

Collana della Rivista di Diritto Romano

*Fondata da Ferdinando Zuccotti*

*Diretta da Iole Fagnoli*

- 29 -



COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO  
SAGGI

---

Ferdinando Zuccotti

«ACTIO PROHIBITORIA USUSFRUCTUS»  
E TUTELA DEL CORRETTO ESERCIZIO  
DELLO «IUS UTENDI FRUENDI»

SAGGIO DI CRITICA INTERPOLAZIONISTICA



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-098-1- ISSN 2499-6491

Copyright 2023

*LED* Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: [www.lededizioni.com](http://www.lededizioni.com)

I diritti di riproduzione, memorizzazione elettronica e pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche 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.

---

*In copertina:*

Ulivo millenario a Trevi (PG)

*Stampa:* E.Lui Tipografia

# Sommario

*Premessa di Iole Fagnoli* 9

## I INTRODUZIONE

1. Un argomento pressoché scomparso in dottrina 11
2. Il problema dell'*actio prohibitoria* e le questioni ad essa connesse: una ipotesi ricostruttiva 14
3. Del buon uso della metodologia interpolazionistica 20
4. Architettura logica della sistematica del diritto romano e possibilità di integrare almeno in parte le lacune esistenti 24

## II LA SCOMPARSA DELLA TUTELA INTERDITTALE DELL'USUFRUTTO

5. Scarsi lacerti circa la protezione della situazione di fatto esistente relativa all'usufrutto 27
6. La descrizione giustiniana dell'usufrutto e dei suoi aspetti contenziosi: sua congruità rispetto al diritto coevo 31
7. Scarsa attenzione della dottrina moderna in ordine alla protezione interdittale dell'usufrutto 34
8. Le testimonianze recate dai *Vaticana Fragmenta* in relazione alla tutela interdittale dell'usufrutto 36
9. La falsariga ricostruttiva fornita dagli *interdicta* relativi alle servitù prediali 39
10. La tutela interdittale dell'usufrutto nei suoi aspetti generali 44
11. Gli interdetti relativi all'usufrutto 49

- |     |  |    |
|-----|--|----|
| 12. | Ostilità postclassica e giustiniana verso l'autotutela privata e la <i>prohibitio</i> in particolare | 61 |
| 13. | Gli inevitabili interventi in tal senso operati in conseguenza dai compilatori                       | 65 |
| 14. | Una possibile prospettiva di ricerca   | 67 |

### III

#### «PER ARBITRUM COGERE FRUCTUARIUM»

- |     |   |    |
|-----|---|----|
| 15. | I testi in materia  | 69 |
| 16. | Il nesso postulato in dottrina tra <i>refectio</i> e <i>cautio fructuaria</i>                             | 72 |
| 17. | Necessità di una tutela immediata e preventiva in particolare in ordine alle omissioni dell'usufruttuario | 74 |
| 18. | La versione giustiniana di tali argomenti e la sottesa visuale Classica                                   | 77 |
| 19. | L'originaria soluzione interdittale   | 79 |

### IV

#### LA «PETITIO USUSFRUCTUS» IN FUNZIONE DI «VINDICATIO SERVITUTIS»

- |     |   |     |
|-----|---|-----|
| 20. | L'impiego anomalo di tale azione e i problemi sistematico-costruttivi che ne derivano                             | 83  |
| 21. | Diritti reali, <i>tutela erga omnes</i> ed azione <i>in rem</i>   | 85  |
| 22. | I classici e i problemi di legittimazione attiva e passiva alle azioni <i>de servitute</i> e <i>de usu fructu</i> | 88  |
| 23. | La legittimazione a tali azioni nel diritto moderno e le differenze rispetto al sistema romano                    | 91  |
| 24. | Il <i>non dominus</i> e le servitù del fondo  | 99  |
| 25. | Le ragioni del ricorso classico in tali ipotesi ad una soluzione interdittale da parte dell'usufruttuario         | 101 |
| 26. | Giuliano e l'attribuzione dello <i>ius vindicandarum servitutium</i> al <i>fructuarius</i>                        | 103 |

**V**  
**L'AZIONE PROIBITORIA**

27.	Le ipotesi avanzate in dottrina	113
28.	La notevole lacuna che sussiste nella tutela dell'usufrutto	115
29.	Irrilevanza di D. 8.5.11 (Marcell. 6 dig.) e di altri testi che parrebbero menzionare la <i>prohibitoria</i>	118
30.	I testi che richiamano l' <i>actio prohibitoria</i> : D. 7.6.5.pr.	123
31.	Lo scolio di Stefano ad Bas. 16.6.5	126
32.	La locuzione ' <i>vel ad alium pertinere negetur</i> ' cui ricorrono le rubriche del Digesto relative alla tutela processuale dell'usufrutto (D. 7.6) e delle servitù (D. 8.5)	130
33.	La rubrica relativa alla tutela processuale dell'usufrutto nella sua evoluzione storica	133
34.	Il ricorso al verbo κολύω nelle corrispondenti rubriche dei Basilici (16.6 e 58.5)	136
35.	La lite tra due pretesi usufruttuari della <i>res</i> : ' <i>mibi esse ius te prohibere</i> '	139
36.	L'effettiva funzione dell' <i>actio prohibitoria</i>	143

**VI**  
**CONCLUSIONI**

37.	Il sistema di tutela qui ipotizzato	145
38.	Congruità logico-giuridica di tale ricostruzione	149
39.	L'impostazione classica e le ragioni degli interventi giustiniani	151
40.	La razionalità della sistematica del diritto romano quale strumento ermeneutico-ricostruttivo	153
	<i>Indice delle fonti</i>	157
	<i>Indice degli Autori</i>	161





# Premessa

## di Iole Fagnoli

Già alla fine di settembre dello scorso anno Ferdinando Zuccotti aveva concluso il lavoro sull'actio prohibitoria ususfructus. Per tutto il mese precedente aveva deciso di tenere lontane da sé le incombenze quotidiane della Rivista di diritto romano diretta da ventuno anni, e di cui mi aveva attribuito, nell'ultimo anno, l'onore della co-direzione, per concedersi un periodo di piena concentrazione e adempiere – chissà se presago del poco tempo che gli rimaneva – alla chiusura di due saggi monografici. Il lavoro sulla *paelex*<sup>1</sup> è andato puntualmente in stampa, mentre la monografia sull'actio prohibitoria ususfructus è stata completata e composta nella cura e nella grafica editoriale, sostanzialmente pronta alla pubblicazione. Tuttavia l'autore aveva temporeggiato, ritenendo opportuno inserire, rispetto alla redazione di fine settembre, un minimo apparato di note, cui ha lavorato saltuariamente nei mesi immediatamente successivi fino alla scomparsa avvenuta, dopo breve malattia, il 13 gennaio 2023.

Il suo interesse per la tutela dell'usufruttuario risale a più di cinquanta anni prima, alla tesi di laurea in Statale, discussa con Arnaldo Biscardi nel 1981. Con la pubblicazione del lavoro l'autore intendeva portare l'ennesimo omaggio al Maestro che all'epoca gli aveva affidato un tema tanto complesso<sup>2</sup> e, al contempo, dare alle stampe un ulteriore contributo ai diversi studi da lui intrapresi sulla critica del testo. In particolare, da tempo si era dichiarato fortemente critico nei confronti delle nuove tendenze della letteratura romanistica<sup>3</sup>, volte a salvare acriticamente la genuinità di tutte le testimonianze tramandateci, contrapponendosi quindi apertamente a chi legge tutto il Digesto con un astorico appiat-

---

<sup>1</sup> F. ZUCCOTTI, *Paelex. Note sulle unioni coniugali in Roma arcaica*, Milano, 2023.

<sup>2</sup> Cfr. la pubblicazione degli atti, nella collana della Rivista, del convegno organizzato in sua memoria *Processo civile processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano, 2011, oltre alla ripubblicazione del manuale A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, ora in «Rivista di Diritto Ellenico», V, 2015 (Alessandria, 2017) o la ristampa di A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, a cura di F. Zuccotti, I. Pontoriero, Milano, 2019.

<sup>3</sup> F. ZUCCOTTI, *Diabolus interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi del testo*, in «European Legal Roots», II, 2013 e, più di recente, nelle pagine della *Rivista di diritto romano* nella sezione riservata ai Seminari dell'Accademia romanistica costantiniana, Idem, *Considerazioni minime sulla terminologia tardoantica negli interventi sui testi giuridici classici*, in «RDR», XXII (n.s. VII), 2022, p. 1 ss.

timento del contenuto delle fonti, «come se l'avessero esclusivamente scritto i giuristi classici<sup>4</sup>».

L'*actio prohibitoria ususfructus* costituisce infatti, secondo l'autore, un esempio emblematico della *censura bizantina* che avrebbe fatto cadere tutti i riferimenti ad essa, facendola quasi scomparire dalle fonti pervenute; con l'effetto che la letteratura moderna se ne è sostanzialmente disinteressata e nel tentativo di ricostruzione dell'editto di Otto Lenel ne manca persino menzione. I compilatori del Digesto hanno parimenti lasciato poche tracce della tutela interdittale dell'usufruttuario e quindi delle forme di difesa dell'aspetto fattuale dell'esercizio concreto dell'usufrutto nella vita di ogni giorno.

Le scarse testimonianze sopravvissute consentono tuttavia a Zuccotti di ricostruire l'esistenza di un interdetto spettante all'usufruttuario per reagire alla *prohibitio* del dominus o di terzi nell'esercizio del suo diritto e quindi quel meccanismo di contenzioso che rendeva tale *prohibitio* operativa e funzionante. Proprio il fatto che l'usufruttuario disponesse di una veloce via interdittale idonea a risolvere ogni problema relativo all'esercizio dell'usufrutto conduce l'autore a escludere che l'*actio prohibitoria ususfructus* fosse un rimedio spettante al proprietario per costringere l'usufruttuario alla manutenzione della cosa o per tutelarla in rapporto al godimento di servitù costituite a favore del fondo. La testimonianza di D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 ad ed.), insieme a uno scolio di Stefano ai Basilici (Steph. Sch. ad Bas. 16.6.5) e le rispettive rubriche del Digesto e dei Basilici portano invece a formulare l'ipotesi che tale azione fosse piuttosto uno strumento processuale spettante all'usufruttuario contro il proprietario per l'accertamento della sussistenza del *ius utendi fruendi*.

Nonostante una pubblicazione postuma che l'autore era certo di vedere di lì a poco alle stampe porti con sé tanta tristezza e nostalgia per chi ne assume l'iniziativa, ho ritenuto di mandare in stampa il saggio nell'immediatezza della sua scomparsa. Il testo elegante e tagliente viene pubblicato come lo aveva predisposto l'autore; mi sono limitata a completare le note che erano già inserite, là dove qualche informazione sul titolo o sulla datazione dell'opera citata era ancora da cercare, e a inserire i paragrafi dei rinvii interni dove erano stati previsti. Per il supporto in tale lavoro, ringrazio la collaborazione attenta di Sabrina Lo Iacono, ricercatrice presso l'Università degli Studi di Milano. In calce sono stati aggiunti l'indice delle fonti e quello degli autori che Zuccotti aveva peraltro già indicato nell'indice sommario; per la loro redazione sono grata a Linda De Maddalena, 'senior researcher' presso l'Universität Bern'.

Iole Fagnoli

---

<sup>4</sup> Cfr. alla fine del § 39 dell'opera.

# I.

## Introduzione

### *1. Un argomento pressoché scomparso in dottrina*

Anche la recente storia degli studi di diritto romano, per quanto ciò possa apparire magari strano ad una considerazione affrettata e distratta, risulta non poco segnata da mode e tendenze ricorrenti, in cui determinati argomenti giungono a segnare ridondantemente un determinato periodo e poi, tramontata tale temperie, tendere fortunatamente a scomparire o in ogni caso a scemare nella loro dapprima martellante ricorrenza: si ricorderà infatti, forse non troppo indiretti strascichi della *nouvelle vague* degli anni Ottanta teorizzata da Mario Talamanca, l'imperversare nel decennio successivo di argomenti di «ecologia», che attribuivano a forza tale dimensione ambientalistica a ignari giuristi romani che, quand'anche risolvessero fattispecie muovendosi in direzione analoga, lo facevano in ogni caso partendo da presupposti e impostazioni del tutto alieni da tali ideologie, o ancora si ponga mente alla recente trovata di coniugare la nostra disciplina con l'arte antica, pensata che, partendo da casi in certo modo più puntuali e giustificati come quello di Decio Mure nei quadri di Rubens<sup>1</sup>, ha poi tracimato in lavori dove il diritto romano diveniva soltanto un pretesto rispetto ad opere pittoriche o plastiche che solo alla lontana possono avere a che fare con aspetti propriamente giuridici, ovvero, si pensi altresì alla moda di inventarsi un diritto romano dei cibi e delle bevande alcoliche, contaminando la nostra una volta più austera materia con le istanze pseudoaccademiche delle improbabili facoltà di scienze gastronomiche nonché di diritto cosiddetto alimentare<sup>2</sup>.

Ma altresì da un punto di vista più serio e per così dire strutturale, vi sono temi di ricerca che non a caso, a parte più o meno sparute eccezioni, sono in pratica scomparsi dagli argomenti che hanno interessato la romanistica dell'ultimo cinquantennio dopo aver invece conosciuto un certo succes-

---

<sup>1</sup>) L. GAROFALO, *Rubens e la devotio di Decio Mure*, Napoli, 2011.

<sup>2</sup>) Si veda, secondo falsarighe più seriamente storico-giuridiche, I. FARGNOLI, *I piaceri della tavola a Roma antica. Tra alimentazione e diritto*<sup>2</sup>, Torino, 2021.

so ed una relativa importanza nella dottrina precedente. Si pensi, ad esempio, al problema dell'«*unus casus*» misteriosamente prospettato a proposito del *dominus* attore nella *reivindicatio* nonostante sia già in ipotesi possessore, prospettato dalle *Institutiones* giustinianee (4.6.2), che sul finire del diciottesimo secolo è addirittura assunto a titolo di monografie<sup>3</sup> per poi ridursi, negli ultimi decenni, dopo alcuni lavori ancora intenzionati a risolvere tale mistero<sup>4</sup>, a pochi articoli di taglio più che altro compilatorio<sup>5</sup>.

E, senza indugiare oltre in un rimpianto del diritto romano d'*antan*, è certo che anche l'argomento di queste pagine è per lo più un problema che ha interessato e non poco la dottrina meno recente<sup>6</sup>, ma che ultimamente, con poche sparute eccezioni, sia pur altresì recenti<sup>7</sup>, è come scomparso dagli abituali orizzonti delle ricerche romanistiche, pur trattandosi di una indagine vertente non solo su di un tema anch'esso piuttosto misterioso e quindi non poco interessante, ma altresì di un tema che consiste addirittura in una formula processuale, che per di più si inserisce in un ambito processuale relativamente limitato quale quello delle azioni relative agli *iura in re aliena*, per cui il fatto che tra esse vi sia un'azione di cui non si conosce la natura e la funzione non può che suscitare un certo stupore e non poca curiosità.

Probabilmente, del resto, il fatto che l'argomento dell'*actio prohibitoria* non desti soverchi interessi nella romanistica più recente è altresì dovuto a problemi metodologici e alle tecniche di indagine oggi seguite: in effetti, a tale azione accennano solo isolati testi nelle compilazioni giuridiche, e per di più alludendo a tale mezzo di tutela senza spiegarcelo sufficientemente ed anzi, sembrerebbe, celando piuttosto che esplicitando, come si vedrà, quel poco che essi ci potrebbero può darsi dire. La ricerca, quindi, deve giocoforza procedere oltre l'insufficiente dettato degli scarsi testi in materia, intuendo prima e dimostrando poi, per quanto possibile, ciò che essi omettono di dire,

---

<sup>3</sup>) R. HENLE, *Unus casus. Eine Studie zu Justinians Institutionen*, Leipzig, 1915 (cfr. tra l'altro F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del Convegno in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001», Milano, 2011, p. 432 nt. 215).

<sup>4</sup>) J.H.A. LOKIN, *Sane uno casu*, in «Satura R. Feenstra», Freiburg, 1985, p. 251 ss.

<sup>5</sup>) Si veda – specie in relazione alla tesi di V. SCIALOJA, «*Unus casus*». *Interpretazione del § 2 in Ist. de act. 4,6*, in «Studi giuridici V. Simoncelli», Napoli, 1917, p. 509-524. – M. PENTA, *Casi dubbi di legittimazione attiva all'azione di rivendica*, in «Teoria e Storia del Diritto Privato», I, 2008, p. 6 ss (estr.).

<sup>6</sup>) Cfr. *infra*, § 7.

<sup>7</sup>) F. BRANDSMA, *The actio prohibitoria: a Byzantine exegesis of Ulpian D. 7,6,5 pr.*, in «Interpretationes Iuris Antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura» – cur. T. Finkenauer, B.A. Sirx –, Wiesbaden, 2018, p. 1 ss.

ed è chiaro come una simile ricostruzione, normale in epoche passate ove era abituale tentare di arrivare, al di là dell'attuale tenore dei passi postclassici e giustinianeî, al loro verosimile dettato classico, è divenuto alquanto più arduo al giorno d'oggi, in cui una pur generica accusa di ritorno al metodo interpolazionista è da tempo, per la più parte dei cosiddetti romanisti, tale da bloccare sul nascere qualsivoglia tentativo di ricostruzione in tal senso<sup>8</sup>. Il che, a ben vedere, non ha soltanto segnato un mutamento di metodo, ma altresì un diverso panorama delle ricerche possibili, aprendo così la strada a temi una volta impensabili come quelli ricordati ed altresì a indagini più serie e per così dire tradizionali, ma di differente taglio, e precludendo in pratica ogni percorribilità a quelle ricerche che necessariamente esigevano metodi esegetici ormai non più accettabili per la comune dottrina. D'altra parte, nel succedersi delle generazioni e nell'involgersi della nostra materia, sta in non poca parte perdendosi anche l'attenzione verso gli aspetti specificamente processuali del diritto romano, e quindi stanno per lo più smarrendosi altresì quelle immediate e quasi istintive competenze in materia indispensabili per una considerazione globale di simili problemi, con il risultato di rendere estranee se non un poco ostiche a numerosi giovani cultori della nostra disciplina indagini come quella in questione.

Io stesso, del resto, se mi è consentito questo lieve accenno biografico, rimando da quasi quarant'anni il ritornare a occuparmi di tale argomento, che aveva costituito l'oggetto della mia tesi di laurea, discussa nel novembre del 1981 con Arnaldo Biscardi<sup>9</sup> e da lui seguita con particolare attenzione proprio in vista del tema che avevo scelto tra quelli da lui propostimi, e che tentava da tempo senza riuscirvi – così mi disse – di fare approfondire da un laureando. Ne nacque un lavoro affrontato, devo dire, in maniera alquanto audace, secondo un'ipotesi ricostruttiva alquanto innovativa e certo non poco temeraria, ma che piacque al Maestro in quanto l'idea centrale circa tale azione ed i problemi di tutela dell'esercizio dell'usufrutto ad essa collegati risultavano dopotutto sufficientemente motivati e soprattutto, almeno nell'indulgenza di Arnaldo Biscardi, perveniva ad un relativo riordino e ad un chiarimento accettabile dei non pochi problemi in materia. Il problema sotteso però a tutto questo, ed il motivo per cui ho aspettato tanto a riprendere questo tema, di cui pur la soluzione allora forse un po' ingenuamente propo-

---

<sup>8</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in «Legal Roots», II, 2013, p. 141 ss., e *Considerazioni minime sulla terminologia tardo antica negli interventi sui testi giuridici classici*, in «RDR», XXII (n.s. VII), 2022, p. 1 ss. (estr.).

