiam ei interdictum 'quem usum fructum vindicare velit' de restituendo usu fructu⁴³.

Prima di valutare la proposta di correzione, tuttavia, occorre verificare quanto sia

riferimento alla prestazione di una *satsidatio*».

³⁷) È questa l'interpretazione suggerita da G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539: «Dalla lettura più naturale del discorso si desume ... che la '*propositio interdicti* in favore del *vindicans*' è intesa, nel pensiero di chi scrive, come immediatamente volta ad assolvere alla necessità di '*corpora*' o '*ius satsidari*': ne consegue che questa espressione è usata con valore traslato, giacché il rilascio del *Quem fundum* (e del *Quem usum fructum*), funzionale alla *translatio possessionis*, deriva, al contrario, proprio dalla mancata prestazione della *satsidatio* (*iudicatum solvi*) da parte del convenuto. Che un giurista fosse incorso in un errore così grossolano è da escludere».

³⁸) Secondo G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539, «trattandosi ... della descrizione della finalità pratica perseguita dai due interdetti», sarebbe «necessario pensare che il giurista abbia inteso dire che, in caso di *indefensio*, come occorre che all'attore di una *vindicatio rei* venga assicurata la disponibilità materiale della cosa controversa ('*corpora*'), così all'attore di una *vindicatio ususfructus* deve esser assicurato l'esercizio delle facoltà corrispondenti al *ius (utendi fruendi)*».

³⁹) *Supra*, § 1, nel testo.

⁴⁰) G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539: «Non resta, allora, che immaginare un facile errore del copista, il quale non doveva essere molto attento se, nello stesso passo, trascura il verbo che regge '*proponi*' e, nel successivo fr. 93, scrive un '*ali*' privo di senso».

⁴¹) G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539 s.: «Un valore sfumato di '*satisfacere*', esprime l'idea del soddisfare (assicurare, accontentare, etc.), è documentato, questo sì, con certezza tanto nelle fonti letterarie [...] quanto, soprattutto, negli scritti giurisprudenziali».

⁴²) Così G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539: «Sembra opportuno, anzitutto, giustificare la correzione [satsidari] <satisfieri> da noi apportata al testo. Le parole '*Sicut corpora vindicanti ita et ius satsidari oportet*' suscitano perplessità che la dottrina non mostra di esser riuscita a fugare».

⁴³) G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 538.

giustificato il rimprovero di disattenzione rivolto al copista che ha vergato la *scriptura prior* del palinsesto vaticano.

Infatti, se in generale il testo tramandato in questo manoscritto non risulta immune da errori di copiatura, non può dirsi che in Vat. Fr. 92 il *librarius* abbia trascurato il verbo che regge l'infinito passivo *proponi*, perché esso dipende dall'*oportet* che nella frase precedente (cui si riconnette con le parole *et ideo*) regge l'infinito passivo *satisfdari*.

Per quanto riguarda, invece, la parola priva di senso (*ali*) che si leggerebbe in

Vat. Fr. 93 [*FIRA*², 2, p. 487]: Post pauca sub titulo supra scripto. Restitutus ex hoc interdicto usus fructus intellegitur, cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti 'unde vi' ad eam rem propositi depelli non potest. Idem Pedius. Ali diversam causam esse possessionis, cum ille, qui posses (*desunt paginae aut 4 aut 8*).

occorre rammentare che le lettere *ali* proposte in alcune edizioni dell'opera (fra cui anche quella dei *FIRA* appena riferita nel testo) non risultano di sicura lettura nella *scriptura inferior* del codice vaticano. A Detlefsen, che aveva collazionato il manoscritto su incarico di Mommsen⁴⁴, era parso infatti di scorgere in questo punto del testo le lettere *alt*⁴⁵. Considerato che nella scrittura onciale del palinsesto il grafema della lettera *l* è molto simile a quello della lettera *i* (che veniva scritta senza puntino), non sorprenderebbe se a un più attento riesame del palinsesto vaticano si leggesse *ait*⁴⁶ (e dunque: *Idem Pedius ait diversam causam esse possessionis* rell.), come già ipotizzato nell'*editio princeps*⁴⁷ e in altre edizioni dei *Vaticana fragmenta*⁴⁸.