<sup>9</sup> Dal titolo «*Actio prohibitoria usus fructus e problemi connessi: l'esercizio del diritto di usufrutto nei suoi aspetti processuali*».

sta mi convince sempre, sta nel fatto che avevo affrontato tale ricerca tenendo ovviamente presente la letteratura in materia allora disponibile, ossia una dottrina per lo più risalente a circa un cinquantennio prima, il che com'era naturale mi aveva condotto ad accettarne anche i metodi di indagine, che in buona parte avevo fatto miei con il candore, per così dire, del neofita: cosicché, se anche sapevo dai miei precedenti e pur limitati studi universitari di diritto romano che l'interpolazionismo era metodo in linea di massima non poco superato, nella ricerca non avevo purtuttavia esitato a seguire pur con qualche prudenza tale impostazione di massima, operando specie attraverso l'ipotesi di un'alterazione dei testi in materia una ricostruzione deduttiva dei dati mancanti e procedendo a congetture talvolta altresì induttive per colmare le lacune esistenti in ordine a tale complesso di mezzi processuali, secondo un disegno ricostruttivo che del resto mi sembra ancora costituire l'unica via possibile in una indagine conclusiva su tali argomenti.

Se la mancanza di sufficienti fonti e il carattere inevitabilmente deduttivo di ogni discorso praticabile circa l'*actio prohibitoria* e il connesso sistema di tutela dell'esercizio dello *ius utendi fruendi* mi ha quindi in qualche modo trattenuto per tanti anni dal riprendere in mano tali ricerche, della bontà di fondo dei cui risultati sono sempre peraltro rimasto persuaso, la situazione odierna mi costringe come tutti a una pausa forzata che mi permette di tornare ad occuparmene, anche in quanto col tempo mi sono convinto sempre più che la perdurante ostilità verso ogni impostazione sia pur accorta e misurata di genere interpolazionistico abbia condotto a risultati per lo più peggiori degli stessi eccessi di segno opposto cui la nuova tendenza dottrinale viceversa conservativa intendeva reagire, e che dunque non è inutile riconsiderare tali preclusioni metodologiche ed in particolare affrontare di nuovo ricerche che presuppongano una serrata critica del dettato testuale pervenutoci<sup>10</sup>.

## 2. Il problema dell'*actio prohibitoria* e le questioni ad essa connesse: una ipotesi ricostruttiva

In una rapida visione di insieme, i principali problemi che riguardano l'azione proibitoria ed in generale la tutela dell'esercizio dell'usufrutto si possono sintetizzare innanzitutto nel fatto che di tale formula ci danno notizia soltanto un passo del *Digesto* (7.6.5.pr.) che la pone come azione spettante al *dominus fundi* contro il *fructuarius* al pari dell'azione negatoria, nonché alcuni *scholii* dei

---

<sup>10</sup>) Cfr. *supra*, nt. 12.

*Basilici*, alquanto problematici nella loro stessa intrinseca congruenza, che si muovono in linea di massima nella medesima direzione<sup>11</sup>.

Ma l'aspetto oserei dire più inquietante di tale complesso di questioni è costituito dalla scomparsa dal *Corpus Iuris*, in pratica, di ogni notizia relativa alla tutela interdittale dello *ius utendi fruendi*, in ordine a cui pur i *Vaticana Fragmenta* (90-93) attestano l'esistenza di vari mezzi di tutela di questo tipo e, in particolare, non solo, verosimilmente, dell'interdetto *utimini fruimini*, ma altresì di un non ben chiaro mezzo di tutela di tale tipo indicato con le parole '*si uti frui prohibitus esse dicitur*'<sup>12</sup>. A tale estrema scarsità di attestazioni circa la tutela interdittale dell'usufrutto fa riscontro, nel *Digesto*, la comparsa di soluzioni di altro genere che, in ultima analisi, sostituiscono questa tutela *de facto* e riguardano il normale svolgersi del suo corretto esercizio, proponendo quindi per tali problemi relativi alla protezione della situazione di fatto esistente – che nel diritto classico, non è inutile il ripeterlo, costituiscono appunto l'oggetto del sistema degli interdetti – mezzi processuali nuovi e sconosciuti, assolutamente peculiari al solo usufrutto e del tutto diversi, in particolare, da quelli che competono per le servitù prediali e gli altri diritti reali sulla cosa altrui: modi di tutela che dunque appaiono con ogni probabilità peculiari innovazioni giustiniane, di cui rimangono da individuare le ragioni.

In particolare, si parla di '*per arbitrum cogere*'<sup>13</sup> l'usufruttuario a provvedere ai suoi obblighi riguardo alla *res* oggetto del diritto, e segnatamente per quanto concerne la sua *refectio*: aspetto che avvicina, secondo vari autori, tale fantomatico mezzo di tutela – del quale le fonti non ci dicono molto in ordine alla sua concreta esplicazione – alla *stipulatio* prestata a garanzia di tali obblighi nella *cautio fructuaria*, ma dalla quale appare peraltro distinguersi in maniera netta e immediata in quanto, mentre la *cautio* riguarda un pregiudizio già compiutosi, il '*per arbitrum cogere*' risulta diretto non al risarcimento di un danno già verificatosi, ma ad impedire tale danno ancor prima che si realizzi, costringendo l'usufruttuario a provvedere a quanto necessario e in primo luogo appunto alla *refectio* prima che le conseguenze della sua mancanza si aggravino. In tale prospettiva, l'ambito operativo di tale non chiaro mezzo di tutela risulta dunque avvicinarsi se non senz'altro sovrapporsi nel perimetro applicativo classico degli interdetti.

Inoltre le fonti a disposizione affermano che l'usufruttuario, nel caso che gli venga negato dal vicino l'uso di una servitù, dovrà agire contro di esso

---

<sup>11)</sup> Cfr. *infra*, §§ 30 e 31.

<sup>12)</sup> Cfr. *infra*, § 8.

<sup>13)</sup> Cfr. *infra*, cap. III.

mediante la *petitio usus fructus*<sup>14</sup>, in una singolare e alquanto strana esplicazione di tale formula che, oltre a piegare questa azione a scopi del tutto diversi da quelli che le sono propri, contrasta con le coordinate generali della legittimazione attiva e passiva alle *actiones* relative agli *iura in re aliena* attestateci, come si vedrà, per quanto riguarda il diritto classico, che le circoscrivono ai *domini* dei due fondi interessati<sup>15</sup>. E se si tiene presente come in tale contesto giuridico ogni questione relativa all'esercizio delle servitù venisse risolta in via interdittale sulla base della situazione di fatto esistente, mentre sollevare il problema *de iure* circa l'esistenza in diritto della servitù era argomento giudiziario del tutto precluso all'usufruttuario, non dovrebbe stupire che anche qui si possa sospettare, classicamente, un normale ricorso all'interdetto, poi fatto scomparire dai giustinianeî sovrapponendovi tale preteso '*petere usum fructum*', con il non casuale risultato di escludere in concreto qualsiasi riferimento alle concrete modalità di esplicazione di tale tutela per limitarsi appunto ad una generica ed anodina enunciazione del suo scopo pratico<sup>16</sup>.

E si tenterà di mostrare come le ragioni di tale «censura» giustiniana si ricolleghino essenzialmente alla ostilità propria di tale contesto culturale verso l'autotutela privata che stragiudizialmente dava le mosse al sistema della protezione interdittale, ossia alla *prohibitio* del *dominus* che, formalmente ovvero in via meramente fattuale, inibiva o in ogni caso impediva all'usufruttuario di continuare nell'esercizio del proprio diritto, ed alla quale questo reagiva, così come anche nel caso che l'impedimento provenisse da un terzo, appunto intentando un interdetto: una *prohibitio* che è comportamento affatto normale in tale sistema di tutela, e di cui le trattazioni in tema di *interdicta de servitute* recano ancora, nonostante lo sfavore giustiniano, non trascurabili tracce, ma di cui le esplicazioni in tema di usufrutto dovevano essere troppo dirette ed esplicite per poter essere mantenute intatte nelle trattazioni riportate nel *Digesto*<sup>17</sup>, e che dunque furono sostituite da innocui riferimenti ad un ipotetico '*per arbitrum cogere*' l'usufruttuario in particolare alla *refectio* ovvero al suo preteso '*petere usum fructum*' al fine di rivendicare nei confronti del vicino l'esercizio della servitù dovutagli<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup>) Cfr. *infra*, cap. IV.

<sup>15</sup>) Cfr. *infra*, in particolare § 22.

<sup>16</sup>) Cfr. *infra*, § 26.

<sup>17</sup>) Cfr. *infra*, § 18.

<sup>18</sup>) Il tema della '*prohibitio*' risulta essere stato piuttosto trascurato dalla dottrina (cfr. tra l'altro G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di opera nuova come forme di autotutela cautelare*, in «SDHI», VII, 1941, p. 213 ss.) ed anzi ha prodotto risultati piuttosto fuorvianti (cfr. tra l'altro M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in «AUPA», XLVIII, 2003, p. 85 ss.).



Se queste sono le direttrici generali su cui si muoverà la trattazione rinvenendone per quanto possibile le riprove nel quadro del sistema di tutela dell'esercizio dell'usufrutto e delle sue coordinate classiche di ordine interdittale, per quanto riguarda infine il problema dell'*actio prohibitoria ususfructus* questa ricerca muoverà a tale scopo da un punto di vista alquanto eterodosso rispetto ai lacerti testuali che risultano, nella stesura giustiniana e bizantina farne un mezzo processuale a tutela del *dominus fundi*, così come anche normalmente accettato dalla moderna dottrina, rintracciandone invece il fine e la funzione in una formula apprestata viceversa per il *fructuarius*: anche qui la dimostrazione non potrà che essere indiretta e deduttiva, ma si può sin d'ora osservare, anticipando, come nel quadro della tutela dell'usufruttuario risulti, allo stato delle fonti, sussistere una lacuna piuttosto vasta e importante, che lo rende in pratica senza difesa alcuna in una situazione non usuale ma per nulla impossibile, ossia quella della *res* detenuta e usata da un altro soggetto che si pretenda a sua volta usufruttuario di essa; contesto in cui, sembrerebbe, il problema da risolvere giudizialmente era una *quaestio de iure* in quanto appunto relativa alla spettanza in diritto dello *ius utendi fruendi*, che non poteva evidentemente essere risolta in via interdittale come *quaestio de facto*. Una lacuna che, del resto, ben difficilmente avrebbe potuto presentarsi nel sistema formulare senza che sorgesse la necessità, com'era del resto inevitabile, di risolverla apprestando un apposito mezzo di tutela<sup>19</sup>.

Se infatti le azioni dirette all'accertamento *de iure* dello *ius utendi fruendi* già note sono la *petitio* e la *negatoria*, in astratto idonee a risolvere altresì la spettanza del diritto fra due pretesi *fructuarii* (una per affermare il proprio diritto, l'altra per negarne la spettanza all'avversario), ma in concreto precluse in questo caso all'usufruttuario poiché, nelle costruzioni della giurisprudenza classica, la confessoria risultava intentabile esclusivamente contro il *dominus* e l'altra esperibile solo da parte di quest'ultimo, non appare per nulla inverosimile che i *prudentes* abbiano risolto il non secondario problema della lite tra i due pretesi usufruttuari circa la spettanza del diritto introducendo appunto un'*actio prohibitoria*, in cui l'attore non affermava in assoluto la sussistenza del diritto (*ius mihi esse utendi fruendi*) né lo negava nella sua stessa esistenza (*ius tibi non esse invito me uti frui*), dato che tali questioni potevano essere sollevate unicamente in una causa in cui fosse parte il nudo proprietario, ma si limitava, su di un piano per così dire minore, ad affermare il proprio diritto di inibire – *prohibere* – alla controparte di esercitare l'usufrutto conteso (*ius mihi esse tibi prohibere uti frui*), pervenendo così allo stesso risultato pratico – l'accertamento della sussistenza o meno dello *ius prohibendi* avrebbe in effetti ri-

---

<sup>19</sup>) Cfr. *infra*, § 28.

soltanto la questione particolare della spettanza di tale diritto tra i due litiganti – ma senza andare a toccare locuzioni che nel tecnicismo processuale delle *formulae* erano riconnesse costruttivamente a questioni nonché a parti della causa del tutto diverse<sup>20</sup>.

Mentre quindi la decisiva presenza in tale *conceptio verborum* di uno «*ius prohibendi*», per la sensibilità giustiniana immediatamente connesso alla facoltà di eseguire secondo diritto (*iure*) una *prohibitio*, potrebbe agevolmente spiegare il motivo del silenzio e le «censure» del *Corpus Iuris* in ordine a tale mezzo di tutela, per converso questa spiegazione dello *ius prohibendi* e quindi dell'*actio prohibitoria* risulterebbe in maniera sufficientemente armonica inserirsi nel sistema di tutela di cui si è fatto cenno, e in particolare nel contesto della corrispondenza tra la *prohibitio* stragiudiziale del *dominus* e l'interdetto ad essa relativo con cui reagiva l'usufruttuario: lo *ius prohibendi*, infatti, proprio in quanto relativo non alla sussistenza in diritto dello *ius utendi fruendi* – questione sollevabile soltanto, come si è detto, in un giudizio tra *fructuarius* e *dominus* –, ma al mero diritto di inibirne l'esercizio, si richiamava infatti ad un atto stragiudiziale o a un mero comportamento che di fatto impediva lo sfruttamento del diritto, e se anche il suo accertamento o meno in capo ad uno dei due pretesi *fructuarii* risolveva *de iure* la questione della spettanza dello *ius utendi fruendi*, tale accertamento non pregiudicava in nulla la posizione del *dominus*, che in ogni caso avrebbe sempre potuto far valere la libertà della *res* da tali *iura in re aliena* – o da uno dei due diritti contrapposti – agendo con la *negatoria* o, nel caso l'usufruttuario avesse perduto la detenzione della cosa, resistendo nella *confessoria*<sup>21</sup>.

Per un verso, infatti, attraverso un coerente uso del verbo «*prohibeo*», risultano venire a saldarsi tre differenti forme di tutela – un atto stragiudiziale, un interdetto ed un'azione – assimilati e uniti dalla nozione di impedimento e inibizione recati all'esercizio dell'usufrutto, ma soprattutto, d'altra parte, si perviene ad individuare una motivazione unitaria dell'atteggiamento dei compilatori giustiniani verso tali mezzi di tutela, dato che verosimilmente fu appunto l'ostilità dei bizantini nei confronti della autotutela stragiudiziale del *dominus* a condurli a cancellare o a mutilare le trattazioni in materia, oscurando pressoché ogni riferimento alla *prohibitio* così come al «*prohibitus esse*» interdittale e allo *ius prohibendi* dell'azione<sup>22</sup>: se infatti i compilatori lasciano normalmente sopravvivere molti aspetti della tecnica formulare nonché della procedura interdittale nei testi in particolare del *Digesto*, l'obsolescenza di

---

<sup>20</sup>) Cfr. *infra*, § 35.

<sup>21</sup>) Cfr. *infra*, § 36.

<sup>22</sup>) Cfr. *infra*, § 12.

questo tipo di processo lasciava nondimeno loro i più ampi spazi di manovra qualora per qualsiasi motivo determinati mezzi di tutela ad esso legati non si accordassero con le concezioni coeve, ed era loro agevole tradurre in termini in qualche modo apparentemente classici (*'per arbitrum cogere'*, *'petere usum fructum'*) espedienti processuali che rispettavano in qualche modo il solo concreto fine pratico di tali strumenti, ed in maniera piuttosto anodina, nel quadro della cosiddetta *cognitio extra ordinem*, ma che in una prospettiva formulare ne offuscavano del tutto l'operatività tecnica e l'ipotetica natura loro propria nell'originario contesto processuale classico.

Inoltre, come si vedrà, l'*actio prohibitoria* aveva una sua logica e una sua funzione nell'ambito del processo formulare, dove il tecnicismo dei *verba* usati si riverberava direttamente sulla struttura stessa del mezzo processuale e sul suo perimetro applicativo, ricollegandosi in particolare alle questioni relative alla legittimazione attiva e passiva da questo implicato: nel diritto classico, quindi, non potendo in questo caso l'usufruttuario agire con la confessoria, né tantomeno con la negatoria, contro un altro preteso usufruttuario, si rendeva quindi imprescindibile il ricorso ad una diversa azione, ossia appunto la *prohibitoria*. Ma nel contesto giustiniano, tramontata per sempre la tecnica formulare e vigendo la *cognitio extra ordinem*, tali preclusioni connesse alla legittimazione ad agire o a resistere non dovevano avere come si vedrà più senso, e la lite tra i due pretesi usufruttuari diveniva così molto più agevolmente risolvibile nell'ambito generico di un'azione volta semplicemente a tale accertamento e verosimilmente attratta nell'ambito classificatorio delle normali azione relative agli *iura in re aliena*, ossia ancora una volta la confessoria e la negatoria, né vi era più la menoma necessità di tenere distinta da esse l'azione *prohibitoria*: cosicché questa diveniva inutile non solo, come ovvio, quale specifico mezzo processuale, come tutte le altre azioni formulari, ma altresì come modo per indicare un particolare scopo processuale, in cui invece le altre normali formule conservavano un'utilità dogmatica altresì nel diritto bizantino, fine in vista del quale vennero com'è noto conservate nel *Digesto*. Non risulta quindi affatto strano che i giustinianeî possano aver deciso di cancellare pressoché del tutto la memoria di tale azione, che già nel proprio nome suscitava la loro ostilità in vista del suo immediato riferimento ad uno *ius prohibendi* ricollegantesi nella maniera più diretta ad un ormai riprovato atto di autotutela privata <sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>) Cfr. *infra*, § 13.

### 3. Del buon uso della metodologia interpolazionistica

È noto come verso la metà del secolo scorso l'ancora dominante metodo interpolazionista – anche se l'usuale visione unificante e livellatrice di esso da parte della romanistica è più che altro frutto di una semplificazione successiva – incontrò una decisiva reazione che portò non solo al suo superamento, ma altresì ad una sorta di assoluto rifiuto di tale tecnica di interpretazione delle fonti: e se ciò accadde forse non a caso quando lo stesso interpolazionismo tendeva ormai da sé a staccarsi dai suoi aspetti più estremi, superando l'iniziale fase in cui si era portati a gettare in una sorta di «pattumiera» triboniana tutto ciò che non apparisse perfettamente classico, per pervenire invece a una critica del testo che distinguesse le varie stesure – classica, tardoantica e giustiniana – sottese alle fonti pervenuteci, è soprattutto da notare come in realtà la reazione a tale metodo andò poi molto oltre le più limitate intenzioni dei suoi stessi propugnatori, e di fatto si trasformò sovente in una supina accettazione dei testi quali erano pervenuti, in una sorta di assurda sacralità intangibile della lettera compilatoria che finiva col precludere ogni reale discorso critico circa la loro attuale stesura, ed in una corrispondente percezione in termini come di empia eresia di qualsivoglia tentativo di studiare un passo andando al di là del suo dettato letterale. La analisi interpolazionistica, e così per vari versi la stessa critica testuale, era quindi costretta a rifugiarsi per così dire nelle catacombe, mentre il sapere romanistico di tanti decenni in buona parte cadeva quasi nell'oblio, cosicché, tra l'altro, appare notevole come ad esempio Antonio Guarino giungesse a consigliare ai giovani di consultare comunque, ma di nascosto e senza dirlo a nessuno, l'«Index Interpolationum».

Se dunque è innegabile che l'interpolazionismo in vari casi travalicò ogni limite persino di sensatezza e giunse ad «eccessi» ipercritici persino al limite del ridicolo, che non è qui il caso di ricordare anche in quanto già ampiamente sottolineati dalle usuali pagine del «genuinismo» imperante, appare per converso da sottolineare come la stessa reazione cosiddetta antiinterpolazionistica si rivelò alla lunga, pur nell'ovvia presenza di validissimi studiosi tra le sue file, l'usbergo in non poca parte di una cattiva romanistica che, inidonea a pervenire ad una effettiva analisi del testo, poté così limitarsi ad una mera parafrasi, talvolta persino al limite del parodistico, delle fonti affrontate, affidandosi nel caso a funambolici contorcimenti interpretativi pur di non toccare neppure in minima parte la versione pervenutaci delle fonti giuridiche.

In tale imbarazzante temperie, in cui la disposizione di Giustiniano con cui egli dava ordine ai compilatori del *Digesto* di «adattare» i testi dei giuristi classici al diritto coevo, rimaneva tutt'al più un vago ricordo del primo anno

universitario e dell'esame di storia del diritto romano, non è quindi troppo raro imbattersi, per limitarsi ad un esempio estremo, in opere che intitolano pressoché tutti i paragrafi «esegesi di» un dato passo ma senza recare in realtà alcuna vera «esegesi», quasi in una satirica e involontaria caricatura del proprio procedere alla cieca, o incontrare pretesi studiosi che, pur di non attribuire a un copista o ad un epitomatore, cadendo nel «politically incorrect», un evidente svarione del testo, preferiscono ritenere che in esso sia lo stesso Ulpiano a risultare in esso distratto se non un po' stordito: né mancano ancora più astuti scrittori che – di fronte a censure di un passo segnalate dall'«Index Interpolationum» che, come spesso accade nella diversità delle interpretazioni, risultano di segno opposto – affermano che è in ogni caso inutile andarle a vedere in quanto esse, poiché antitetiche, si escluderebbero a vicenda, in una ingenua e grossolana visione di tali problemi in cui, sembrerebbe, si presuppone che non solo la *virtus*, ma anche la *veritas*, debba chissà perché stare per forza *in medio*.

Se si indulge digressivamente a tali esempi non è per un vuoto compiacimento polemico, ma soltanto per mostrare come, secondo prospettive che forse ormai iniziano a farsi spazio in dottrina, ci si incomincia a rendere conto che, oltre ai cosiddetti «eccessi» dell'interpolazionismo, si dovrebbe può darsi tenere altresì presenti le talvolta esorbitanti esagerazioni dell'opposto «genuinismo», e magari sorridere degli scandalizzati lai e strida che i suoi virginali sostenitori levano di fronte ad ogni minimo sospetto di un pur menomo ed episodico ritorno all'interpolazionismo: l'analisi delle fonti, anche secondo i più infimi criteri di critica testuale, appare pretendere una inevitabile nuova analisi, se non una palinodia, delle posizioni correnti in argomento, e la necessità di una reale esegesi dei testi impone che non ci si debba fermare imbarazzati ed impotenti di fronte alla proposta di una qualsiasi pur prudente ipotesi di trasformazioni e mutamenti del testo originario: in effetti, stando ai coevi guardiani in armi della rivoluzione antiinterpolazionistica, sembra blasfemo pensare anche solo ad una lieve mancata corrispondenza tra la versione classica e quella giustiniana, che tende ad essere data sicuramente per genuina sino ad una compiuta e incontrovertibile – e quindi il più delle volte in pratica impossibile – prova del contrario: senza rendersi conto di come una simile prospettiva abbia ormai fatto il suo tempo – nascendo per di più tale visione da una distratta degenerazione delle originarie istanze metodologiche che reagivano all'interpolazionismo – e come in pratica essa finisca con l'essere d'ostacolo ad ogni possibilità di rinnovamento e di cosiddetto progresso della nostra disciplina, che ha perso ormai in buona parte l'abitudine a quella che era la sua stessa ragione di essere e la sua giustificazione ultima nel panorama accademico, ossia la capacità di

leggere un testo al di là della sua apparenza.

Premesse tali brevi osservazioni – anche a parziale spiegazione del forse provocatorio sottotitolo scelto per queste note, ossia *Saggio di critica interpolazionistica* – resta soltanto da specificare che la sintesi tra interpolazionismo e conservazione del testo, qui propugnata, non vuole certo tornare a quella «critica delle parole» o ad altri aspetti estremi del primo dei due sistemi di analisi testuale, certo datati ed in linea di massima non più praticabili, e soprattutto non ritiene ovviamente possibile distinguere in modo manicheo tra ciò che è classico e dunque «bello» e ciò che non risulta tale e va quindi condannato alla geenna giustiniana come una scoria pressoché inutile, ma vorrebbe semmai tentare di rintracciare, nel carattere per così dire composito di non poche fonti, gli elementi risalenti ai diversi periodi e quindi, quando possibile, le stesure in linea di massima attribuibili rispettivamente al giurista classico, agli estensori tardoantichi nonché ai compilatori giustiniani, in una pluralità di prospettive che, pur attribuendo com'è inevitabile valore centrale alla versione classica, rispettino nondimeno le versioni successive nella loro dignità e le studino riferendole al loro specifico contesto e alle soluzioni, talvolta ingegnosamente innovative, che le caratterizzano: individuare una diversità di stesure non vorrebbe dunque essere semplicemente un mirare a ricostruire la sola versione classica di un passo, escludendo in negativo ciò che non le può essere attribuito, ma comprendere altresì i motivi che hanno condotto i post-classici o i bizantini a alterare il testo, studiandone e rispettandone le ragioni alla luce del particolare contesto giuridico in cui sono nate<sup>24</sup>.

Non stupirà perciò che il metodo di indagine qui seguito per indagare il ruolo dell'*actio prohibitoria* e per ricostruire in generale il sistema di tutela dell'esercizio dell'usufrutto sia appunto quello di muovere dai testi a disposizione – giustiniani ma altresì postclassici e bizantini – per tentare di individuare in primo luogo le ragioni della loro estrema né casuale laconicità sull'argomento e della non rara loro intrinseca contraddittorietà riguardo alle notizie che recano in ordine a tale azione, affrontando tali fonti in relazione al contesto in cui si situano ma indagando il loro dettato altresì alla luce della logica sistematica del diritto classico relativa alla tutela degli *iura in re aliena*, e dunque senza pregiudizialmente rifiutare la possibilità di lacune e silenzi per nulla involontari da parte loro, come anzi è agevole scorgere nel loro dettato ed in ciò che, nel loro dissimulare la situazione classica, appaiono direttamente implicare: ricostruendo quindi il ruolo e la funzione di questa azione non tanto in base alle più che scarse notizie recate dal *Digesto* e dagli *scholii* bi-

---

<sup>24</sup>) Cfr. ancora ZUCCOTTI, *Diabolus Interpolator*, cit., p. 176 ss., e *Considerazioni minime sulla terminologia tardo antica*, cit., p. 11 ss., 15 ss., 33 (estr.).

zantini in ordine ad essa, come si vedrà assolutamente insufficienti a tal fine, bensì soprattutto alla luce delle esigenze di completezza della protezione giudiziale in particolare del *fructuarius* ma altresì del *dominus* e dunque in base soprattutto agli aspetti rimasti scoperti nella presentazione giustiniana di tale tutela, e per converso guardando se, in seguito a tale ricostruzione deduttiva, le fonti in questione, alquanto carenti da un punto di vista espositivo e nella loro stessa logica giuridica, possano nel caso acquistare un più compiuto significato ed una maggiore coerenza consequenziale in quanto lette in maniera differente. Del pari, la ricerca in ordine ai mezzi di tutela indicati dai giustiniani con locuzioni quali *'per arbitrum cogere'* e *'petere usum fructum'* appare dover considerare innanzitutto il fatto che questi tengono sostanzialmente luogo dei compiti svolti nel diritto classico dalla protezione interdittale, cosicché anche qui l'indagine dovrà giocoforza rivolgersi in particolare alle precise tracce testuali che segnalano i probabili interventi compilatorii in tal senso. Un'operazione, questa, che sembra portare non solo a rintracciare l'originaria visuale classica sottesa ai testi in esame, ma altresì le verosimili ragioni e le modalità operative che hanno guidato in tale sorta di «censura» i commissari giustiniani, secondo prospettive del tutto naturali in tale diverso contesto giuridico.

La metodologia *lato sensu* interpolazionistica (forse meglio «neointerpolazionistica») implicata da tale procedere della ricerca, oltre ad essere in sintonia con le nuove e più moderate prospettive oggi praticabili, come si è accennato si rende inevitabile per la semplice ma risolutiva ragione che le fonti a disposizione, nel loro dettato testuale, risultano per vari versi incongrue e soprattutto insufficienti a fornire una compiuta spiegazione degli istituti in esame, come mostra in primo luogo lo stesso stato della dottrina in materia, rendendo quindi indispensabile, per giungere a una soluzione soddisfacente, andare oltre il loro aspetto attuale e raffrontarle con il complesso dei problemi da esse implicato quale risulta a noi conosciuto in relazione al diritto classico. E si è del resto accennato a come in effetti gli interventi e soprattutto le omissioni operati in tal senso dai commissari bizantini, come qui ipotizzato, non risultino affatto maldestramente casuali, né qui vengano distinti dalla versione classica in base ad una sorta di rifiuto contenutistico o peggio estetico, ma corrispondano viceversa a una precisa logica sintonica alle mutate coordinate del diritto vigente e comportino dunque una valutazione oggettiva del loro attuale dettato alla luce delle esigenze dell'ordinamento coevo, senza alcun pregiudizio valutativo nei loro confronti. Rifiutare simili contenute prospettive di diversità alla fin fine significherebbe sostenere che nella compilazione si usasse il diritto classico e non il diritto giustiniano: soluzione forse eccessivamente paradossale.

Ma in ogni caso è inevitabile pensare che queste pagine – ammesso che esse possano trovare qualche improbabile lettore, trattando per di più argomenti tecnico-processuali ormai fuori moda e magari non più alla portata di molti nuovi romanisti – provocheranno inevitabilmente qualche imbarazzo a chi per caso le scorra, contrariandolo nella sua irriflessa abitudine a considerare qualsivoglia spunto interpolazionista come ormai definitivamente superato e quasi contrario alle attuali regole della buona educazione universitaria, ed anche infastidendolo nel richiamare alla luce problematiche che non fanno più parte della sua preparazione e della sua sensibilità: ma forse tale ipotetico lettore potrebbe tenere al limite presente che quanto queste pagine recano può anche venire considerato solo una mera esercitazione accademica, mirante a ricostruire, più che la effettiva realtà, una possibile verità virtuale, logicamente argomentata ma soltanto ipotetica se non inesistente nel diritto romano storicamente verificatosi: quasi un gioco delle perle di vetro, se qualcuno di tali lettori ricorda di cosa si tratta, che si risolve in un innocente «divertissement», magari in senso quasi pascaliano, che come uno svago ed un dilettevole trastullo permetta di allontanarsi almeno per un poco dalla tristezza delle condizioni attuali della nostra disciplina per provare a costruire un differente universo del diritto romano, quale avrebbe potuto essere in una sorta di dimensione parallela distinta dal nostro cosmo, quasi in un ottimo mondo possibile. Se una simile chiave, per quanto singolare, potrà magari aiutare un immaginario ed in fondo inverosimile lettore a sopportare il contenuto un po' inattuale e controcorrente di queste note, rendendole come un'esercitazione di scuola ed accettando almeno quale ipotesi provvisoria ed in fondo irrealistica la possibilità di una simile interpretazione integrativa del dato testuale, ben venga anch'essa, né sembra il caso di adontarsene. Restano poi, ovviamente, i duri e puri del «genuinismo» ancora di moda, per i quali ovviamente una simile metodologia in odore di interpolazionismo non potrà essere che motivo di orrore e di scandalo: ma non mi sembra il caso di preoccuparsi troppo delle scarse e poco chiare idee di simili individui senza speranza, per i quali temo non vi sia proprio assolutamente nulla da tentare per salvarli.

#### ***4. Architettura logica della sistematica del diritto romano e possibilità di integrare almeno in parte le lacune esistenti***

Resta infine da osservare come tale ricostruzione che integra secondo falsari-ghe di verosimiglianza il dato testuale e lo completa in relazione alle necessità sistematiche del diritto classico può giovare di un ulteriore fattore, che par-



rebbe giungere a rassicurare la ricerca nei suoi parametri di riferimento generali, fornendole come a posteriori un possibile controllo che le serva da ulteriore riprova.

Ci si intende riferire alla architettura sistematica del diritto romano, che, specie per quanto riguarda gli argomenti qui trattati, risulta in effetti offrire una sufficientemente salda griglia di corrispondenze *lato sensu* dogmatiche e di ritorni costruttivi tale da fornire una guida relativamente sicura alle prospettive in linea di massima congetturali attraverso cui qui si procede.

In effetti, se il diritto di famiglia e delle successioni, pur rispondendo, specie il secondo, a principii complessivi razionali che in buona parte tendono a rimanere fermi, sono branche del diritto che devono in ogni caso tenere presenti i mutamenti cosiddetti sociali e non possono fare a meno di adeguarsi in non poca parte ad essi, più stabile risulta com'è noto la situazione dei diritti reali e delle obbligazioni, la cui intelaiatura globale si è in linea di massima mantenuta inalterata, essenzialmente, dai tempi romani sino ad oggi. Ma, in tale ambito di preservazione degli aspetti fondamentali delle architetture giuridiche, una delle massime corrispondenze si ha appunto in ordine alle azioni reali, dove ancora oggi la più parte delle discussioni in materia risulta svolgersi secondo paradigmi dogmatici per lo più risalenti al mondo giuridico romano ed alle elaborazioni teoriche da esso tracciate.

Tale specifica peculiarità sembra in effetti dovuta, oltre al perimetro dogmatico relativamente ristretto e concluso delle questioni e delle regole in esso rilevanti, al fatto che l'ambito delle azioni reali – in primo luogo *reivindicatio* e *actiones de servitute* e *de usu fructu* – si fonda su principii fondanti sufficientemente semplici ed immediati, connessi nella maniera più diretta alla struttura e alle finalità di tali mezzi di tutela e quindi in grado di regolare, secondo non troppo estesi paradigmi tecnici, le modalità in cui essi si trovano ad operare: in particolare, le questioni relative alla legittimazione attiva e passiva a tali azioni, la qualità di possessore del convenuto nella rivendica, la titolarità del fondo dominante o servente quale presupposto dell'essere parte in una confessoria o in una negatoria, sono aspetti che rinviano immediatamente ai principii costruttivi su cui si fondano tali azioni sin dai tempi delle *legis actiones*, e anche se dopo tanto tempo il diritto moderno può giungere a divergere, come si vedrà, dalle regole poste dai romani, lo fa in ogni caso muovendosi sempre in tale alveo problematico e raffrontandosi sempre e comunque con le soluzioni antiche.

Anche per quanto riguarda l'ambito interdittale, poi, si può notare come la specificità e la relativa compattezza di tale sistema di tutela dello stato di fatto gli abbiano in linea di massima consentito di preservarsi sufficientemente inalterato, ancora nella compilazione giustiniana, nelle sue linee essenziali,

anche perché il suo finire nella sua applicazione pratica insieme con l'epoca classica, a causa del suo intrinseco tecnicismo processuale legato al sistema formulare, ha evitato soverchi interventi nei testi che lo riguardano da parte dei postclassici e dei giustinianeî, o in ogni caso ha reso tali adeguamenti testuali agevolmente individuabili, altresì in vista dello scarso interesse che in tali epoche successive poteva esservi per tale peculiare tipo di procedura nei suoi aspetti tecnici.

Questi fattori, nel loro insieme, appaiono dunque costituire un possibile riscontro decisivo altresì a posteriori in ordine ai risultati ricostruttivi che qui verranno proposti, rendendo per tal verso accettabili, in ipotesi, le soluzioni circa la tutela dell'esercizio dell'usufrutto nonché in relazione all'*actio prohibitoria* anche in vista del loro inserirsi agevolmente nelle architetture logiche del sistema classico della protezione processuale degli *iura in re aliena*: una fiducia nella rassicurante presenza di un sotteso sistema giuridico razionale forse al giorno d'oggi ormai non più del tutto attuale, ed anzi magari, a giudizio di molti, retaggio di un passato concluso che le accomuna a tramontate concezioni metodologiche, ma di cui, a ben vedere, è del tutto impossibile fare a meno: per quanto infatti tale dimensione razionale e tale architettura rigorosa dell'oggetto della nostra disciplina non risulti oggi argomento tra i più graditi ai suoi cosiddetti cultori, che temono un ritorno al diritto romano «puro» ed altresì ai paradigmi teorici del vecchio interpolazionismo, sembra nondimeno da tenere presente, pur con tutte le cautele necessarie, che dette geometrie costruttive sono il più diretto portato di un ordinamento privatistico che si è in linea di massima sviluppato secondo una elaborazione giurisprudenziale, come tale per lo più priva di rassicuranti interventi autoritativi e quindi costretta a giustificare il proprio operato in base alla congruità logica dei suoi risultati, per cui qualsiasi eventuale scarto rispetto alle linee elaborative generali e alla linearità costruttiva in cui essa si muoveva sarebbe essenzialmente rimasta priva di ogni giustificazione razionale idonea a supportare l'ipotetica decisione in esame. Non appare quindi soverchiamente audace, per quanto oggi alquanto inattuale, affidarsi altresì a tale riscontro di congruità logica, né vagliare sulla base di un simile criterio a posteriori la verosimiglianza e la coerenza complessiva delle soluzioni cui si è pervenuti: soprattutto in una ricostruzione per molti versi estremamente congetturale come quella cui si intende qui procedere<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup>) Sulla linearità costruttiva si veda in particolare L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORLA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 127 ss.

## II.

# La scomparsa della tutela interdittale dell'usufrutto

### 5. Scarsi lacerti circa la protezione della situazione di fatto esistente relativa all'usufrutto

Se in dottrina si ammette e si dà come per scontata, in generale, l'esistenza di interdetti a tutela dell'usufrutto, tuttavia questo tema non ha soverchiamente interessato la letteratura romanistica, e non è quindi strano come non sia stato rilevato un aspetto che forse avrebbe dovuto colpire non poco gli studiosi e destare il loro stupore<sup>1</sup>.

Infatti leggendo in generale il settimo libro del *Digesto*, dedicato come si sa all'usufrutto, e scorrendo le sue nove rubriche, non è dato rinvenire un solo frammento, e neppure un solo paragrafo, che non dico tratti di tale tutela interdittale, ma che neppure la nomini di sfuggita.

A parte due luoghi che richiamano l'*interdictum quod vi aut clam* (D. 7.1.13.2, Ulp. 18 *ad Sab.*, e D. 7.4.6, Pomp. 5 *ad Sab.*), e quindi una forma di protezione non peculiare all'usufrutto, non vi è in effetti un solo passo che tratti della specifica tutela interdittale relativa allo *ius utendi fruendi*, né tantomeno, quindi, del suo specifico atteggiarsi soprattutto delle sue finalità concrete in ordine all'esercizio dello *ius in re aliena*: come se non interessassero affatto le utilità pratiche che queste ultime potevano rivestire nella tutela del *fructuarius* e del *dominus* e quindi nel conformare il complessivo regime specifico dell'istituto.

Questa totale indifferenza verso la protezione decretale si può agevolmente com'è ovvio sospettare, e per vari ordini di motivi, di origine giustiniana piuttosto che classica. A parte la circostanza che, come si è accennato,

---

<sup>1</sup>) Sulla tutela interdittale dell'usufrutto rinvio a G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1958, p. 410, e M. GARDINI, *Ricerche in tema di usufrutto. L'usufrutto del fondo*, Parma, 2012, p. 144 s. (cfr. R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini (cosiddette servitù personali)*, Napoli, 1913, p. forse 19 ss.).

nel diritto classico è indubbia la sussistenza – e quindi la specifica trattazione nelle opere giurisprudenziali – di interdetti relativi all'usufrutto, è infatti da notare come nel libro settimo non manchino tracce e lacerti di discorsi dei giuristi che dovevano in origine parlare di tale argomento, come risulta desumibile non solo dall'argomento trattato in vari frammenti, ma altresì dalla terminologia da essi impiegata. Vi è anzi un passo addirittura esplicito in tale direzione, che tuttavia – e ciò sembra oltremodo indicativo – non nomina affatto esplicitamente il mezzo processuale in questione, celandolo anzi dietro a un generico 'agit':

D. 7.1.60.pr. (Paul. 5 *sent.*): Cuiuscumque fundi usufructuarius prohibitus aut deiectus de restitutione omnium rerum simul occupatarum agit: sed et si medio tempore alio casu interciderit usus fructus, aequè de perceptis antea fructibus utilis actio tribuitur.