Messe da canto le ragioni di sospetto imputabili a presunte disattenzioni del copista, deve precisarsi che le parole con cui si apre il passo di Vat. Fr. 92 (*Sicut*

⁴⁴ Al riguardo si veda M. VARVARO, *I Vaticana fragmenta*, cit., p. 413, nt. 24, e p. 427.

⁴⁵ A richiamare l'attenzione sul punto è TH. MOMMSEN, *Codicis Vaticani N. 5766 ... exemplum*, cit. (nt. 23), p. 302, nell'annotazione che riguarda la lin. 32.

⁴⁶ Per la necessità di un riesame della *scriptura inferior* del palinsesto vaticano che tramanda il testo dei cosiddetti *Vaticana fragmenta* può rinviarsi a M. VARVARO, *I Vaticana fragmenta*, cit., p. 439, e ivi nt. 185-186.

⁴⁷ [A. MAL] *Iuris civilis anteiustinianei reliquiae ineditae ex codice rescripto Bibliothecae Pontificiae Vaticanae curante Angelo Maio bibliothecae eiusdem praefecto*, Romae, 1823, p. 23.

⁴⁸ Si vedano [A.A. BUCHHOLTZ,] *Iuris civilis anteiustinianei Vaticana fragmenta e codice rescripto ab Angelo Maio edita recognovit, commentario tum critico tum exegetico, nec non quadruplici appendice instruxit Alex. Aug. de Buchholtz, doctor iuris utriusque*, Regimonti Borussorum, 1828, p. 90, [A. BETHMANN-HOLLWEG,] *Locorum ex iure Romano anteiustiniano ab incerto scriptore collectorum fragmenta quae dicuntur Vaticana edidit Angelus Maius recognovit Augustus Bethmann-Hollweg. Accesserunt indices et cod. ms. Vaticani specimen*, Bonnae, 1833, p. 35 e ivi nt. 186. La congettura, sulla quale può vedersi F. BETANCOURT, *El libro anónimo*, cit., p. 668 e 698, non sembra nota a G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 550, e ivi nt. 49, che l'ha proposta dubitativamente in base «ad un cortese suggerimento del Professore Albanese».

corpora vindicanti ita et ius satisdari oportet), a ben guardare, non hanno suscitato in storiografia quelle perplessità che giustificerebbero la necessità di emendarne il testo.

Gli unici dubbi richiamati al riguardo⁴⁹, infatti, sono quelli espressi dal solo Provera, il quale riteneva che l'espressione '*sicut corpora vindicanti satisdari oportet*' sarebbe stata impropria perché il convenuto possessore che non intendeva difendere la *res* in sede di rivendica formulare «avrebbe dovuto abbandonare la cosa nelle mani del rivendicante», e non prestare una *satisdatio*, mentre l'espressione '*ita et ius satisdari oportet*' avrebbe avuto senso in sede di *vindicatio usus fructus*, in quanto il convenuto avrebbe potuto effettuare una *restitutio* prestando una *satisdatio* con la quale prometteva all'attore l'uso della *res fructuaria* e la percezione dei frutti sin quando «non fosse stata decisa la questione relativa alla titolarità del diritto di usufrutto»⁵⁰. Tale lettura, però, appare frettolosa, perché considera il *satisdari* non come un presupposto della corretta assunzione della *defensio*, ma come conseguenza dell'*indefensio*. Quella di Provera, in ogni caso, è un'opinione del tutto isolata, che non può ritenersi rappresentativa dell'intera dottrina. Basta considerare la letteratura in argomento, anzi, per notare come vari studiosi abbiano interpretato il brano senza avvertire difficoltà, scorgendovi da lungo tempo un'ipotesi nella quale la mancata prestazione della *satisdatio* configurava *indefensio*⁵¹. Come si è ricordato più su⁵², infatti, nelle azioni reali – e dunque anche nella *vindicatio usus fructus* – il convenuto doveva sempre prestare la *cautio* (o *satisdatio*) *iudicatum solvi* in favore dell'attore, anche quando agisse *proprio nomine*⁵³.

A tenere conto di questo dato, peraltro ben noto⁵⁴, la prima frase del testo di

⁴⁹) Da G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539, nt. 7.

⁵⁰) G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 144, nt. 73.

⁵¹) Questa lettura risale almeno ad A.A.F. RUDORFF, *Ueber das Interdictum Quem fundum*, cit., p. 23, il quale, richiamandosi proprio a quanto si legge in Vat. Fr. 92, aveva osservato che un'ipotesi di mancata *defensio* andava scorta anche per «der Fall einer Nichtleistung der erforderlichen Sponsionen oder Satisfationen»; cfr. ID., *Bemerkungen über dasselbe Interdict [uti possidetis]*, in *ZGR*, 11, 1842, p. 357 s., nt. 26. Nello stesso senso suggerito da Rudorff si vedano anche, fra gli altri, M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozeß*, 2, cit., p. 356 s. e ivi nt. 26 (con richiamo a Vat. Fr. 92), L. SEUFFERT, *Poenae temere litigantium*, in *AcP*, 67, 1884, p. 333 s., A. BERGER, s.v. *Interdictum*, cit., c. 1658, C. ARNÒ, *Il possesso. Lezioni raccolte dagli studenti E. Bauchiero e F. Palieri. Anno accademico 1935-1936-XIV*, Torino, 1936, p. 214 s. (secondo il quale l'interdetto in questione avrebbe fatto conseguire all'attore la *translatio quasi possessionis* in suo favore).

⁵²) *Supra*, § 1, nel testo.

⁵³) Come è risaputo, la regola è enunciata, in Gai. 4.89: *si ... in rem tecum agam, satis mihi dare debes* rell. (cfr. *Iust. Inst.* 4.11 pr.). Per la rivendica *per formulam petitoriam* si veda anche Gai. 4.91; per la *hereditatis petitio* si veda Paul. Sent. 1.11.1. Già G.W. WETZELL, *Der römische Vindicationsprozeß*, Leipzig, 1845, p. 107, aveva osservato al riguardo che l'obbligo di prestare la *cautio iudicatum solvi* sussisteva nelle azioni che nell'*agere per formulas* avevano preso il posto dell'antica *legis actio sacramenti in rem*.

⁵⁴) Nella manualistica italiana basterà rinviare a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 340, M.

Vat. Fr. 92 va letta nel senso che come in favore di colui che sta agendo con un'azione *in rem* avente per oggetto *corpora* (*Sicut corpora vindicanti*) deve prestarsi una *satisfatio* (*satisfari oportet*), così occorre *satisfari* anche in favore di colui che agisce con un'azione *in rem* avente per oggetto un *ius* (*ita et ius* [scil. *vindicanti*]). D'altra parte, la stessa *inscriptio* del frammento (tratto dal titolo '*a quo usus fructus petetur, si rem nolit defendere*'), suggerisce l'idea che l'onere di prestare la *satisfatio* (*satisfari oportet*) va ricondotto al quadro degli atti richiesti al convenuto per assumere correttamente la *defensio* in un'azione reale, aprendo la via, in caso contrario, agli strumenti che la sanzionavano, come appunto l'interdetto *Quem fundum* nella rivendica immobiliare e l'interdetto *Quem usum fructum* nella *vindicatio usus fructus*.