Se si tornerà in seguito su questo passo e sulla sua sufficientemente chiara allusione all'interdetto *unde vi* o meglio, com'è probabile, alla sua versione utile nell'ambito dell'usufrutto, sembra in ogni caso notevole come si tratti qui della sola sufficientemente univoca, sia pur per così dire subito interrotta, menzione di un interdetto relativo all'*uti frui*: e di fronte all'unicità isolata di tale riferimento, se solo si raffronta soltanto tale situazione con la trattazione delle servitù prediali nell'ottavo libro del *Digesto*, dove il riferimento alle implicazioni interdittali della loro tutela risulta normale e frequentemente nominata, tale silenzio diventa ancor più stupefacente e ridondante<sup>2</sup>.

In ogni caso, mentre nell'ottavo libro vi sono due passi che ricordano la tutela interdittale dell'usufruttuario (D. 8.5.2.2-3, Ulp. 17 *ad ed.*, e D. 8.5.9.pr., Paul. 21. *ad ed.*), così come ve ne sono in D. 39.2, '*de damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*', nel quarantatreesimo libro, specificamente dedicato agli interdetti, per un verso non vi è neppure una rubrica dedicata all'usufrutto – rispetto ai numerosi titoli dedicati alle servitù ma altresì al possesso nonché, ad esempio, alla superficie, al precario e all'ipoteca –, ma tuttavia vi sono alcuni passi in cui incidentalmente si ricorda l'usufrutto, sia in particolare in relazione alla clausola edittale '*si uti frui prohibitus esse dicitur*' (D. 43.16.3.13-17, Ulp. 69 *ad ed.*, e D. 43.16.10, Gai. 2 *ad ed. pr. urb. tit. de lib. c.*), sia in relazione ad altri interdetti quali l'*uti possidetis* (D. 43.17.4, Ulp. 70 *ad ed.*) o quello *de itinere*, a proposito della *retentio servitutis* (D. 43.19.3.4-5, Ulp. 70 *ad ed.*) ovvero dell'*interdictum quod vi aut clam* (D. 43.24.12, Venul. 2 *int.*, e D. 43.24.16.1,

---

<sup>2</sup>) Cfr. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 304 ss., B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*, Milano, 1969, p. 355 ss., nonché M. GARDINI, *Il regime giuridico delle servitù*, Parma, 2013, p. 175 ss.

Paul. 6 *ad ed.*) o ancora dell'attribuzione da parte di Giuliano dello *ius vindicandarum servitutium* al *fructuarium* (D. 43.25.1.4, Ulp. 71 *ad ed.*) e in ordine all'assenza di possesso in capo a quest'ultimo (D. 43.26.6.2, Ulp. 71 *ad ed.*, a proposito dell'*interdictum de precario*).

Se quindi non mancano nel *Digesto* accenni e riferimenti, per quanto non esposti in maniera sistematica ma soltanto occasionale, alla posizione interdittale dell'usufruttuario, anche nel settimo libro vi è un numero non trascurabile di luoghi ove, nelle parole cui ricorre il passo e nelle relative concettualizzazioni, non è affatto impossibile scorgere le tracce di una originaria trattazione che verteva altresì sulla tutela interdittale. Infatti, per quanto sia scomparsa ogni descrizione tecnica del meccanismo della *prohibitio* e della reazione processuale ad essa da parte del *fructuarium*, non mancano nondimeno le tracce di questi fenomeni in vista di un ricorso sia pur episodico appunto al verbo '*prohibeo*', che talvolta sopravvive nei testi giustiniane.

In particolare, appare notevole in tal senso un testo ulpiano (17 *ad Sab.*), D. 7.1.7.3, dove compare per la prima volta in tale libro del *Digesto* il verbo '*prohibeo*':

Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse. Neratius autem libro quarto membranarum ait non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa ut tectoria et pavimenta et similia facere, neque autem ampliare nec utile detrahere posse<sup>3</sup>.

Qui Nerazio si limita a dire che non si può «impedire» all'usufruttuario di provvedere alla *refectio*, così come non si può vietargli di arare o coltivare – e forse la forma negativa in cui è usato il verbo '*prohibeo*' ('*non posse ... prohiberi*') ha facilitato la conservazione inalterata del passo pur nell'ostilità compilatoria verso la *prohibitio*, anche se tale spiegazione, come si vedrà, è solo parziale –, ma l'aspetto più notevole è che qui il verbo '*prohibeo*' è usato in parallelo alla locuzione '*per arbitrum cogi*' che compare nella prima parte del testo, sempre in riferimento alla *refectio*: '*fructuarium per arbitrum cogi reficere*' assume dunque qui esplicitamente lo stesso valore di '*(non) posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat*', mostrando fino in fondo come il di per sé non ben chiaro procedimento attraverso cui si poteva costringere l'usufruttuario attraverso l'intervento di un *arbiter* a fare alcunché era un mezzo di tutela che ci riconduce all'ambito interdittale, venendo infatti indicato, nel suo risvolto negativo considerato da Nerazio, come un '*prohibere*' (si vedano, nell'immediata-

---

<sup>3</sup>) Cfr. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 162 s. e 272 s.

mente precedente D. 7.1.7.2, le parallele locuzioni ‘*neutrum cogi reficere*’ e ‘*reficere non cogitur*’), ossia come un impedimento all’esercizio dell’usufrutto mosso al suo titolare perché egli tenga un determinato comportamento, cui quest’ultimo reagisce nel caso appunto ricorrendo alla via interdittale: e si vedranno in seguito l’estrema importanza e le concrete modalità di esplicazione di tale forma di tutela contenziosa.

Analogamente, in D. 7.1.15.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*) si parla della liceità della *prohibitio*:<sup>4</sup>

Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius condicionem faciat. de quibusdam plane dubitatur, si eum uti prohibeat, an iure id faciat: ut puta doleis, si forte fundi usus fructus sit legatus, et putant quidam, etsi defossa sint, uti prohibendum: idem et in seriis et in cuppis et in cadis et amphoris putant: idem et in specularibus, si domus usus fructus legetur. sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri<sup>4</sup>.

Qui, in effetti, sembra notevole – oltre alla spiegazione empirica ma efficace di ‘*prohibere*’ con ‘*impedire*’ – come emerga dal testo che la *prohibitio* possa essere fatta *iure* o *non iure*, e quindi possa o meno risultare giustificata in base ai suoi presupposti (qui in particolare esemplificati attraverso l’uso di botti, giare e anfore e così via, che Ulpiano in linea di massima ammette, a meno di una diversa volontà del costituente, contro il parere di altri *prudentes*): ma tale alternativa circa la legittimità della *prohibitio*, al di là dei pareri giurisprudenziali in ordine alle sue singole estrinsecazioni, risulta in ogni caso implicare la necessità di un accertamento giudiziale e quindi di un mezzo contenzioso tale da valutarne la liceità, facendo quindi emergere in maniera esplicita il problema di un eventuale giudizio in ordine agli effetti di tale atto stragiudiziale, che come si vedrà appare in tutta verosimiglianza una procedura interdittale.

Lasciando per ora da parte il più problematico D. 7.1.60.1 (Paul. 5 *sent.*), che verrà affrontato in seguito, ma in cui in ogni caso si verte su di una *cautio* in cui chi è parte in una *reivindicatio* relativa al *fundus fructuarius* si deve impegnare a non *prohibere* l’esercizio dell’usufrutto (‘... *cavendum est, quod non sit prohibitorius frui eum, cui usus fructus relictus est* ...’), si può osservare come nel complesso non manchino dunque nei testi a disposizione le tracce di una *prohibitio* e quindi, si può inferire, di un sistema interdittale presupposto e con ogni probabilità trattato dai giuristi classici, fattore com’è ovvio estremamente rilevante nella ricostruzione congetturale della tutela dell’usufrutto attraverso tale mezzo processuale. Ma resta peraltro l’indubitabile circostanza

---

<sup>4</sup>) Cfr. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 104, 106 nt. 1, 132, 184, 262 e 470 s.

che tale sistema interdittale è pressoché scomparso dalle fonti giustiniane, che, se ne lasciano trasparire qualche lacerto, non ne parlano mai in maniera per così dire programmatica, e restano soprattutto da individuare le ragioni di tale peculiare atteggiamento dei compilatori, atteggiamento che in particolare per quanto riguarda l'usufrutto differisce notevolmente da quello da loro stessi seguito trattando del limitrofo istituto delle servitù prediali.

6. *La descrizione giustiniana dell'usufrutto  
e dei suoi aspetti contenziosi: sua congruità rispetto al diritto coevo*

In effetti i giustiniani presentano nel settimo libro del *Digesto* una trattazione dell'istituto che, con qualche eccezione, lascia piuttosto in ombra i suoi aspetti contenziosi, specie riguardo al concreto funzionamento dei loro meccanismi operativi in una prospettiva tecnico-processuale, tendendo anzi in linea di massima ad evitarli e a passarli sotto silenzio<sup>5</sup>. Ma sarebbe errato, come si accennava, ritenere che le scarse testimonianze recate in tale direzione dalla stesura di tale libro siano dovute a distrazione o a mera stanchezza nella revisione dei passi, ad esempio pensando che i ricordati D. 7.1.7.3 e D. 7.1.15.6 siano sfuggiti alla loro attenzione perché ricordavano la *prohibitio*, in negativo, quale comportamento non lecito o comunque di cui è da appurare la legittimità.

In realtà i compilatori, nel complesso, ci presentano una esposizione dell'istituto relativamente completa e più che soddisfacente, che analizza in maniera piuttosto compendiosa la casistica elaborata dai giuristi classici circa i diritti e gli obblighi del *fructuarium* e traccia quindi un quadro esauriente dello *ius utendi fruendi* nella sua interezza. Se si riuscisse a staccarsi, sia pur anche solo provvisoriamente, dalla prospettiva classica nella lettura dei testi della Compilazione ed in particolare del *Digesto*, probabilmente sarebbe possibile apprezzare meglio lo sforzo intrapreso in tale direzione dai bizantini ed i risultati non certo secondari da loro ottenuti in tal senso, dei quali il settimo libro è un non trascurabile esempio specie in vista dello sforzo di adattamento al diritto coevo di testi classici non sempre in sintonia con esso. Ma troppo spesso si dimentica che il *Digesto* è in ultima analisi un testo di diritto in primo luogo giustiniano (e che doveva quindi ovviamente soddisfare nei suoi risultati innanzitutto i suoi autori) e solo in maniera relativamente indiretta

---

<sup>5</sup> Sulla trattazione giustiniana dell'usufrutto cfr. in generale GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 73 ss.

una testimonianza circa il dettato dei *prudentes* del passato, pur nel riportarne i testi, circa il cui adattamento al nuovo contesto giuridico – è bene ricordarlo – non esiste solo lo strumento in qualche modo estremo della loro cosiddetta interpolazione ma innanzitutto il metodo, alquanto più naturale e soprattutto indolore, della semplice scelta dei passi da inserire nella nuova cretomazia, procedimento nel quale i compilatori hanno evidentemente una libertà in linea di massima assoluta nonché in se stesso molto più agevole rispetto ad un più attento e più o meno circostanziato intervento di ordine interpolatorio.

Nel caso in esame, ne esce come si diceva una più che soddisfacente trattazione dell'usufrutto per così dire giustiniano, completa e approfondita da un punto di vista casistico, anche se giocata soprattutto su falsarighe sostanziali e quindi tali da lasciare per così dire sullo sfondo, o comunque in secondo piano, le implicazioni processuali di tali problemi: è, come si diceva, la trasformazione della trattazione classica, che muoveva in linea di massima dai risvolti contenziosi per arrivare alla regola di diritto materiale, in una descrizione di tipo non conflittuale specie dei limiti di esercizio dello *ius utendi fruendi* che giunge qui a livelli alquanto accentuati, come in particolare è possibile notare da un confronto tra le rubriche dedicate all'usufrutto nel settimo libro e quelle dedicate alle servitù prediali non solo nell'ottavo, ma altresì nel quarantatreesimo libro del *Digesto*.

Ma tale punto di vista eminentemente sostanziale costituiva altresì l'effettivo e reale interesse dei compilatori, intenzionati a descrivere l'istituto nei suoi limiti positivi e quindi i diritti e gli obblighi che ne derivavano. La scarsa e quasi mai esaustiva trattazione degli aspetti processuali, del resto, non doveva rivestire soverchia importanza agli occhi dei commissari giustiniani, che ovviamente ragionavano sotto tale aspetto in una prospettiva di *cognitio extra ordinem* e quindi in una più lata visuale dove, nella coeva procedura alquanto meno formalistica e tecnica per quanto riguarda il concreto funzionamento dei mezzi contenziosi, era in linea di massima sufficiente che fosse chiaro il concreto fine processuale cui un determinato rimedio mirava, senza fermarsi più di tanto sulle partizioni formulari e sui loro confini e requisiti specifici: e dove, del resto, anche l'interdetto classico diveniva, com'è noto, semplicemente un particolare tipo di azione <sup>6</sup>.

Quando dunque la menzione di un particolare mezzo di tutela, e in primo ad esempio il cosiddetto '*per arbitrum cogere*' il *fructuarius*, può apparire ai nostri occhi piuttosto misterioso dal punto di vista della sua concreta esplicitazione formulare, non si dovrebbe dimenticare che, nella particolare prospet-

---

<sup>6</sup> Cfr. E ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, in *Studi di diritto romano*. IV, Milano, 1946, p. 117 ss.



tiva processuale in cui innanzitutto si muovevano i giustiniani, esso viceversa non doveva destare alcun problema, dato che ovviamente nella *cognitio extra ordinem* costituiva nient'altro che un normale fine processuale che poteva dunque essere senza difficoltà fatto valere in un giudizio di tale tipo: la questione del suo significato nell'ambito del processo classico è problema che invece riguarda innanzitutto noi moderni, e del quale i compilatori potevano tutt'al più rendersi conto per una pressoché residua esigenza di coerenza col passato, ma in linea di massima non è certo tale da riguardare nella sua immediatezza la stesura giustiniana dei passi in questione.

Così, anche quando i commissari lasciano sopravvivere nei testi alcuni sparsi riferimenti, come si è visto, al '*prohibere*', da essi preterito il più delle volte in quanto rinviante ad un sistema di tutela non più consono alle coordinate generali del loro diritto, queste isolate menzioni non devono essere per forza considerate come frutto di un momento di distrazione o di stanchezza, ma vanno inserite nel quadro complessivo di tali problemi così delineati, per cui sembra più prudente postulare che essi – una volta tracciato un quadro generale del regime dello *ius utendi fruendi* dove non vi è più spazio per il regime interdittale fondato sul presupposto della *prohibitio*, e fornita di esso una trattazione complessiva dove tale forma processuale risulta in pratica obliterata – possono nel caso concedersi di lasciare tracce ininfluenti di tale verbo ed esprimersi, anche per un relativo e residuo rispetto dell'impostazione classica nonché per mera praticità di esposizione, attraverso locuzioni ad essa improntate: in ogni caso, infatti, il quadro generale dell'usufrutto è tracciato in altro modo e secondo ben diverse prospettive, e simili sopravvivenze episodiche non possono costituire un rilevante pericolo né alterano il generale quadro di insieme risultante dalla trattazione.

Certo tale più blanda attenzione verso le implicazioni processuali del regime dell'usufrutto può creare ai nostri occhi vari problemi interpretativi, come ad esempio quando si parla stranamente di '*actiones*' al plurale in luoghi dove non è agevole comprendere di quali formule potesse trattarsi nel diritto classico (D. 7.6.5.3, Ulp. 17 *ad ed.*, circa le *actiones* in cui verrebbe in considerazione il problema della restituzione dei frutti, o D. 7.9.9.1, Ulp. 51 *ad ed.*, a proposito dell'obbligo di prestare la *cautio*), o come quando si afferma che l'usufruttuario è tenuto a non rovinare la cosa '*etiam lege Aquilia*' (D. 7.1.15.3, Ulp. 18 *ad Sab.*) senza però specificare menomamente a quali ulteriori mezzi si aggiunga tale rimedio. Ma si tratta appunto di problemi ricostruttivi può darsi estremamente importanti dal punto di vista moderno e quindi in vista di una ricostruzione del sistema classico di tutela dell'usufrutto, ma che viceversa non dovevano preoccupare più di tanto i compilatori, che appunto si muovevano in un contesto di *cognitio extra ordinem* dove tali questioni im-

mediatamente si smussavano nel minor formalismo delle nuove strutture processuali, e per i quali d'altra parte ciò che importava doveva essere soprattutto il quadro generale così delineato in ordine all'usufrutto, specie in una prospettiva di ordine sostanziale, e dunque del suo concreto regime operativo, rispetto a cui ogni altro problema nella loro prospettiva diveniva gioco-forza del tutto secondario e trascurabile. Sovrapporre la prospettiva classica nonché moderna alla visuale giustiniana, in effetti, non sembra poter giovare né alla lettura dei testi lasciatici dai compilatori né ad un proficuo approfondimento del dettato classico dei frammenti riportati.

### 7. Scarsa attenzione della dottrina moderna in ordine alla protezione interdittale dell'usufrutto

Del resto nella letteratura romanistica degli ultimi secoli l'interesse per la tutela processuale degli *iura in re aliena* si è per lo più limitata ad una certa attenzione in ordine alle *actiones* in materia e alla *quaestio de iure* in esse risolta in relazione all'esistenza o meno del diritto, senza approfondire più di tanto il meccanismo interdittale, oltretutto visto semplicemente come uno strumento volto ad accertare l'esistenza o meno di una pregressa situazione di fatto di ordine *lato sensu* possessorio in capo al titolare dell'usufrutto o della servitù, e quindi il suo futuro ruolo di attore nella confessoria o di convenuto nella negatoria, senza attribuire alcuna importanza all'ulteriore fine di tale procedura, ossia quello di regolare in concreto le modalità di esercizio del diritto, stabilendo in una prospettiva di fatto, come si vedrà meglio in seguito, le modalità cui dovevano attenersi nell'uso della cosa i titolari di uno *ius in re aliena*<sup>7</sup>.

Ma se per le servitù una certa attenzione circa la loro tutela interdittale era in ogni caso imposta dal notevole numero di passi che si occupano di tale diritto dando ampio spazio a tale procedura nei libri ottavo e quarantatreesimo del *Digesto*, per quanto riguarda l'usufrutto come si è visto non vi era nemmeno tale remora testuale ad impedire di trascurare del tutto il suo risvolto interdittale, e l'attenzione della dottrina non risulta essere andata oltre lo studio delle relative *actiones* e degli alquanto diversi problemi di ordine processuale da esse implicati.

Così, nella recente e vasta trattazione complessiva dell'usufrutto, Giuseppe Grosso si limita a dire, nel solo paragrafo dedicato agli interdetti, che se ne è già trattato occupandosi della *quasi possessio rei utendi fruendi causa* (dove

---

<sup>7</sup> Cfr. *infra* § 9, 10, 11.

in effetti l'autore richiama l'estensione in via utile al *fructuarium* dell'*interdictum uti possidetis* e di quello *unde vi*, ma esclusivamente nella particolare prospettiva, affrontata dall'autore da un punto di vista più che altro sostanziale, della tutela della situazione di fatto che avvicina l'usufruttuario al possessore, senza entrare in più articolati discorsi in ordine agli ulteriori risultati offerti da tale procedura)<sup>8</sup>, concludendo che del resto «una più ampia disamina di questi interdetti non potrebbe che essere fatta in una trattazione più generale del possesso, della *quasi possessio* e degli interdetti relativi»<sup>9</sup> (visuale che in realtà risulta per un verso parziale, dato che gli interdetti relativi all'usufrutto non si riducono certo a tale particolare prospettiva ma vanno ben oltre, e che d'altra parte appare sotto più aspetti poco perspicua ed anzi inesatta, dato che tale materia confina d'altra parte altresì con gli *interdicta de servitute*). Pur quindi in una trattazione nelle sue intenzioni completa e compendiosa dell'istituto, l'argomento degli interdetti viene quindi in pratica evitato e lasciato fuori, quasi che non facesse parte anch'esso del generale regime classico dell'usufrutto e della sua concreta regolamentazione: e se ciò è anche in parte dovuto altresì al tecnicismo di ordine processualistico di tale strumento, come si vedrà mai messo definitivamente a fuoco dalla dottrina per quanto riguarda gli *iura in re aliena*, sullo sfondo di tale notevole preterizione vi è altresì l'implicita illusione che l'interdetto non abbia altra funzione che quella preparatoria rispetto all'*actio*, come avviene – anche se solo fino a un certo punto – nella tutela del possesso: senza quindi neppure sospettare gli ulteriori scopi che esso assumeva in vista di una positiva regolamentazione di fatto dei limiti di esercizio del diritto in questione<sup>10</sup>.