La correzione in *satisfieri* del *satisfari* tramandato dalla tradizione manoscritta, dunque, è da respingere in quanto fondata su un'interpretazione che dipende da un'errata comprensione della sintassi del periodo iniziale del passo (*Sicut corpora vindicanti ita et ius satisfari oportet*)⁵⁵. Come è stato osservato, infatti, in questa frase i sostantivi *corpora* e *ius* sono retti dal participio presente *vindicanti*. Tale participio, in caso dativo, si riferisce con certezza al soggetto in favore del quale è prestata la *satisfatio*, secondo il costrutto di *satisfare* reggente il dativo attestato anche nelle Istituzioni di Gaio con riferimento alla prestazione della *satisfatio iudicatum solvi*⁵⁶.

Se, dunque, si rilegge il brano rispettando i nessi sintattici, ossia senza considerare *corpora* e *ius* come oggetti del *satisfari*, l'impiego di tale verbo non sembrerà più improprio⁵⁷. In conclusione, l'intervento sul testo che ha indotto a sostituirlo con il verbo *satisfacere* (e della forma passiva *satisfieri*) risulta inopportuno e la consolidata tradizione di studi che non ha esitato a riconoscere la natura restitutoria degli interdetti *Quem fundum* e *Quem usum fructum*⁵⁸ può continuare a fare

MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 78, nt. 53.

⁵⁵ L'osservazione, che come si è ricordato (*supra*, § 2, nt. 35) si deve a D. MANTOVANI, *Le formule*², cit., p. 87 s., nt. 423, è condivisa da L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto*, cit., p. 898, nt. 160; EAD., *L'inattività del convenuto*, cit., p. 104 s., nt. 158.

⁵⁶ Gai. 4.89-90.

⁵⁷ Come è parso invece a G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 539: «Tuttavia, questo significato generico di 'satisfare' non sembra attestato nelle fonti (non solo) giuridiche; e, d'altra parte, l'impiego, in siffatta accezione, di questo verbo sarebbe stato inopportuno da parte del giurista, data l'esistenza di una *satisfatio* (*iudicatum solvi*) nello stesso ambito di rapporto tra attore e convenuto».

⁵⁸ In questo senso v., per fare solo qualche esempio, A.A.F. RUDORFF, *Ueber das Interdictum Quem fundum*, cit., p. 29 e 31 s., K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853, p. 34, A. UBBELOHDE, *Die Interdicte des römischen Rechtes*, 1, Erlangen, 1889, p. 196 (cfr. ID., *Die Interdicte des römischen Rechtes*, 2, Erlangen, 1890, p. 265, nt. 54), M. WLASSAK, *Zum Texte*, cit., p. 562 s., A. BERGER, s.v. *Interdictum*, cit., c. 1660 s., G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 425, nt. 2, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 373,

affidamento sul testo riferito nella versione manoscritta di Vat. Fr. 92⁵⁹.

4. A leggere senza modifiche il passo tramandato in Vat. Fr. 92 cade la possibilità di scorgere un parallelismo fra l'interdetto *Quem fundum* e l'interdetto *Quem usum fructum* nella loro (presunta) comune finalità di *satisfacere* nel senso di assicurare all'attore la disponibilità dei *corpora* o del *ius (utendi fruendi)*⁶⁰. Inoltre, poiché di *satisfacere* nel testo non si parla, non si può concludere che l'autore del passo, nel precisare che l'interdetto *Quem usum fructum* è stato apprestato *de restituendo usu fructu*, volesse concretizzare il generico *ius satisfacere*⁶¹.

Il significato dell'espressione '*de usu fructu restituendo*' che si legge in Vat. Fr. 92, allora, va rivalutato in relazione a quello che doveva essere il contenuto dei due interdetti, senza escludere la possibilità che le loro formule contenessero l'ordine di *restituere (restituas)*.