Neppure sull'altro versante degli studi in materia, ossia quello degli istituti processuali, gli interdetti relativi all'usufrutto hanno incontrato soverchia attenzione, ed è indicativo come anche nella pur alquanto vasta trattazione di tale procedura dovuta, sul finire dell'Ottocento, ad August Ubbelohde, essi risultino pressoché trascurati, sia forse a causa del taglio dogmatico della trattazione – scandita dalle suddivisioni degli interdetti dal punto di vista delle categorie dottrinali cui risultano rapportabili e poi dagli aspetti generali della procedura ad essi relativa – sia anche in vista della scarsità delle fonti antiche in materia che certo non impongono all'attenzione degli interpreti questi argomenti: cosicché agli interdetti *de usu fructu* viene dedicata in pratica – a parte alcuni brevissimi cenni in apparato all'*interdictum utile* a quello *quem fundum* – soltanto una nota trattando degli interdetti utili, limitandosi ad elencare i testi

---

<sup>8</sup>) Cfr. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 410.

<sup>9</sup>) Cfr. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 410.

<sup>10</sup>) Cfr. GARDINI, *Ricerche*, cit., p. 144 s.

dei *Vaticana Fragmenta* che come si vedrà li ricordano, ma senza per nulla entrare nel merito della loro funzione e delle loro modalità operative.

Anche in monografie più recenti sul tema dell'usufrutto, che pur aspirano a un carattere generale, non sembra infine che l'argomento degli interdetti sia realmente approfondito, non andandosi oltre ad un mero elenco dei casi in cui le fonti ne trattano esplicitamente attribuendo la legittimazione del *fructuarius* a una determinata tutela di tale tipo ovvero dando atto delle testimonianze delle fonti in ordine agli interdetti utili, ma senza procedere ad alcun effettivo approfondimento critico dei testi e quindi della specifica materia.

Nel complesso, ne risulta così un quadro bibliografico tuttora inesplorato, che stupisce dal punto di vista della ricostruzione dell'istituto stesso dell'usufrutto in tali suoi per nulla trascurabili aspetti e lascia perciò aperta la ricerca in tale direzione, sia per quanto riguarda precipuamente gli elementi essenziali di tale tipo di tutela, sia soprattutto in ordine alle sue implicazioni di natura sostanziale circa il concreto regime dell'usufrutto.

#### 8. *Le testimonianze recate dai Vaticana Fragmenta in relazione alla tutela interdittale dell'usufrutto*

Se il Digesto in pratica nomina gli specifici interdetti relativi all'usufrutto, come si è visto, soltanto nel generico riferimento di D. 7.1.60.pr. (Paul. 5 sent.: *'Cuiuscumque fundi usufructuarius prohibitus aut deiectus de restitutione omnium rerum simul occupatarum agit ...'*), più ampio spazio dedicano ad essi i *Vaticana Fragmenta*, anche se si tratta di testi alquanto incerti nella lettera pervenutaci ed anzi di una stesura talora alquanto corrotta, e per di più di una trattazione che, proprio dove più interesserebbe un approfondimento, appare invece dare molto per scontato e quindi non dirci molto in ordine a tali mezzi di tutela. Dopo aver dedicato una cinquantina di paragrafi all'usufrutto, soprattutto legato, per lo più trattato da un punto di vista sostanziale e senza occuparsi, almeno stando a quanto ci è pervenuto, dei suoi aspetti processuali, inopinatamente i *Vaticana Fragmenta* dedicano gli ultimi quattro paragrafi (90-93) alla tutela interdittale di tale istituto:

90: ... libro I de interdictis sub titulo 'in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit'. si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. inde et interdictum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur et 'unde vi', quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: 'quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris

frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris'.

91. Idem libro II de interdictis sub titulo 'si uti frui prohibitus esse dicitur'. non is, ad quem usus fructus venit vivi tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus, ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

92. Idem libro IIII de interdictis sub titulo 'a quo usus fructus petetur, si rem nolit defendere'. Sicut corpora vindicanti ita et ius satisdari oportet, et ideo necessario ad exemplum interdicti 'quem fundum' proponi etiam ei interdictum 'quem usum fructum vindicare velit' de restituendo usu fructu.

93. 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...

Il dettato di tali passi è alquanto corrotto e spesso per nulla chiaro, ma anche limitandosi ad una lettura semplice e piana che eviti di affrontare gli irrisolvibili problemi da essi presentati ad un livello sottostante sembra chiaro come in tali testi (seguiti da un'ampia lacuna) si fa menzione degli interdetti concessi in via utile in tema di usufrutto, ed in primo luogo (§ 91) di quello 'quod legatorum' ('quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine possides, quodque dolo malo fecisti quod minus possideres, il si eo nomine satisdatum est [sit?] sive per illum non stat ut satisdetur, illi restituas') nonché infine (§ 92) di quello 'quem fundum' ('quem fundum ille a te [?] vindicari vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, restituas'), indicato con la locuzione 'quem usum fructum vindicare velit': la ragione di tale estensione in via utile sta ovviamente nel fatto che l'usufruttuario non possiede la cosa, ma la usa e ne trae i frutti (§ 90: 'non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur'); ed il § 93 aggiunge ('cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti 'unde vi' ad eam rem propositi depelli non potest') che grazie all'interdetto 'quem usufructum' il petitor non potrà vedersi opporre vittoriosamente l'interdetto 'unde vi' (s'intende, in via utile) in quanto il pretore ha ingiunto la restituzione del *fundus fructuarius* e quindi, come si vedrà meglio in seguito, la detenzione del fondo è divenuta *vitiosa* agli effetti della relativa clausola ('*nec vi nec cla nec precario*').

Più importante il fatto che il § 90, sempre in base alla ragione per cui l'usufruttuario 'non possidet ... sed potius fruitur' ('quia non possidet') estende sempre in via utile ad esso l'interdictum 'uti possidetis'<sup>11</sup>, che com'è noto viene

---

<sup>11</sup>) Sulle origini dell'interdetto *uti possidetis* rinvio a G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996.

anche detto ‘*utimini fruimini*’ (‘*uti eo fundo quibus de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utimini fruamini, vim fieri veto*’) nonché, sempre *utiliter*, l’*interdictum* ‘*unde vi*’ (‘*quo fundo in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti ... cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur fruere, eo ... restituas*’).

Ma quello più interessante è, dal punto di vista che qui interessa, il § 91, benché il suo stato di conservazione sia veramente pessimo, tanto che Theodor Mommsen, a proposito del tratto ‘*ad quem usus fructus venit vivi tum vel qui*’, parla di «*locum desperatum*», limitandosi ad aggiungere un ‘*non*’ prima di ‘*pertineat*’ (‘*ad eum non pertineat*’): in ogni caso, il paragrafo fornisce la ragione tecnica dell’adattamento in via utile dell’interdetto ‘*unde vi*’ per quanto riguarda il *fructuarius*, che non risulta possedere la *res* e al cui proposito non si può parlare quindi di ‘*deiectio*’ – *non ... possidere eum videtur, et ... proprie deiectus dici non potest* –, per cui gli si è apprestato un interdetto utile per il caso di ‘*prohibitio*’ (‘*et ob id, qui uti frui prohibitus est ... ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est*’).

Il discorso, che si riallaccia a quanto si afferma nel § 90 a proposito dell’interdetto ‘*quod legatorum*’ per proseguire poi con l’‘*uti possidetis*’ ed appunto l’‘*unde vi*’ (‘*... quia non possidet legatum, sed potius fruitur. inde et interdictum ‘uti possidetis’ utile hoc nomine proponitur et ‘unde vi’, quia non possidet, utile datur*’), è in tale secondo tratto del § 91 sufficientemente chiaro e coerente, anche se come si vedrà il rapporto tra *deiectio* e *prohibitio* non è così semplice e lineare, e non è per nulla così scontato che la *prohibitio* corrisponda, riguardo alla detenzione (‘*frui*’), a ciò che la *deiectio* è rispetto al possesso.

Si hanno quindi, a tutela dell’usufruttuario, due interdetti, l’*utimini fruimini* e quello *utile* all’*unde vi* (*cottidiana*) mentre la dottrina tende a negare che ve ne fosse un terzo modellato sull’*utrubi*, che in effetti, nella sua formulazione, specie per quanto riguarda la *maior pars huiusce anni*, sembra poco adattarsi allo *ius utendi fruendi* (D. 43.31.1.pr., Ulp. 72 *ad ed.*: ‘*Praetor ait: utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto*’): ma nell’estrema scarsità di fonti sopravvissute, non si può escludere che per le cose mobili venisse concesso all’usufruttuario una tutela interdittale diversamente concepita (magari modellando un apposito interdetto sull’*utimini fruimini*); e in effetti se si pensa ad esempio al caso di due soggetti cui spetta l’usufrutto su uno schiavo (come in particolare nell’ipotesi considerata da D. 7.1.25.6, Ulp. 18 *ad Sab.*) non è difficile immaginare l’utilità pratica e immediata che un interdetto avrebbe assunto nel risolvere velocemente le liti in particolare relative allo sfruttamento dello schiavo da parte dei due *fructuarii*.

### 9. La falsariga ricostruttiva fornita dagli interdetti relativi alle servitù prediali

È comunemente dato per scontato in dottrina che chi entra nel possesso o in una certa situazione di fatto, ovvero li mantiene, nonostante l'espressa proibizione del controinteressato, possiede o esercita la situazione di fatto, nei confronti di questo, in maniera 'vitiosa', in base alla cosiddetta 'exceptio vitiosae possessionis' (cosiddetta *clausula vitii*: 'nec vi nec clam nec precario alter ab altero'), che com'è noto compare egualmente anche negli interdetti relativi a posizioni limitrofe al possesso (cosiddetta 'quasi possessio') quali le servitù e l'usufrutto. Se 'prohibitus', quindi, il soggetto possiederà o eserciterà la situazione di fatto appunto 'vi' ovvero, qualora lo faccia di nascosto, 'clam', o al limite anche 'precario' (nella alquanto difficile ipotesi che l'altro, dopo la *prohibitio*, gli abbia consentito a titolo di favore una provvisoria continuazione di quanto faceva prima).

La trattazione più vasta e relativamente esaustiva degli effetti della *prohibitio* ci è conservata nella rubrica D. 43.24, relativa all'interdetto *quod vi aut clam* (D. 43.24.1.5, Ulp. 71 *ad ed.*: '...vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio')<sup>12</sup>, ma non mancano, a testimoniare il carattere generale di tale regola, tracce benché più rade anche a proposito delle servitù prediali. Benché di tali peculiari aspetti non sia sopravvissuto molto nella Compilazione giustiniana, infatti, di questa impostazione dà in particolare la conferma più esplicita a disposizione il *principium* di un frammento ulpiano (70 *ad ed.*), D. 43.19.3.pr., che riporta un'opinione di Labeone:

Inde etiam illud Labeo scribit: si, cum a me recte via utebaris, fundum vendero, per quem utebaris, deinde emptor te prohibuit: licet clam videaris ab eo uti (nam qui prohibitus utitur, clam utitur), tamen interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno non vi non clam non precario usus es.

Il passo si riferisce al caso particolare di un fondo servente su cui la servitù viene correttamente esercitata, ma poi viene venduto a un nuovo proprietario che ne inibisce l'uso ('emptor te prohibuit'), per cui il titolare della servitù di passaggio dovrà reagire con l'interdetto, dato che se continuasse ad esercitarlo sarebbe sconfitto appunto in base alla «clausola vitii», e potrà tranquillamente esperirlo perché 'hoc anno' ha esercitato la servitù correttamente nei confronti del precedente proprietario (D.43.19.1.pr., Ulp. 70 *ad ed.*: 'Praetor ait: quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario

---

<sup>12</sup> Sul passo cfr. I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, p. 9 s.

*ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto*”).

Nel *principium* del frammento 3, la specificazione ‘*nam qui prohibitus utitur, clam utitur*’, chiusa tra parentesi degli editori, costituisce probabilmente un glossema – non del tutto esatto perché sembra assolutizzare l’esercizio ‘*clam*’ in generale rispetto la *prohibitio*, mentre a seconda della sua estrinsecazione tale esercizio potrà essere, come si è visto, altresì ‘*vi*’ o al limite ‘*precario*’ –, ma peraltro mette bene a fuoco il problema delle conseguenze della *prohibitio* e del suo rendere l’esercizio in ogni caso *viciosus*.

Se tali sono le conseguenze di massima della *prohibitio* non solo nelle servitù ma anche nell’usufrutto, come si avrà modo di approfondire più avanti, è preliminarmente da notare una fondamentale differenza che distingue gli *iura in re aliena* dal possesso vero e proprio. Infatti, gli interdetti possessori – l’*uti possidetis*, l’*utrubi*, il *de vi cottidiana* e *de vi armata* – sono predisposti a tutelare la ritenzione o il recupero del possesso e quindi a preparare per tal via l’esercizio della *reivindicatio*, stabilendo i rispettivi ruoli di attore e convenuto che assumeranno le parti: mentre negli interdetti relativi alle servitù prediali e all’usufrutto si aggiunge un ulteriore e fondamentale fine, che la comune dottrina tende a lasciare in ombra se non a ignorare, ossia quello di tutelare il corretto esercizio del diritto, assicurando che esso venga usato nell’ambito dei suoi esatti confini.

Anche senza qui addentrarsi più di tanto in tale complesso argomento, le fonti, se lette con attenzione e con specifico riguardo a tale problema, testimoniano pianamente che, se taluno si avvale della servitù secondo modalità diverse da quelle divise dall’atto costitutivo o in ogni caso di norma seguite negli anni precedenti, l’impedimento a tale tipo di esercizio posto in essere dal *dominus* del fondo servente (cosiddetta *prohibitio*) sarà legittimo ed il titolare della servitù sarà sconfitto qualora ricorra all’interdetto, appunto in quanto, nella formula di quest’ultimo (‘*quo itinere actuque ... hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto*’ – D. 43.20.1.pr., Ulp. 70 *ad ed.* – ovvero ‘*uti hoc anno aquam ... non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto*’, secondo il già richiamato D. 43.19.1.pr., sempre tratto da Ulp. 70 *ad ed.*), il rinvio interno tra gli avverbi ‘*uti*’ ed ‘*ita*’ (o tra ‘*quo itinere*’ e ‘*ita*’) evidenzia efficacemente la corrispondenza tra la natura ‘*nec vi nec clam nec precario*’ che deve caratterizzare sia l’uso precedente della servitù (‘*hoc anno ... duxisti*’) sia il carattere parimenti ‘*non viciosus*’ dell’attuale tipo di esercizio per cui si chiede tutela al pretore (‘*quo minus ita ducas*’ o ‘*utaris*’) contro la *prohibitio* del titolare del fondo servente; cosicché, se il giudice non riscontrerà questa corrispondenza, verrà meno una delle condizioni su cui si fonda l’ordine pretorio ‘*vim fieri veto*’, e la *prohibitio* in questione verrà dunque considerata legittima. E questo è testimoniato nella maniera più nitida ad esempio da Ulpiano (70 *ad ed.*)



in D. 43.20.1.15 a proposito dell'uso di acqua tratta in misura maggiore ovvero da altra fonte rispetto a quanto previsto o ancora derivata per altra direttrice <sup>13</sup>:

Illud tamen hic intellegendum est eodem modo praetorem duci aquam iussisse, quo ducta est hoc anno. proinde neque amplioris modi, neque alia permissee potest videri. quare si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit ducere, impune ei vis fiet,

dove in particolare l'espressione '*impune ei vis fiet*' rinvia appunto nella maniera più evidente alla legittimità dell'atto di impedire con la *prohibitio* il comportamento non consentito, e quindi al conseguente non valere, in tal caso, dell'ordine pretorio '*vim fieri veto*'.

Per tal verso, non è difficile constatare in generale come le fonti in materia, massimamente ulpiane, trattino del mancato rispetto dei *modi servitutis* nel quadro del problema del carattere '*sine vitio*' oppure irregolare assunto dall'*usus servitutis*, e quindi dal punto di vista della sua idoneità a ottenere protezione interdittale senza cadere sotto le previsioni della '*clausula vitii*': in particolare, tutto l'insieme della trattazione ulpiana recata dai §§ 15-24 di D. 43.20 si incentra infatti sul problema dei limiti di esercizio dello *ius aquae ducendae* considerando ipotesi in cui, essendosi verificati episodi di preteso esercizio irregolare cui il *dominus* ha reagito con la *prohibitio*, è dubbio se l'interdetto sia utilmente esperibile o meno, come in particolare mostra D. 43.20.1.20 (Ulp. 70 *ad ed.*):

Idem – sc. *Aristo* – ait eum, qui hoc anno aquam duxerit nec vi nec clam nec precario et eodem anno vitiose usus est, recte tamen hoc interdicto usurum: quod referri ad id tempus, quod sine vitio fuerit: esse enim verum hoc anno non vi non clam non precario usum.

Il caso non è molto diverso da quello presentato dal già esaminato D. 43.19.3.pr., dove il titolare della servitù l'ha esercitata *sine vitio* rispetto al precedente titolare del fondo servente, e può quindi avvalersi dell'interdetto, anche se per quanto riguarda la *prohibitio* del nuovo proprietario in teoria ne userebbe in modo *vitiosus*: qui il soggetto può utilmente esperire l'interdetto in quanto, *hoc anno*, pur avendo esercitato l'acquedotto (stando alla collocazione del passo) talvolta in maniera non corretta (ad esempio, derivando l'acqua in misura maggiore di quanto consentito, ovvero traendola da altra fonte rispetto a ciò che è previsto o ancora facendole percorrere una direttrice diver-

---

<sup>13</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *Recensione a Iole Fargnoli, «Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam»* (Milano, Giuffrè, 1998), in «SDHL», LXVI, 2000, p. 554.

sa da quella stabilita – D. 43.20.1.15 –, oppure senza rispettare gli *intervalla dierum et horarum* prescritti), in ogni caso in altre occasioni ne ha rispettato i cosiddetti *modi* di esercizio, e dunque potrà avvalersi vittoriosamente dell'interdetto in riferimento a questi ultimi casi, che concretano il presupposto dell'*usus sine vitio* nel periodo preso in considerazione da tale mezzo di tutela, in ordine al quale per soddisfare il requisito '*hoc anno*' è sufficiente un singolo atto di esercizio regolare (D. 43.20.1.4, Ulp. 70 *ad ed.*: '*quod autem scriptum est in interdicto: 'uti hoc anno aquam duxisti' hoc est: non cottidie, sed hoc anno vel una die vel nocte*'). Si veda analogamente, in relazione allo *ius eundi agendi* anche D. 43.19.1.12, Ulp. 70 *ad ed.* <sup>14</sup>:

Si quis supra dicto tempore anni non vi non clam non precario itinere usus sit, verum postea non sit <ita> usus, sed clam precariove, videndum est, an ei noceat. et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum.