Al riguardo occorre chiarire in quali attività, in seno a una *vindicatio usus fructus*, potesse risolversi il *restituere usum fructum*, tenendo presente che la formula di quest'azione era munita di una clausola arbitraria grazie alla quale il convenuto avrebbe potuto essere assolto ove, su invito del giudice, avesse operato la *restitutio* in favore dell'attore⁶². Secondo quanto ricordato da Ulpiano nel suo com-

A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo. Corso di lezioni 1955-56* (cur. R. MARTINI), Siena, 1956, p. 260, G. GANDOLFI, *Lezioni sugli interdetti. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 27, G. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, 1, cit., p. 177, G. SCHERILLO, *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare. Due testimonianze nel Digesto* (D. 45, 1, 83, 1; D. 19, 1, 38, 2), in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow* (cur. W.G. BECKER, L. SCHNORR VON CAROLSFELD), Berlin, 1970, p. 312 s., nt. 27, G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 147, M. KASER, *Das römische Privatrecht*², 1. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München, 1971, p. 434 s., M. PENNITZ, *Der „Enteignungsfall“*, cit., p. 274 s., M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 276, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 490, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 662 (per il *Quem fundum*) e 735 (per il *Quem usum fructum*), C. BALDUS, *Herausgabeklage des Eigentümers*, cit., p. 1555, e ivi nt. 113; L. ISOLA, *Interdikte*, cit., p. 1831 (nella trattazione dedicata agli *interdicta restitutoria*).

⁵⁹) A tacere di altre riserve nei confronti della ricostruzione che ha indotto a intervenire sul testo di Vat. Fr. 92, va ricordato che la proposta di considerare proibitorio l'interdetto *Quem fundum* (e quello *Quem usum fructum*) si è esposta a un'ulteriore condivisibile critica con riguardo all'inserimento della clausola che ne avrebbe consentito l'applicazione nei confronti del convenuto che si fosse dismesso dolosamente del possesso del bene rivendicato (*Quem fundum ille vindicare vult qui possides dolove malo fecisti quo minus possideres*). Sul punto v. *supra*, nt. 35.

⁶⁰) Come ritenuto da G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 541 s.; si veda anche p. 543: «non è giustificato estendere l'analoga colta dal giurista tra il *Quem usum fructum* e il *Quem fundum* al di là della percezione di una sottostante, unitaria esigenza di '*satisfacere*'».

⁶¹) Così, invece, G. FALCONE, *Per la storia dell'indefensio*, cit., p. 541 s.

⁶²) Secondo O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 190 [§ 72], la formula andrebbe così ricostruita: *Si paret A° A° ius esse fundo q.d.a. uti frui neque ea res arbitrio iudicis A° A° restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam rell.*; la proposta è stata ricalcata da D. MANTOVANI, *Le formule*²,

mentario all'editto, oggetto di *restitutio* in favore dell'usufruttuario doveva essere *omnis causa*⁶³. La *restitutio*, da questo punto di vista, era analoga a quella *cum causa rei* prevista nella rivendica formulare⁶⁴.

Se si tiene conto di questi dati, è ragionevole pensare che in virtù della clausola arbitraria l'oggetto della *restitutio* rilevante in sede di *vindicatio usus fructus* fosse analogo a quello della *restitutio* a cui si allude nel testo di Vat. Fr. 92 a proposito dell'interdetto *Quem usum fructum*⁶⁵.

In linea generale può dirsi che il *restituere usum fructum* doveva risolversi in un comportamento che consentisse all'usufruttuario di esercitare liberamente le facoltà connesse al proprio diritto, senza perciò spogliarsi del possesso diretto della *res fructuaria*⁶⁶. In età classica, per effettuare la *restitutio* dell'*usus fructus* avente per oggetto schiavi o beni immobili il convenuto poteva limitarsi a un *uti frui pati*, ossia a tenere un comportamento meramente passivo, senza cedere all'usufruttuario la disponibilità del bene gravato da usufrutto.