Com'è ovvio, tale atto di esercizio regolare attuato '*hoc anno*' legittima semplicemente ad esperire in maniera fondata l'interdetto: altra questione è, naturalmente, se il soggetto abbia torto o ragione riguardo all'atto di esercizio contestatogli dalla controparte mediante la *prohibitio*, fattore da cui dipenderà com'è evidente l'esito della procedura interdittale.

Gli *interdicta de servitute* proteggono quindi sia l'esistenza della situazione di fatto corrispondente al possesso e quindi provvedono alla loro tutela in base ai previsti requisiti della cosiddetta '*quasi possessio*' ad esempio dell'*iter* o dell'*aquaeductus*, stabilendo così chi dovrà eventualmente assumere nell'*actio* – confessoria o negatoria – il ruolo di attore e di convenuto, in maniera speculare ai veri e propri interdetti possessori, ma svolgono anche l'ulteriore compito – impensabile nel possesso – di disciplinare l'esercizio dello *ius in re aliena*, stabilendo nel loro dettato che, così come deve essere conforme alle corrette modalità d'uso – *nec vi nec clam nec precario* – l'atto di esercizio fatto valere in relazione all'anno precedente, allo stesso modo – '*uti ... ita*' – deve essere *sine vitio* l'uso attuale della servitù, in ordine al quale è appunto sorta la controversia, per cui in caso contrario il titolare verrà sconfitto dal proprietario del fondo servente: e chi tra i due verrà sconfitto nella procedura interdittale dovrà, in sede di *iudicium secutorium* o *Cascellianum*, prestare la *cautio* del tipo di quella *de amplius non turbando*, impegnandosi, con *stipulatio poenae*, rispettivamente il *dominus* del fondo servente a non disturbare più l'esercizio della servitù in quei termini, il titolare di quello dominante ad attenersi ai limiti

---

<sup>14</sup> Cfr. F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali (Vivagni II)*, in «RDR», II, 2002, p. 484 ss

d'uso accertati nel giudizio.

Per tal verso si può anzi a notare altresì come il carattere 'sine vitio' dell'esercizio della servitù rispetto ai *modi* fosse un problema considerato dai giuristi romani in maniera generale, secondo una costruzione unitaria dell'*usus servitutis* quale sorta di figura dogmatica in sé considerata, secondo prospettive che portavano a negare qualsiasi effetto giuridico all'esercizio della servitù attuato *vi, clam* o *precario*, indipendentemente dai singoli e specifici contesti in cui tale attività poteva in astratto avere conseguenze nell'ambito del diritto: cosicché, in particolare, l'atto di esercizio della servitù attuato in violazione ai *modi* previsti, e quindi *vitiosus*, non solo era inidoneo a procurare al titolare qualsivoglia tutela nel contesto interdittale, ma risultava altresì inutile allo scopo di evitare l'estinzione del diritto per *non usus*, dato che anche in tale ambito, per evitare il venir meno dello *ius*, non poteva che venire esclusivamente considerato l'episodio di esercizio attuato 'non vi non clam non precario', e quindi, in particolare, conforme ai *modi servitutis* stabiliti dall'atto costitutivo, come tra l'altro emerge del tutto pianamente da D. 8.6.10.1 (Paul. 15 ad Plaut.):

Si is, qui nocturnam aquam habet, interdium per [constitutum ad amissionem tempus] <biennium> usus fuerit, amisit nocturnam servitatem, qua usus non est. idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum,

dato che, per regola generale (D. 43.20.2, Pomp. 32 ad Sab.), 'si diurnarum aut nocturnarum horarum aquae ductum habeam, non possum alia hora ducere, quam qua ius habeam ducendi': l'uso *vitiosus* della servitù non può quindi giovare ad impedire l'estinzione per *non usus*.

Tale impostazione della giurisprudenza classica è poi tanto radicata e naturale tra i *prudentes* che essi discettano tra l'altro sulle conseguenze dell'uso vizioso della servitù, dividendosi tra il considerare l'atto di esercizio alcunché di inscindibile in quanto tale, e quindi da considerare regolare o meno nella sua globale interezza, ovvero come scindibile e dunque *rectus* fino un certo e poi *vitiosus*, e così tale da poter essere in quel momento interrotto; si veda infatti D. 43.20.1.18 (Ulp. 70 ad ed.), dove la violazione delle modalità di esercizio relative al numero massimo dei capi abbeverabili comporta semplicemente, secondo Ulpio Marcello, che il *dominus* possa impedire attraverso una *prohibitio* che le bestie in sovrannumero vengano condotte sul suo fondo, fermanone l'*adpulsus* quando la quantità consentita di capi venga raggiunta, mentre in maniera più rigorosa Trebazio prevedeva la possibilità di una *prohibitio* relativa a tutto l'intero atto di esercizio viziato:

Trebatius, cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appellere, posse universum pecus impune prohiberi, quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeatur, totum corrumpat pecoris adpulsus. Marcellus autem ait, si quis ius habens pecoris ad aquam appellendi plura pecora adpulerit, non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum, quia pecora separari possunt.

L'alternativa tra atti di esercizio da considerare *recti* oppure *viciosi* e la *prohibitio* di questi ultimi si rivela così ad ogni effetto centrale nella disciplina dell'*usus servitutis* e tale da informare a sé altresì la stessa tutela processuale dell'istituto per quanto riguarda le concrete estrinsecazioni del suo normale esercizio. E poiché per tal verso, nell'ambito degli *iura in re aliena*, le servitù prediali presentavano in linea di massima necessità di regolamentazione non soverchiamente differenti, sotto tale aspetto, rispetto all'usufrutto, risulta del tutto verosimile che il diritto romano anche a proposito di quest'ultimo non abbia proceduto secondo vie molto diverse: l'ipotesi di lavoro per cui lo *ius utendi fruendi* rispecchiasse nelle sue linee essenziali le modalità di tutela riscontrabili negli *iura praediorum* appare insomma sufficientemente suffragata da ragioni di ordine sia logico che pratico per consentire di procedere in tale direzione nella ricostruzione dell'ambito di applicazione degli interdetti relativi all'usufrutto, in ordine ai quali quelli *de servitute* costituiscono indubbiamente una falsariga di riferimento specifica e imprescindibile.

#### 10. La tutela interdittale dell'usufrutto nei suoi aspetti generali

Se è quindi più che verosimile che altresì riguardo all'usufrutto la tutela interdittale avesse non solo lo scopo di accertare l'esistenza o meno della situazione di fatto per così dire *quasi possessoria* predisponendo l'esperimento della confessoria ovvero della negatoria, sulla falsariga dei mezzi di tale tipo esistenti per il possesso, ma anche quello di far rispettare i corretti limiti di esercizio dell'*uti frui*, come avveniva per le servitù prediali, risulta chiaramente del tutto probabile che essa dovesse consentire per un verso al *fructuarius* di reagire ad illegittimi impedimenti recatigli nell'esercizio dello *ius in re aliena* e d'altra parte permettere per converso al nudo proprietario di «bloccare» con la *prohibitio* o in ogni caso grazie alla *clausula vitii* l'usufruttuario qualora non si servisse della cosa in conformità alle modalità previste, sia in relazione all'elaborazione casistica di tali problemi messa in generale a punto dalla giurisprudenza, sia in base alla *cautio fructuaria* e quindi all'impegno di usare *'boni*

*viri arbitratu*' (come osserva Ulpiano – 18 *ad Sab.* – in D. 7.1.13.pr., '*nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate*'): provvedendo quindi in primo luogo – così come insistono le fonti a disposizione – in particolare alla *refectio* necessaria.

D'altronde, se è verosimile che l'usufruttuario fosse pianamente legittimato ad agire con gli *interdicta de servitute*, come si è ricordato, tutelando così la propria posizione nell'uso di quelle previste a vantaggio del *fundus fructuarius*, non è improbabile, come si vedrà, che egli potesse in tali casi altresì agire con gli interdetti creati a tutela dell'usufrutto, andando al di là della *prohibitio* formale del *dominus* del fondo servente e considerando più latamente – al pari di quanto doveva accadere per quanto riguarda il *dominus* della *res fructuaria* – qualsivoglia impedimento recato in pratica da terzi all'esercizio del suo diritto nei termini di una *prohibitio* di fatto, oggettivamente ostacolante la sua situazione di godimento e quindi contro cui era possibile reagire interdittalmente in base a tale semplice presupposto.

Ne esce così una complessiva tutela interdittale dell'*uti frui* sufficientemente ampia e duttile per coprire le varie situazioni di tensione che tale potere sulla cosa altrui poteva facilmente creare, e tale da soddisfare tanto le esigenze del *fructuarius* quanto del *dominus* nonché di terzi, ed altresì idonea a risolvere non solo il problema circa l'esistenza della effettiva situazione quasi possessoria, ma altresì a porre rimedio alle liti relative alle modalità di esercizio seguite dal titolare specie in ordine alla conservazione della cosa, in cui, in particolare, il *fructuarius* poteva reagire con l'interdetto tanto ad una *prohibitio* stragiudiziale del *dominus* o in particolare a una *prohibitio* di fatto del vicino così come, più latamente, a qualsivoglia impedimento recato al normale esercizio del suo diritto recato da terzi. Una complessiva tutela, questa, preterita o senz'altro cancellata dai giustinianeî, che non è soltanto logicamente suggerita dal regime processuale degli *iura in re aliena* e delle servitù prediali in particolare, di cui ci sono pervenute invece ampie attestazioni, ma che è altresì testimoniata dalle poche tracce sopravvissute nelle fonti relative all'usufrutto.

Le due più significative testimonianze in tal senso sono rappresentate da due passi già richiamati, in cui non si parla *tout court* di una *prohibitio* attuata dal *dominus*, ma ci si limita a chiedersi se in determinati casi il proprietario possa procedervi o meno, e quindi se compia tale atto *iure* o meno. In particolare, muovendo dalla *refectio*, D. 7.1.7.3 (Ulp. 17 *ad ed.*) mette in luce ulteriori facoltà dell'usufruttuario ed opere che viceversa gli sono vietate:

Neratius autem libro quarto membranarum ait non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa ut tectoria et pavi-

menta et similia facere, neque autem ampliare nec utile detrahere posse.

Affermando che non si può vietare all'usufruttuario di provvedere alla *refectio*, Nerazio usa in maniera alquanto indicativa il verbo 'prohibere' ('*ait non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat*'), esemplificando l'esclusione di tale potere del *dominus* che voglia invece opporsi alla *refectio* attraverso la menzione di altre facoltà del *fructuarium* che egli non può impedire, come quella di arare e coltivare i campi ('*nec arare prohiberi potest aut colere*'); e poiché si tratta di attività che si prolungano nel tempo, e che nel caso del *colere* divengono normali operazioni quotidiane, sembra inevitabile postulare che si tratti, com'è naturale e come numerosi fattori convergenti inducono senz'altro a ritenere, che non si tratti certo di un *prohibere* fattuale e per così dire fisico, del resto difficilmente ammissibile, in cui il proprietario impedisca con la forza una determinata attività, bensì di una *prohibitio* formale in cui egli inibisce all'usufruttuario un'operazione mediante un atto stragiudiziale di autotutela privata (si pensi allo *ius prohibendi* dei condomini o alla *nuntiatio* nella denuncia di opera nuova), la cui forza e operatività giuridica sono appunto assicurate, come si è visto, dal decisivo ruolo della *clausula vitii* nell'ambito interdittale.

Tale prospettiva è definitivamente comprovata dall'altro passo già richiamato, D. 7.1.15.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*), dove l'aspetto delle modalità della *prohibitio* viene relativamente più approfondito:

Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriore eius condicionem faciat. de quibusdam plane dubitatur, si eum uti prohibeat, an iure id faciat: ut puta doleis, si forte fundi usus fructus sit legatus, et putant quidam, etsi defossa sint, uti prohibendum: idem et in seriis et in cuppis et in cadis et amphoris putant: idem et in specularibus, si domus usus fructus legetur. sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.

Se la locuzione '*uti prohibendum*' in relazione ai *dolia* fa anche qui ovviamente pensare non certo all'impedire un singolo atto di *usus*, ma che si tratti invece di un divieto generale posto in essere una volta per tutte dal *dominus* attraverso un atto formale, ancora più esplicita in tal senso appare la proposizione '*an iure id faciat*' ('*si eum uti prohibeat, an iure id faciat*'), dove tale giudizio di giuridicità appare inequivocabilmente implicare un'ipotesi di legittima proibizione formale da vedere nei termini di una forma di autotutela privata, di cui si valuta il carattere appunto *iure* o meno e quindi le sue conseguenze sul piano del diritto.

Un ulteriore passo rilevante in tale prospettiva è rappresentato da D. 7.1.60.1 (Paul. 5 *sent.*), testo peraltro non del tutto chiaro né facile specie nei

suoi aspetti processuali, che del resto qui non interessano in via principale, e verosimilmente non del tutto genuino nel suo dettato, come in particolare mostra la ‘*possessio*’ in esso riconosciuta all’usufruttuario:

Si fundus, cuius usus fructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilo minus in possessione esse debet satsique ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibitus frui eum, cui usus fructus relictus est, quamdiu de iure suo probet. sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim usus fructus eius differtur: sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur.

Si vedranno più avanti i problemi creati dall’azione intentata dall’usufruttuario non nei confronti del *dominus* ma contro il possessore della *res fructuaria*, così come le pur minori difficoltà create dall’obbligo del possessore, contro cui agisca invece il *dominus*, di prestare una *cautio* con cui egli si impegna a non impedire l’esercizio dell’usufrutto qualora il titolare ne provi la sussistenza, mentre nel frattempo il *fructuarius* deve essere in ogni caso lasciato nella detenzione della *res*; qualora invece attore sia l’usufruttuario, durante la causa l’esercizio dell’*uti frui* è differito, e dal possessore gli dovrà essere prestata una *cautio* con cui si impegna a restituirgli quanto stava coltivando, mentre se tale garanzia non sarà sufficiente gli sarà concesso di continuare intanto a usare e fruire della cosa. Benché il passo non sia certo di semplice interpretazione, quanto di esso qui interessa è semplicemente l’implicita ma chiara equivalenza che D. 7.1.60.1 pone tra il *non prohibere l’uti frui* e il fatto che l’usufruttuario rimanga normalmente nella pacifica detenzione della cosa (come afferma inequivocabilmente, nonostante il più che dubbio riferimento alla *possessio*, il tratto ‘*fructuarius nihilo minus in possessione esse debet satsique ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibitus frui eum*’); e a sua volta nella parte finale del passo, affermando che, qualora manchi la *cautio* (‘*caveri de restituendo*’) in ordine alla *restitutio* delle utilità dell’usufrutto inibito (‘*quod ex his fructibus percepturus est*’), all’usufruttuario non potrà appunto essere impedito di rimanere nell’esercizio dell’usufrutto (‘*ipse frui permittitur*’), si pone un’altrettanto chiara antitesi tra la *prohibitio* e il rimanere dell’usufruttuario nella detenzione della cosa, poiché se l’avversario presta una sufficiente *cautio* potrà *prohibere* ad esso di esercitare l’usufrutto, mentre in caso contrario non lo potrà impedire: cosicché il ‘*permittere*’ risulta implicare che la controparte non potrà appunto *prohibere iure* all’usufruttuario di rimanere nel godimento della cosa.

Se tali elementi contribuiscono quindi ad evidenziare come la *prohibitio* fosse un atto formale con cui il *dominus* inibiva in ipotesi legittimamente all’usufruttuario di esercitare l’usufrutto, e contro di essa quest’ultimo poteva

reagire con l'interdetto per farla dichiarare illegittima, ossia non messa in atto *iure*, vi è da dire che dai pochi testi a disposizione su tali argomenti emerge un ulteriore aspetto, che forse potrebbe stupire, ma che a ben vedere risulta in realtà del tutto verosimile, ossia che la *prohibitio* non potesse essere mossa soltanto dal *dominus* nei confronti dell'usufruttuario, ma che anche quest'ultimo potesse inibire determinate azioni del proprietario attraverso tale atto formale. Vi sono almeno due tracce, sufficientemente esplicite, di tale elemento, in riferimento all'usuario, anche se, ovviamente, tali testimonianze valgono in linea di massima anche per quanto riguarda il *fructuarius*:

D. 7.8.15.1 (Paul. 3 *ad Sab.*). Sicuti is, cui usus fundi legatus est, quo minus dominus agri colendi causa ibi versetur, prohibere non potest (alioquin et frui dominum prohibebit), ita nec heres quicquam facere debet, quo minus is cui usus legatus est utatur, ut bonus pater familias uti debet.

Il frammento dichiara che il titolare del diritto di uso non può *prohibere* al *dominus* di recarsi e trattenersi sul fondo per coltivare il terreno, dato che altrimenti gli vieterebbe altresì di percepire i frutti di esso, né l'erede può *prohibere* al legatario di avvalersi dell'uso della cosa secondo il parametro del *bonus pater familias* («*nec heres quicquam facere debet, quo minus is cui usus legatus est utatur*»): ma, in parallelo con la prima parte del passo, il riferimento alla *prohibitio* risulta implicitamente chiaro.

D. 7.8.10.4 (Ulp. 17 *ad Sab.*): Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat. sed quid in ea causa sit, videndum. et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibitorium illo venire: sed colonum non prohibitorium nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi causa illic sit: ceterum si urbanam familiam illo mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familiam prohibendam eiusdem rationis est. idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum.

Anche in questo passo si analizzano in generale le facoltà dell'usuario dicendo che egli può *prohibere* al *dominus* di entrare nel fondo, ma ancora una volta non può *prohibere* l'accesso al colono o alla *familia* servile che com'è naturale vi si rechino per coltivarlo, mentre invece può farlo rispetto alla *familia* urbana, che non è legata a tale attività. Nel tratto finale, a proposito dell'uso della *cella vinaria et olearia*, si dice che il *dominus* non può usarla «*invito eo*», ossia senza l'autorizzazione dell'usuario: se qui non è ancora il caso di esaminare l'esatto valore di «*invitus*» in tale contesto, sembra in ogni caso chiaro come anche qui si affermi che l'usuario può legittimamente *prohibere* al *dominus* l'impiego della *cella*, e che dunque quest'ultimo può farlo soltanto con la sua autorizzazione.



Per converso, vi sono altre attività del *dominus* che l'usufruttuario (ma in realtà il frammento sta trattando dell'uso, anche se all'inizio e nel finale allarga la prospettiva all'usufrutto in generale) non può *prohibere* in quanto legittime, ed il *dominus* potrà farlo *invito eo*: attività come quella di provvedere alla vigilanza del fondo o della casa per mezzo di un guardaboschi o di un custode, dato che tale controllo corrisponde a un evidente interesse del *dominus*:

D. 7.8.16.1 (Pomp. 5 *ad Sab.*): Dominus proprietatis etiam invito usufructuario vel usuario fundum vel aedes per saltuarium vel insularium custodire potest: interest enim eius fines praedii tueri. eaque omnia dicenda sunt, quolibet modo constitutus usus fructus vel usus fuerit.

Se dunque '*invitus*' corrisponde in questi passi alla facoltà di *prohibere*, nel senso che se il *dominus* può svolgere una determinata attività anche se l'usufruttuario o l'usuario non vogliono, e quindi in teoria questi possono inibirgliela attraverso la *prohibitio*, da tutto questo emerge la centralità di tale atto nella tutela delle rispettive posizioni, poiché se si verifica da una parte o dall'altra un mancato rispetto dei limiti del proprio diritto o un mancato rispetto dei propri obblighi, la controparte potrà reagire con la *prohibitio*, il *fructuarius* inibendo determinate attività al *dominus*, quest'ultimo bloccando per così dire il normale esercizio dell'usufrutto o dell'*usus*. Se il soggetto persistesse nell'attività vietatagli o comunque continuasse ad esercitare l'usufrutto o l'*usus* nonostante la *prohibitio*, come si è visto tale comportamento sarebbe considerato posto in essere *vi*, con tutte le conseguenze che ne derivano. Di fronte ad una *prohibitio* che reputa illegittima, ossia non attuata *iure*, l'intimato dovrà dunque reagire giudizialmente con un interdetto, facendo così valere l'invalidità della *prohibitio*, tanto che egli sia il *fructuarius* (o l'usuario) quanto se egli sia il *dominus* della *res*, rimuovendone in tal modo gli effetti e potendo quindi senza problema svolgere l'attività che la controparte gli aveva vietato, in caso di vittoria, ed invece rinunciandovi qualora risulti per converso avere torto.