Ciò non autorizza a pensare, tuttavia, che nella *vindicatio usus fructus* la *restitutio* si esaurisse sempre in comportamenti di *pati* che, proiettati sul piano dei contenuti di un interdetto, dovrebbero fare pensare a ordini che si risolvessero necessariamente in un semplice divieto. Il giudice che in virtù della clausola arbitraria avesse invitato il convenuto a *restituere*, infatti, poteva imporgli di prestare *cautiones*⁶⁷, fra le quali la cosiddetta *cautio de amplius non turbando*⁶⁸. Con essa quest'ultimo doveva promettere all'attore che, per il futuro, egli e i suoi eredi non avrebbero esercitato attività che turbassero ulteriormente l'esercizio del suo diritto di *uti frui*. In questo caso, dunque, il *restituere* non si sarebbe esaurito in un *pati* e avrebbe richiesto il compimento di un'attività consistente nel prestare la *cautio*,

cit., p. 40 [Nr. 5]. A giudizio di M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AUPA*, 28, 1961, p. 104 s., sarebbe possibile ipotizzare che nella clausola restitutoria si alludesse alla *restitutio* dell'*usus fructus*.

⁶³ D. 7.6.5.4a (Ulp. 17 ad ed.): *Fructuario qui vicit omnis causa restituenda est: et ideo si servi fuerit usus fructus legatus, quidquid ex re fructuarii vel ex operis suis consecutus est, possessor debet restituere.*

⁶⁴ Cfr. D. 6.1.20 (Gai. 7 ad ed. prov.): *Practerea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: nec enim suffici corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset rell.*

⁶⁵ Sul punto si vedano A. LAST, *Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio*, in *Grünhut's Zeitschrift*, 36, 1909, p. 440, G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., p. 425 s., e ivi nt. 2.

⁶⁶ In questo senso può vedersi M. MARRONE, *La posizione possessoria*, cit., p. 103 ss.

⁶⁷ Com'è noto, infatti, in sede di *arbitratus de restituendo* o *de exhibendo* il giudice poteva imporre a entrambe le parti la prestazione di *cautiones*.

⁶⁸ Su tale *cautio*, la cui applicazione in sede di *arbitratus de restituendo* è testimoniata per le azioni in materia di servitù ma ipotizzata dagli studiosi anche per la *vindicatio usus fructus*, può consultarsi TH. FINKENAUER, *Vereblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, p. 286 ss.

che pure rientrava nella nozione di *restitutio*⁶⁹.

Da altro punto di vista va ricordato che in ipotesi di controversia relativa all'usufrutto costituito su un fondo la *restitutio* non doveva risolversi necessariamente in un *uti frui pati*. Si pensi al caso di una *vindicatio usus fructus* intentata contro il nudo proprietario del fondo che, non avendo compiuto determinate attività, aveva reso meno agevole l'esercizio delle facoltà connesse all'*uti frui*.

In un brano tratto dal commentario *ad Sabinum* di Pomponio, per esempio, si allude alla mancata rimozione di alberi divelti dal vento⁷⁰ da parte del proprietario del fondo gravato da usufrutto:

D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 ad Sab.): Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus [vel iter, suis actionibus] usufructuario cum eo experiundum⁷¹.

Secondo Giuliano con *vindicatio usus fructus* – e non con *operis novi nuntiatio* – poteva agirsi nei confronti del nudo proprietario del fondo gravato da usufrutto ove costui avesse eseguito su di esso un *opus novum* che avesse reso più gravoso l'esercizio dell'*uti frui*:

D. 39.1.2 (Iul. 49 dig.): Si autem domino praedii nuntiaverit, inutilis erit nuntiatio: neque enim sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare: sed si hoc facto usus fructus deterior fiet, petere usum fructum debet⁷².

⁶⁹) In proposito può rinviarsi a L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 66.

⁷⁰) Per l'opinione di Labeone che ammetteva la possibilità che l'usufruttuario potesse usare gli alberi divelti dal vento, seppure entro determinati limiti, si veda D. 7.1.12 pr. (Ulp. 17 ad Sab.): *Arboribus evolsis vel vi ventorum deiectis usque ad usum suum et villae posse usufructuarium ferre Labeo ait: nec materia eum pro ligno usurum, si habeat, unde utatur ligno. quam sententiam puto veram: alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius: materiam tamen ipsum succidere quantum ad villae refectorem putat posse: quemadmodum calcem, inquit, coquere vel harenam fodere aliudve quid aedificio necessarium sumere.*

⁷¹) Come intuito da M. BOHÁČEK, *L'actio negativa nell'ambiente dell'usufrutto*, in *BIDR*, 44, 1936-1937, p. 81-83, dal testo andrebbero espunte le parole 'vel iter' perché di origine glossematica (e perciò assenti nel corrispondente luogo dei Basilici: Bas. 16.1.19.1 [Hb. II 185]) e le parole 'suis actionibus' in quanto frutto di interpolazione (sospettoso, al riguardo, anche G. SEGRÈ, in *BIDR*, 41, 1933, p. 68, nt. 2). Ad avviso di E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, in *Studi di diritto romano*, 4. *Eredità e processo*, Milano, 1946, p. 141, invece, l'intera chiusa 'suis actionibus-experiundum' sarebbe di fattura compilatoria poiché l'espressione 'suis actionibus' conterrebbe un'allusione anche agli interdetti, in linea con la tendenza dei compilatori giustinianeï a impiegare il termine *actio* anche con riferimento agli *interdicta* a seguito dell'obliterazione della differenza procedimentale fra i due strumenti di cui si discorre in *Iust. Inst.* 4.15.8. Sulla genuinità del testo può vedersi anche W.W. BUCKLAND, *The Protection of Servitudes in Roman Law*, in *LQR*, 46, 1930, p. 452.

⁷²) Il parere di Giuliano è richiamato anche in D. 43.25.1.4 (Ulp. 71 ad ed.): *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutium ius esse: secundum quod opus novum nuntiare poterit*

Nel loro complesso queste testimonianze mostrano che il *restituere usum fructum* rilevante in sede di *vindicatio usus fructus* non poteva risolversi sempre in un semplice *pati* del convenuto. Nei casi appena passati in rassegna, dunque, non è pensabile che l'*indefensio* del convenuto fosse sanzionata dalla possibilità di ricorrere a un interdetto che si limitasse a proibire un determinato comportamento. In sede di *arbitratus de restituendo*, infatti, il giudice avrebbe dovuto ordinare al convenuto di *restituere usum fructum* ripristinando le condizioni di esercizio del diritto che erano state rese più gravose dalla caduta degli alberi o dalla costruzione dell'*opus novum* sul fondo del nudo proprietario.

La conclusione, per di più, appare confortata dal fatto che in materia di interdetti la nozione di *restituere* risulta impiegata in connessione a comportamenti attivi consistenti nella rimozione di situazioni intervenute a seguito di mutamenti in relazione a un bene, e in particolare a un fondo⁷³.

Da questo punto di vista, la nozione di *restituere* equivaleva a quella di *in pristinum statum reducere*. Il *restituere*, pertanto, poteva essere effettuato dal convenuto o attraverso un *patientiam praestare* (per esempio consentendo all'attore di ripristinare a sue spese lo stato dei luoghi), oppure attivamente, mediante un *tollere* o comunque con il ripristino a proprie spese (*suis sumptibus*) della situazione antecedente a quella che aveva comportato un mutamento dei luoghi a svantaggio dell'attore⁷⁴, ripristino accompagnato dal risarcimento dei danni.

Tale significato di *restituere*, del resto, è oggetto di precisazione in un frammento proveniente dal commento di Ulpiano alla clausola edittale relativa all'interdetto *Quod in via publica itinereve publico factum immissumve habes*⁷⁵, che era con certezza restitutorio⁷⁶:

D. 43.8.2.43 (Ulp. 68 ad ed.): 'Restituas' inquit. restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id quod factum est vel reponat quod sublatum est *rell.*⁷⁷.

vicino et remissio utilis erit. ipsi autem domino praedii si nuntiaverit, remissio inutilis erit: neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare. sed si hoc facto usus fructus deterior fiat, petere usum fructum debet. idem Iulianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur.