Si tratta a questo punto di vedere più esattamente quali specifici mezzi le parti abbiano a disposizione a tali fini nell'ambito della procedura interdittale.

### 11. Gli interdetti relativi all'usufrutto

Si è visto come a parte altri interdetti estesi in via utile all'usufrutto, quali in particolare quelli '*quem fundum*' e '*quod legatorum*', i mezzi specifici per tutelare sul piano interdittale lo *ius utendi fruendi* e quindi le rispettive posizioni del *do-*

*minus* e del *fructuarius* siano essenzialmente (non volendo qui digressivamente affrontare il problema della protezione interdittale delle cose mobili date in usufrutto, di cui peraltro, come si è accennato, sembra arduo negare l'intrinseca utilità) il cosiddetto *utimini fruimini* e quello indicato da *Vat. fragm.* 91 come relativo al titolo '*si uti frui prohibitus esse dicitur*'.

Del primo, si è visto, ci dà notizia *Vat. fragm.* 90, spiegando che l'usufruttuario com'è noto '*non possidet ..., sed potius fruatur*', e dunque gli vengono apprestati interdetti utili all'*uti possidetis* e all'*unde vi*' ('*inde et interdictum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur et 'unde vi', quia non possidet, utile datur*'). Otto Lenel ricostruisce così la formula dell'*interdictum utimini fruimini*, richiamando, a parte *Vat. fragm.* 90, in particolare, oltre alla formula dell'*interdictum de superficiebus* (D. 43.18.1.pr., Ulp. 70 *ad ed.*: '*uti eo fundo q.d.a. nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utamini fruamini, vim fieri veto*'), D. 39.5.27 (Pap. 29 *quaest.*: '*... ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus ...*')

uti eo fundo q.d.a. nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini,  
quo minus ita utamini fruamini, vim fieri veto.

Tale *interdictum duplex*, nella sua formula base, doveva servire a risolvere le liti tra due pretesi usufruttuari – per cui la *res fructuaria* veniva assegnata a chi esercita attualmente l'*uti frui*' ('*uti eo fundo ... utimini fruimini ...*'), in attesa che l'altro, come si vedrà in seguito, agisca *de iure* per provare il proprio diritto – ovvero la lite tra due cusufruttuari tra cui sorgessero discussioni in ordine allo sfruttamento della cosa. Ma vi erano ulteriori ipotesi da considerare:

D. 43.17.4 (Ulp. 70 *ad ed.*): In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Non appare del tutto chiaro cosa intendesse Ulpiano – oltretutto in ciò concordando con Pomponio – dicendo '*si usus fructus quis sibi defendat possessionem*', dato che, anche considerando qui '*possessio*' nel senso di semplice disponibilità materiale della *res*, non si comprenderebbe contro quale altro tipo di avversario lo faccia, posto che tutte le ipotesi possibili delle liti di cui può essere parte il *fructuarius* – con un altro usufruttuario, con un possessore e con l'usuario – sembrano già considerate negli altri tre casi ('*... inter fructuarios ... alter usum fructum, alter possessionem ... alter usum, alter fructum ...*') e sembrano esaurire ogni possibile fattispecie.

In ogni caso Adolf Rudorff svolgeva le ipotesi considerate da D. 43.17.4, compreso l'assai dubbio caso di chi *'usus fructus ... sibi defendat possessionem'*, in una serie di formule, da aggiungersi a quella normale, già riportata, in cui l'autore non differiva sensibilmente da quella che sarà la ricostruzione leneliana:

uti eum fundum nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis utimini fruimini, quominus ita possideatis utamini fruamini, vim fieri veto;  
uti usum fructum eius fundi nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto;  
uti eo fundo nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini, utimini fruimini, quominus ita utamini, utamini fruamini, vim fieri veto.

Queste ipotesi interdittali, nonostante tali dubbi, coprono comunque ogni caso in cui la detenzione o rispettivamente il possesso della *res* siano contesi, come si diceva, tra due usufruttuari o cusufruttuari, tra usufruttuario e usuario e infine tra usufruttuario e possessore – ipotesi in cui si può ricomprendere verosimilmente anche il caso in cui sia parte della controversia lo stesso *dominus*, in quanto possessore –, e quindi risolvono altresì la questione di determinare lo stato di fatto esistente e per tal via il ruolo di attore o convenuto che il *fructuarium* e il *dominus* assumeranno rispettivamente nell'*actio de usu fructu*, sperando a seconda dei casi la confessoria o la negatoria (così come l'*interdictum uti possidetis* determinava i rispettivi ruoli nella *reivindicatio*).

Ma così come l'*uti possidetis* aveva altresì l'ulteriore funzione di risolvere anche le semplici turbative che non coinvolgevano la spettanza del possesso (tanto che la dottrina discute se in questa sua applicazione fosse concesso sempre nella sua normale forma *duplex* o in una diversa versione *simplex*), anche per quanto riguarda l'*utimini fruimini* è verosimile che esso fosse del pari impiegato per tutelare l'esercizio dello *ius utendi fruendi*, dell'*usus* e del possesso (e quindi della nuda proprietà) nei casi in cui la contesa non vertesse sulla conservazione dello stato di fatto esistente in ordine alla disponibilità della *res*, ma solo sulle facoltà delle parti in ordine al suo sfruttamento e alla sua conservazione. Vi sono infatti casi ove una determinata situazione si traduce in un mero ostacolo di fatto al normale esercizio dell'usufrutto, ed in cui quindi l'usufruttuario doveva verosimilmente reagire in via interdittale, sotto l'aspetto della turbativa dello stato di fatto esistente, cosicché non si può escludere ed anzi appare di per sé probabile il ricorso all'*interdictum utimini fruimini*, come in particolare suggerisce, per limitarsi ad un solo esempio, un passo – D. 7.1.19.1, Pomp. 5 *ad Sab.* – ove l'impedimento è costituito da alberi abbattuti dal vento che il *dominus* non provvede a far rimuovere, e dove

la parte finale del testo, appunto relativa ai mezzi processuali a disposizione del *fructuarius* per reagire a tale situazione, è sensibilmente interpolata:

Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum.

Se non stupisce che anche qui sia stata cancellata la menzione dei mezzi processuali cui l'usufruttuario doveva ricorrere, come si è visto accadere normalmente, e che essa sia stata sostituita con l'oscuro riferimento alla pretesa pluralità di fantomatiche *actiones* di cui egli disporrebbe a tale scopo, è da notare come in questo caso fosse più logico ricorrere forse all'interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', considerando, come si vedrà meglio in seguito, la situazione venutasi a creare con la caduta degli alberi nei termini di una *prohibitio* di fatto, ossia di un impedimento in pratica recato al normale esercizio dell'usufrutto, anche in quanto, data la fattispecie concreta, un interdetto restitutorio quale quello in esame avrebbe in maniera più lineare costretto il *dominus* a provvedere alla rimozione degli alberi o comunque a pagare per tale motivo quanto promesso con *stipulatio* in sede di *iudicium secutorium*.

Infatti, com'è noto, l'usufruttuario doveva provvedere, in una sorta di *summissio*, a sostituire gli alberi morti per così dire di vecchiaia, ma non quelli abbattuti invece dalla tempesta, a proposito dei quali i *prudentes* discutevano se ed in quali limiti egli poteva appropriarsi del legno come *fructus*. Nel caso di D. 7.1.19.1, chiaramente, Pomponio non considera – in generale ovvero in relazione al caso particolare – le *arbores vento deiectae* di spettanza del *fructuarius*, ma del *dominus*, soluzione da cui sorge, in relazione all'ostacolo così venutosi a creare per quanto riguarda l'esercizio dell'usufrutto, il suo obbligo di rimuoverle.

Ma se invece l'usufruttuario, o per l'inerzia del *dominus* o per l'urgenza di provvedervi (si pensi ad alberi che bloccavano il sentiero su cui transitavano ad esempio i carri agricoli) aveva tentato di rimuovere lui stesso le *arbores* ed era stato in ciò inibito o impedito dal proprietario, in tal caso, per provvedervi direttamente non aveva altra strada che esperire un interdetto proibitorio quale appunto l'*utimini fruimini* che, attraverso l'ordine pretorio '*vim fieri veto*', precludesse al *dominus* l'opposizione alla rimozione degli alberi da parte dell'usufruttuario e quindi consentisse legittimamente a quest'ultimo di provvedervi.

Se tale esempio particolare può dare una idea di massima dei rapporti tra i due interdetti relativi all'usufrutto mostrandone la diversa operatività in relazione alla loro differente natura, rispettivamente proibitoria e restitutoria, esso mostra anche per così dire la relativa complementarietà tra i due mezzi

processuali e la tendenziale copertura, attraverso essi, delle varie ipotesi che potevano giungere a turbare il regolare e corretto esercizio dello *ius utendi fruendi*, tanto dal punto di vista dell'usufruttuario quanto da quello del *dominus*.

Per quanto riguarda il secondo interdetto, che per brevità si può indicare in relazione al titolo in cui era contenuto come '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', la ragione della sua esistenza, quale mezzo di tutela esteso in via utile ed adattato in relazione all'usufrutto, come si è visto ci viene fornita dal pur corrotto testo di *Vat. fragm.* 91, spiegando che, poiché l'usufruttuario *possidere non videtur*, egli '*proprie deiectus dici non potest*', e dunque '*specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est*', concetto espresso in maniera più sintetica e un poco implicita altresì da Ulpiano (69 *ad ed.*) in D. 43.16.3.13: '*Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet si prohibeatur uti frui usu fructu fundi*'.

La formula viene ricostruita – in maniera pedissequa rispetto al normale *interdictum de vi quotidiana* – da Otto Lenel in questo modo:

quo fundo in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti aut familia tua prohibuit, cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur frueretur, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Adolf Rudorff, che già tracciava in maniera sostanzialmente eguale a quanto farà poi Otto Lenel tale formula, esplicita anche la formula dell'interdetto utile al *de vi armata*:

quo fundo tu illum vi hominis coactis armatisque uti frui prohibuisti, eo illum quaeque tunc ille ibi habuit restituas.

Benché dalle formule riportate sembri risultare una perfetta specularità rispetto ai normali interdetti *de vi*, è in ogni caso da notare – anche se non è detto che ciò si riflettesse nella *conceptio verborum* dell'interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*' – che la *prohibitio* è fenomeno alquanto diverso rispetto alla *deiectio* (nozione che del resto conosce nel diritto romano un'autonoma elaborazione a sé stante), cosicché tali differenze tra i due comportamenti considerati rispettivamente dall'interdetto normale e da quello utile non possono che riverberarsi sensibilmente sul funzionamento pratico di essi.

Mentre infatti la *deiectio*, per quanto possa in certi casi essere per così dire ritualizzata, è in linea di massima un atto fisico che scaccia materialmente dal suo possesso e cui si rimedia con una *restitutio* che, in ogni caso, resta nella sua essenza anch'essa alcunché di concreto e corporeo (tenendo ovviamente presente la condanna pecuniaria o la prestazione di una *cautio* cui si

può arrivare in caso di mancato adempimento spontaneo nella procedura arbitraria ovvero nel *iudicium secutorium*), la *prohibitio* è nozione più vasta e alquanto meno univoca. In certi casi, essa, quale *prohibitio* di fatto, potrà estrinsecarsi, oltre che in semplici impedimenti e turbative all'esercizio dell'usufrutto (come nel caso testé ricordato degli alberi sradicati dal vento), altresì in una privazione violenta della detenzione della *res fructuaria* analoga alla *deiectio* del possesso, e dunque in uno scacciare materialmente il *fructuarius* ad esempio dal fondo. Ma nella sua nozione giuridica originaria la *prohibitio* rimane ovviamente un atto di potenziale autotutela privata che si estrinseca in una inibizione o divieto rivolto all'usufruttuario di persistere nell'uso della cosa secondo le modalità in cui se ne sta attualmente servendo, e che dunque rende illegittimo, in quanto considerato come attuato 'vi' agli effetti interdittali, il continuare ad usare il fondo, cosa che potrà riprendere a fare soltanto una volta espletata la procedura interdittale, dopo la quale egli potrà ricominciare ad esercitare l'*uti frui*, se avrà avuto ragione anche secondo le modalità prima contestate dal *dominus*, se avrà avuto torto impegnandosi ad astenersi dall'uso della *res* secondo le modalità contestate.

Lo stesso obbligo di *restitutio*, che appare il fine primario degli interdetti appunto detti «restitutori», e qui da intendere con una certa elasticità, e non sempre si estrinsecherà in una restituzione tendenzialmente materiale come in linea di massima accade negli *interdicta de vi*, ma potrà in maniera più lata consistere in una semplice riduzione in pristino, come, ad esempio, nell'*interdictum quod vi aut clam*, dove oggetto di lite è in primo luogo l'*opus* illegittimo intrapreso dal vicino. Tuttavia anche qui gioca un ruolo fondamentale il cosiddetto principio della pecuniarietà della condanna e la conseguente impossibilità nel diritto romano di una condanna in forma specifica, cosicché, quand'anche l'obbligo primario della parte si concreti in una restituzione materiale, in caso di mancato adempimento spontaneo la sanzione non potrà che tradursi che nell'obbligo di versare una determinata somma di denaro: ovvero, nel caso che l'obbligo riguardi il futuro, come quello di astenersi dal turbare ancora il possesso o una determinata situazione di fatto quale il godimento dell'*uti frui*, nell'obbligo di promettere mediante *stipulatio* una *cautio* pecuniaria per l'ipotesi di mancata astensione (e del resto tale fenomeno è in special modo evidente nelle liti relative agli *iura in re aliena*, dove la clausola arbitraria non si concretizzerà, come invece avviene nella *reivindicatio* tramite la *clausola arbitraria*, nella restituzione in forma specifica, ossia materiale, della cosa, ma in un semplice impegno a non recare ulteriori molestie allo stato di fatto, in caso di sconfitta impegnandosi il preteso usufruttuario o il supposto titolare della servitù a non turbare più il pacifico godimento del fondo cui avanzavano la pretesa, in caso di loro vittoria invece impegnandosi la con-

troparte a rispettare il normale esercizio del loro diritto).

Tale peculiarità del sistema processuale romano incide quindi anche sugli interdetti restitutori, dove la riammissione dell'interessato sullo *status quo ante* e la riduzione in pristino che sembrerebbero oggetto di tali mezzi processuali tendono a trascolorare in un generico obbligo di risarcimento dei danni alquanto dimentico di tale originaria finalità; e non è un caso se già una delle più antiche ipotesi di applicazione dell'*interdictum quod vi aut clam* verta proprio su di una fattispecie di taglio di alberi cedui in cui il provvedimento avuto di mira sembrerebbe essere non una *restitutio*, praticamente impossibile, bensì senz'altro un risarcimento del danno:

D. 43.24.13.4 (Ulp. 71 *ad ed.*). Unde apud Servium amplius relatam est, si mihi concesseris, ut ex fundo tuo arbores caedam, deinde eas alius vi aut clam ceciderit, mihi hoc interdictum competere, quia ego sim cuius interest: quod facilius erit admittendum, si a te emi vel ex aliquo contractu hoc consecutus sim, ut mihi cadere liceat.

Tali aspetti circa il funzionamento concreto degli interdetti restitutori contribuiscono quindi a spiegare la relativa complessità di fini che in particolare si ritrova nel cosiddetto interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', dove, in caso di prevalenza del *fructuarium*, si potrà avere una *restitutio* in termini tendenzialmente fisici analoga a quella che segue sanzionandola la vera e propria *deiectio* o un semplice rientrare dell'usufruttuario nel godimento della *res*, nel caso garantito dalla *cautio* con cui il *dominus* si impegna a non disturbarlo più in tal senso, ovvero anche una semplice rimozione dell'ostacolo che rendeva semplicemente malagevole tale *uti frui*, ad esempio bloccando il sentiero con alberi abbattuti che il *dominus* non provvedeva a rimuovere, facendo così considerare tale evento, come si è visto, nei termini di una *prohibitio* di fatto.

In effetti, queste considerazioni lasciano ancora aperto il problema dei criteri in base ai quali doveva avvenire la scelta del *fructuarium* di reagire alla *prohibitio* del *dominus rei* tramite l'interdetto *utimini fruimini* ovvero tramite l'interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', questione che per un verso potrebbe essere considerata facilmente risolvibile pensando, sulla falsariga della *deiectio* nell'*interdictum unde vi*, che il secondo interdetto fosse in linea di massima esperibile quando la *prohibitio* si fosse estrinsecata in un atto violento che avesse privato l'usufruttuario della detenzione stessa della *res*, e dove quindi occorresse un interdetto appunto restitutorio per fargliela riconseguire. Tuttavia, nonostante il parallelismo tra tale interdetto (di cui si ricordi che è stata postulata una duplice formulazione, analoga alla duplicità tra il *de vi cotidiana* e il *de vi armata*) e i due interdetti appunto relativi appunto alla *vis* nel possesso, è un parallelismo a ben vedere soltanto parziale. Qui infatti di fron-

te alla *prohibitio* di una parte (si ricordino le affermazioni delle fonti ‘*vi factum videri ... si quis contra quam prohiberetur fecerit*’ di D. 43.24.1.5 e ‘*qui prohibitus utitur, clam utitur*’ in D. 43.19.3.pr.) il possesso dell’avversario diviene di per sé *vitiosus* agli effetti della clausola ‘*nec vi nec clam nec precario*’, cosicché se dopo la *prohibitio* il soggetto procede ad una *deiectio* (non armata) egli potrà legittimamente trattenere la cosa, in quanto non scatterà l’ordine ‘*restituas*’ dell’interdetto *de vi*. Nel caso invece dell’analogo interdetto relativo all’usufrutto le cose non sono così semplici; potrà avvenire che il *dominus rei* dopo la *prohibitio* privi con la violenza il *fructuarius* della *res*, ed in questo caso la soluzione sarà analoga a quella che si ha nell’*unde vi* se il motivo che ha spinto il *dominus* ad agire è appunto la (pretesa) mancanza nella controparte di un titolo legittimante a detenere la cosa per usarne e fruirne, ossia l’inesistenza di uno *ius utendi fruendi*: il preteso usufruttuario, cioè, dovrà a questo punto agire con la *petitio usus fructus* per dimostrare il proprio titolo e il proprio diritto.

Ma può anche accadere che la *prohibitio* e la conseguente esclusione dalla detenzione della cosa del *fructuarius* non avvenga sulla base della completa assenza di un titolo di usufrutto, bensì in base ad un semplice comportamento contrario ai propri obblighi, ad esempio l’ennesimo episodio di mancata *refectio*: e in questo caso supporre che l’usufruttuario perda definitivamente la *res*, dovendo quindi ricorrere alla *petitio usus fructus* per riottenerla, sarebbe non solo una conseguenza aberrante nella sua esagerata enormità, ma altresì una soluzione in sé contraddittoria, dato che egli perderebbe la lite in sede interdittale per via del meccanismo della *prohibitio* e della *clausula vitii*, ma la vincerebbe riottenendo la cosa, disponendo di un legittimo titolo, nella sede del giudizio *de iure* dell’azione vendicatoria dell’usufrutto (senza contare che una simile prospettiva dilaterrebbe i confini degli effetti della *prohibitio* ben oltre la sua natura ed il suo normale scopo, rendendola uno strumento per «azzerare» la posizione del *fructuarius* e non più soltanto per costringerlo ad adempiere ai suoi obblighi). Per quanto congetturale ed ovviamente priva di basi testuali, sembrerebbe alquanto più verosimile la soluzione che in sede di interdetto ‘*si uti frui prohibitus esse dicetur*’ la *prohibitio* originata non dall’assenza di un titolo ma da un semplice mancato rispetto dei suoi obblighi da parte del *fructuarius* dovesse avere quale più limitata conseguenza – in parallelo a quanto avveniva nell’*utimini fruimini* – di dover prestare, per rientrare nella detenzione della *res*, una *cautio* con cui si impegnava al rispetto dei propri obblighi e in particolare, nell’esempio fatto, a provvedere regolarmente per il futuro alla *refectio*, ponendo subito fine al comportamento che aveva legittimato la *prohibitio* del *dominus*.