⁷³) Al riguardo si vedano già A. UBELOHDE, *Die Interdicte*, 1, cit., p. 196 s.: «Bald bedeutet restituere die Wiederherstellung eines frühern Zustandes, welcher nicht in der Innehabung einer Sache bestand. Hiermit ist gemeint die Beseitigung einer mit oder an einer Sache, und zwar einem Grundstücke, vorgenommenen Veränderung», A. BERGER, s.v. *Interdictum*, cit., c. 1614.

⁷⁴) Cfr. D. 43.8.2.43 (Ulp. 68 ad ed.).

⁷⁵) Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, 2, cit., c. 809 [n. 1504.]

⁷⁶) A precisarlo era Ulpiano subito dopo avere riferito la formula di questo interdetto nel passo del suo commentario all'editto che si legge in D. 43.8.2.35-36 (Ulp. 68 ad ed.).

⁷⁷) Sulla genuinità del testo si veda G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1913, p. 96, che ha sospettato dell'intero tratto successivo alle parole '*qui in pristinum statum reducit*'.

Anche questo interdetto, come il *Quem usum fructum*, si dava contro chi si fosse dismesso dolosamente del possesso⁷⁸ e nel procedimento nato dall'inottemperanza dell'ordine impartito dal magistrato comportava la condanna all'*id quod actoris interest*⁷⁹.

La possibilità di un risarcimento del danno in sede di *vindicatio usus fructus*, peraltro, è menzionata con riferimento al caso in cui l'azione fosse stata intentata dall'usufruttuario contro chi avesse eseguito un *opus novum*⁸⁰:

D. 39.1.1.20 (Ulp. 52 ad ed.): Usufructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usum fructum ab eo qui opus novum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit opus novum factum non esse⁸¹.

5. Sulla scorta di quanto sin qui osservato appare chiaro come vada inteso il tratto finale di Vat. Fr. 92, nel quale si dice che l'interdetto *Quem usum fructum*, modellato sul *Quem fundum* per sanzionare l'*indefensio* del convenuto che non avesse prestato la *cautio iudicatum solvi*, era un interdetto *de restituendo usu fructu*.

Come da tempo intuito dagli studiosi, infatti, tali parole alludono al contenuto dell'interdetto, che non poteva essere proibitorio e doveva culminare con l'ordine di *restituere*, imponendo al destinatario di consentire all'attore il libero esercizio delle facoltà di *uti frui* e, se del caso, di attivarsi allo scopo di rimuovere tutti gli ostacoli che lo rendessero più difficoltoso.

Anche alla luce di queste considerazioni, dunque, occorre concludere che l'interdetto *Quem usum fructum*, come quello *Quem fundum* sul quale era modellato, non poteva essere proibitorio ed era invece restitutorio, secondo quanto suggerito già da una lettura di Vat. Fr. 92 come quella più su difesa⁸².

⁷⁸) D. 43.8.2.42 (Ulp. 68 ad ed.).

⁷⁹) Cfr. D. 43.8.2.44 (Ulp. 68 ad ed.): ... *condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit tolli quod factum est*.

⁸⁰) Sul punto si rinvia a M. DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pignoratitia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*, 51, 2006, p. 139, nt. 146.

⁸¹) Per i sospetti di interpolazione su questo frammento v. V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *AG*, 82, 1909, p. 438, M. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR*, 22, 1910, p. 147, G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria e in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e della servitù*, in *Mélanges P.F. Girard*, 2, Paris, 1912, p. 534 (in nota), P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2. *La proprietà*, Sezione I^a, Roma, 1926, p. 381; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², 1, Roma, 1927, p. 736, nt. 6.

⁸²) *Supra*, § 3.