Si tratta, evidentemente, di una ipotesi di cui le fonti non trattano per nulla, e quindi di una soluzione che non può trovare riscontri testuali: ma



sembra di per sé verosimile per evitare conseguenze del tutto aberranti e completamente contrarie alla logica che si può legittimamente supporre sottesa al sistema di tutela dello *ius utendi fruendi*. Benché l'interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*' sia modellato sull'*unde vi*, rimane infatti la fondamentale differenza che la *deiectio* del secondo si dirige verso una situazione possessoria che è legittima o no, senza vie di mezzo, per cui non vi è altra possibile soluzione che la *res* rimanga al *deiciens* o sia restituita al *deiectus*, mentre la *prohibitio* dell'usufruttuario, quand'anche si traduca in uno spolio della detenzione della *res*, può riguardare tanto situazioni in cui un titolo legittimante all'*uti frui* manca del tutto (con conseguenze quindi in tutto analoghe a quelle viste per il *de vi*) come anche situazioni in cui indubbiamente tale titolo esiste, anche se l'usufruttuario ha reso '*vitiosa*' la propria posizione venendo meno a suoi specifici obblighi (e dove quindi, presumibilmente, per riottenere la cosa sarà sufficiente la prestazione di una *cautio*): per cui una diversificazione delle conseguenze della *prohibitio* traducendosi nella privazione delle disponibilità della *res* sembrerebbe giocoforza imporsi.

Per il resto, le fonti superstiti non ci forniscono soverchie informazioni in ordine al funzionamento dell'*interdictum* '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', né ci offrono una casistica particolarmente ricca di ipotesi in cui era applicato. I testi a disposizione trattano in effetti di aspetti piuttosto marginali e non molto significativi.

Così, in D. 43.16.3.14 (Ulp. 69 *ad ed.*), dopo aver precisato che per '*prohibere*' si intende il *vi deicere* o il *non admittere* l'usufruttuario al godimento della cosa ma soltanto se era già immesso nell'*uti frui* e lo esercitava normalmente ('*utentem et fruentem*'), si specifica che se egli invece non ha ancora conseguito la detenzione della cosa ed il *dominus* non gli consente di iniziare a farlo, questi non potrà reagire con l'interdetto agendo in base a meri presupposti di fatto, difettando del requisito dell'esercizio '*hoc anno*' richiesto dalla formula ('... *in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti ... cum ille ... a te uteretur fruere retur ...*'), e dovrà allora ricorrere alla *confessoria* per conseguire, dimostrandolo *de iure*, il proprio diritto di usufrutto.

Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem aut non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa. ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. quid ergo est? debet fructuarium usum fructum vindicare.

Si avverte poi che se il *fructuarium* sia stato *prohibitus* dal *dominus* – il quale in base all'interdetto deve quindi restituirlo nella stessa situazione in cui sarebbe venuto a trovarsi se non fosse stata messa in atto la *prohibitio*, che si

deduce illegittima –, qualora scada il termine dell'usufrutto, dunque costituito *ad tempus*, in tal caso il *dominus* dovrà ricostituire tale diritto, in quanto unico modo in cui l'usufruttuario potrà essere reimmesso nell'esercizio dell'*uti frui* di cui è stato ingiustamente privato:

D. 43.16.9.1 (Paul. 65 *ad ed.*): Deiectum ab usu fructu in eandem causam praetor restitui iubet, id est in qua futurus esset, si deiectus non esset. itaque si tempore usus fructus finitus fuerit, postquam deiectus est a domino, nihilo minus cogendus erit restituere, id est usum fructum iterum constituere.

Se invece dopo la *prohibitio* l'usufrutto si estingue per morte o *capitis deminutio*, il *fructuarius* e i suoi eredi non potranno pretendere che venga ricostituito, ma soltanto agire per le utilità perdute in seguito all'interruzione dell'esercizio dell'*uti frui* nonché per il risarcimento del danno:

D. 43.16.3.17 (Ulp. 69 *ad ed.*): Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur.

E ciò, verosimilmente, perché il finire dell'usufrutto nelle more del giudizio non è una conseguenza diretta della *prohibitio* e perciò imputabile al *dominus*, come nel caso precedente, ma un evento estraneo alla sua sfera di responsabilità (il passo appare con ogni probabilità riassunto un po' maldestramente – come denuncia innanzitutto l'accento iniziale alla *quasi possessio* del *fructuarius* – in quanto Giustiniano per un verso stabilisce, contrariamente alla regola recata in linea di massima dai classici, che l'usufrutto acquisito per mezzo del *filius* o del servo non si estingue in caso di morte, emancipazione o manumissione, *capitis deminutio* o alienazione di essi – C.I. 3.33.17 –, e d'altra parte limita alle sole *capitis deminutiones media e maxima*, escludendo quella *minima*, il suo venir meno, cosicché il risarcimento nel caso considerato non potrà più essere richiesto dal *fructuarius* stesso, ma solo da *heredes et successores*).

Parimenti, se un *praedo* (termine che, non è inutile ribadirlo, non indica il «predone», come purtroppo si legge in taluni recenti lavori, ma colui che si immette nel possesso senza alcuna giustificazione – '*possideo quia possideo*' –: D. 41.2.5, Paul. 63 *ad ed.*, e D. 50.17.126.pr., Ulp. 15 *ad ed.*) scaccia dal fondo *dominus* e *fructuarius* e quest'ultimo non reagisce giudizialmente finché il suo diritto si estingue per *non usus*, egli non potrà lamentarsi di tale evento avvenuto per sua colpa né chiedere la ricostituzione del diritto:

D. 43.16.10 (Gai. 2 ad ed. praet. urb. de lib. c.): Si de fundo proprietarium et fructuarium praedo expulerit atque ob id fructuarius constituto tempore non usus perdidit ius suum, nemo dubitat, quin dominus, sive experiatur cum fructuario adversus praedonem sive non experiatur, retinere debeat reversum ad se usum fructum et, quod fructuarius perdidit, id ad damnum eius pertineat, cuius facto perit.

Se, guardando infine agli ultimi passi relativi all'interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', D. 43.16.3.16 (Ulp. 69 ad ed.) si limita in maniera piuttosto anodina ad affermare che '*item si non usus fructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum. ex quacumque enim causa constitutus est usus fructus vel usus, hoc interdictum locum habebit*', più interessante ai fini di queste pagine è D. 43.16.3.15 (Ulp. 69 ad ed.), dove ci si pone il problema della tutela delle *res mobiles*:

Pertinet autem hoc interdictum ad eum, qui fundo uti frui prohibitus est: sed pertinebit etiam ad eum, qui aedificiis uti frui prohibetur. consequenter autem dicemus ad *res mobiles* hoc interdictum non pertinere, si quis uti frui prohibitus est *re mobili*, nisi si *rei soli* accedebant *res mobiles*: si igitur *ibi fuerunt*, dicendum est etiam ad *eas* referri hoc.

Se tuttavia l'interdetto in questione non riguarda la cose mobili '*nisi si rei soli accedebant*', tale affermazione – oltretutto contenuta in un contesto piuttosto dubbio, come mostra in maniera chiara la raffazzonata chiusa: '*dicendum est etiam ad eas referri hoc*' – non esclude che anche nel caso della *prohibitio* e dell'interdetto restitutorio, come si è già notato in ordine all'*utimini fruimini* e alla sua funzione proibitoria, potesse esservi un ulteriore interdetto relativo alle *res mobiles*. Se infatti l'argomento *e silentio* non può certo essere considerato una ragione valida per escludere tale possibilità, dato che come si è visto la trattazione giustiniana sceglie di preterire o quasi l'intera materia della tutela interdittale dell'usufrutto, non mancano affatto precisi indizi logici in tal senso, che suggeriscono come risulti pressoché assurda una mancanza di qualsiasi protezione di tale tipo in ordine alle cose mobili:

D. 7.1.17.1 (Ulp. 18 ad Sab.): Ex eo, ne deteriolem condicionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coërcere possit. et Aristo apud Cassium notat plenissimam eum coercionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis usufructuarius nec contrariis quidem ministeriis aut inusitatis artificium eius corrumpere possit nec servum cicatricibus deformare.

Se la prima parte del testo parla della *coërcitio*, sia pur da esercitare secondo parametri di ragionevolezza e in maniera tale da non pregiudicare lo sfruttamento dello schiavo da parte dell'usufruttuario, la seconda parte, introdotta

dall'avversativo *'quamvis'*, con brusco cambio di prospettiva passa a trattare del divieto per il *fructuarius* di adibire il servo a mansioni che non sono proprie alla sua professione e addirittura del divieto di sfigurarlo con cicatrici, rendendo verosimile che qui Ulpiano recasse un più lungo discorso, di cui in pratica rimane solo il finale, in cui trattava in particolare, dopo quella spettante al *dominus*, della *coërcitio* dell'usufruttuario (si veda tra l'altro l'indicazione di massima dei limiti di tale attività punitiva di quest'ultimo, analoghi a quelli che incontra la *castigatio* del proprietario, in D. 7.1.66, Paul. 47 *ad ed.*: '*Cum usufructuario non solum legis Aquiliae actio competere potest, sed et servi corrupti et iniuriarum, si servum torquendo deteriorem fecerit*').

Se già quello della *coërcitio* spettante sia al *dominus* che al *fructuarius* è elemento tale da poter dar facilmente luogo a tensioni ed attriti nonché a *iurgia* se non sovente a vere e proprie liti che si sarebbero subito tradotti in una *prohibitio* da risolvere perciò tramite una procedura interdittale, rendendo così poco verosimile che potesse non esistere un mezzo di tutela di tale tipo relativo alle *res mobiles* e in particolare ai *servi*, è più in generale la delicatezza delle questioni cui dava luogo l'impiego degli schiavi a suggerire l'estrema verosimiglianza di questa soluzione: si pensi ai pressoché quotidiani problemi che dovevano crearsi in ordine al mantenimento ma anche alle cure che si rendevano necessarie per essi (D. 7.1.45, Gai. 7 *ad ed. prov.*: '*Sicut impendia cibariorum in servum, cuius usus fructus ad aliquem pertinet, ita et valetudinis impendia ad eum respicere natura manifestum est*'), nonché alle questioni relative alle mansioni e alle attività legittime o vietate, sovente complesse (D. 7.8.12.6, Ulp. 17 *ad Sab.*: '*Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: quemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat? idem tamen Labeo putat, si fundum conduxerit quis, usuarium servum posse ibi operari: quid enim interest, in qua re opera eius utatur? quare et si lanam conduxerit usuarius expediendam, poterit etiam per usuarias ancillas opus perficere, idemque, si vestimenta texenda redemerit vel insulam vel navem fabricandam, poterit ad haec operis uti usuarii: nec offendetur illa Sabini sententia ancillae usu dato ad lanificium eam non mitti nec ex operis mercedem capi, sed sibi lanam facere iure cogere: sibi enim facere videtur, qui non operas eius locavit, sed opus quod conduxit expedit. idem et Octavenus probat*'). E a tutto questo si aggiungevano poi le limitazioni pattizie che conducevano a circoscrivere ulteriormente le occupazioni che potevano venire legittimamente assegnate agli schiavi (D. 7.1.27.5, Ulp. 18 *ad Sab.*: '*Sed et si servus sub poena emptus sit interdictis certis quibusdam, an si usus fructus eius fuerit legatus, observare haec fructuarius debeat? et puto debere eum observare: alioquin non boni viri arbitrato utitur et fruitur*').

Nel complesso, si tratta di un articolato sistema di limiti di impiego e di divieti che riguardano sia il *fructuarius* che il *dominus*, forieri di discussioni e liti in ordine a cui il più che naturale mezzo di risoluzione, immediato e veloce,

era naturalmente costituito dall'interdetto con cui l'intimato reagiva alla *prohibitio* dell'altro ritenendola attuata *non iure*, ossia infondata nei suoi presupposti: e sarebbe invero assai strano che tale insostituibile tipo di procedura dovesse mancare, a differenza di quanto avveniva nel possesso, per quanto riguarda le *res mobiles* oggetto di usufrutto. Se quindi, nel silenzio e nelle preterizioni che caratterizzano le fonti a disposizione in ordine alla tutela interdittale dell'usufrutto, non appare soverchiamente audace postulare che dovesse esistere un interdetto che consentisse di reagire alla *prohibitio* esperita rispetto alle *res mobiles*, si può forse conclusivamente notare come la formula dell'*interdictum* 'si uti frui prohibitus esse dicitur' (*quo servo in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti ... , cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur fruere, eo illum ... restituas*) e come analoghe osservazioni possano valere per l'*utimini fruimini* ('*uti eo fundo q.d.a. nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utimini fruamini, vim fieri veto*'), risultando entrambi gli interdetti non soverchiamente ardui da adattare a tale specifico scopo: e, in assenza di definitivi riscontri, si può ritenere fino a prova contraria che la sussistenza di un consimile interdetto possa essere considerata estremamente verosimile.

Alquanto più difficile, infine, è invece congetturare quale potesse essere la formulazione dell'interdetto spettante al *dominus* qualora avesse subito una *prohibitio* da parte del *fructuarium* (o dell'*usuarius*, come esemplificano i già richiamati D. 7.8.15.1 e D. 7.8.10.4); in ogni caso, se le fonti in materia sopravvissute risultano attestare che altresì tali soggetti potevano levare una *prohibitio* nei confronti del proprietario, così come egli poteva normalmente fare nei loro confronti, è giocoforza postulare anche che vi fosse un interdetto che forniva al *dominus* la possibilità di reagirvi, e a tale scopo sembrerebbe essere più che sufficiente il ricorso all'*utimini fruimini* in una sua versione utile: si ricordano in particolare le citate formule che Adolf Rudorff ricavava da D. 43.17.4 ('... *et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat ...*'), e quindi in particolare quella relativa appunto alla lite tra l'usufruttario ed il possessore ('*uti eum fundum nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis utimini fruimini, quominus ita possideatis utamini fruamini, vim fieri veto*').

## 12. Ostilità postclassica e giustiniana verso l'autotutela privata e la *prohibitio* in particolare

In ogni caso, se i giustinianeî intervenirono, altresì sulla base di una già assestata falsariga postclassica, a porre sotto silenzio il sistema classico della *prohibitio* e il procedimento decretale circa la sua legittimità cui dava luogo, fa-

cendo così in pratica quasi scomparire il sistema interdittale di tutela dell'usufrutto, tutto questo avvenne non senza precise ragioni, e si inseriva del resto in un generale atteggiamento costruttivo ostile a qualsiasi forma di autotutela privata ed ai forti pericoli cui essa dava luogo nella mutata temperie generale dei nuovi tempi.

Non è qui il caso di indulgere a soverchie digressioni per mostrare le non lievi trasformazioni che si concretizzano nell'età postclassica in ordine alla tutela del possesso e della proprietà, ed in generale per quanto riguarda il contesto dei diritti reali sulla cosa altrui. La situazione generale di incertezza e di disordine rendeva non più consone ai nuovi tempi quelle forme di autotutela privata che in età ancora classica, pur dando talora luogo a vari problemi, erano ancora mantenute nella loro normale vigenza in quanto idonee a risolvere linearmente e soprattutto con velocità non pochi problemi relativi al possesso ed agli stati di fatto limitrofi, come si vede avvenire in particolar modo nel contesto delle servitù prediali. Si trattava del resto di un sistema nelle sue origini conformato ad un ordinamento antico e di dimensioni personali ancora relativamente contenute, e soprattutto ad un sistema di controllo sociale prima ancora che giuridico che ne evitava almeno in buona parte gli eccessi e gli abusi, e dove diventava un fattore istituzionalizzato il fatto che, se una parte non può vantare una situazione tale da escludere la *'exceptio vitiosae possessionis'* (*'non vi non clam non precario'*), negli interdetti proibitori viene meno l'ordine pretorio *'vim fieri veto'* e si dà libera strada all'autotutela privata, nel caso anche relativamente violenta, così come nell'*interdictum de vi cottidiana* il fatto che il precedente possesso fosse attuato *vi, clam* o *precario* legittima, com'è noto, chi pur si è impadronito dell'immobile con la violenza a trattenerlo legalmente.

Ma se tale situazione era tollerabile ancora nei secoli classici, nel nuovo contesto tardoantico lasciare un simile spazio all'autotutela privata diviene presto alcunchè di intollerabile, poiché nella maggior incertezza delle situazioni giuridiche e nella minore efficacia della tutela giurisdizionale statuale essa apre una troppo facile via ad abusi ed usurpazioni specie da parte dei cosiddetti *potentiores*, e va quindi per quanto possibile bloccata ed impedita con provvedimenti di vario genere, alcuni specificamente volti a risolvere direttamente il problema, altri più in generale riguardanti il complessivo assetto giudiziario che regola lo svolgersi delle liti in materia di diritti reali.

Soprattutto in età costantiniana, il quadro generale della tutela dei diritti reali appare per molti versi mutare radicalmente: a parte quella sintomatica sorta di «taglione» previsto da C.Th. 2.26.2, secondo cui *'qui inreptor agrorum fuerit'* avrebbe dovuto cedere alla vittima dello spoglio *'tantum agri modum'*

quanto la porzione illegalmente occupata, ed anche lasciando qui da parte la norma estrema che prevedeva l'impunità penale dell'agredito che, anche in torto da un punto di vista civilistico, reagisse alla *deiectio* con spargimento di sangue, di cui era comunque responsabile l'*invasor*, quello che soprattutto muta dal punto di vista delle stesse costruzioni dogmatiche di fondo è in primo luogo la costruzione della tutela possessoria e dei suoi secolari canoni che erano diventati tutt'uno con la sistematica giuridica sottesa a tali costruzioni. In effetti, la disposizione in materia per così dire più scioccante (e non a caso definita «cosa da pazzi» da Pietro Bonfante) è il principio per cui – C.Th. 11.39.1 – il processo per la rivendica di un bene diviene sostanzialmente imperniato sul confronto delle posizioni possessorie dei contendenti, addossando altresì al convenuto l'onere di dichiarare il fondamento del suo possesso, ove volesse contestare la posizione fatta valere dall'attore, per cui se il convenuto non avesse provato la sua *iusta causa possessionis* o l'intervenuta *praescriptio*, rischiava di perdere la lite anche se l'attore, pur non dando la prova di un dominio assoluto, avesse semplicemente provato di aver posseduto *ex iusta causa*: cosa che trasformava profondamente il meccanismo dell'azione reale, che non tutelava più solo il *dominus*, ma anche il possessore *ex iusta causa*, sino al compiersi della *praescriptio*, vanificando per vari versi anche la distinzione fra azione di rivendica e azione Publiciana. Se anche tale costituzione verrà in ogni caso abrogata non molto tempo dopo, rimane il fatto che in generale si tratta di una concezione del possesso ove l'esigenza di accertamento della «verità» e il richiamo all'*aequitas* si traducono in precise tecniche giuridico-processuali ed accorgimenti di politica legislativa che portano ad un processo privato di tipo inquisitorio, nel quale, in particolare, diviene inevitabile richiedere appunto al convenuto di '*edicere titulum*', ossia '*quo iure*' – '*iuste tenere*' – ha la cosa, ed in cui d'altra parte il «possesso» designa ormai una situazione insieme di fatto e di diritto, finendo con il divenire oggetto della proprietà quanto degli altri diritti reali.

In ciò che rimane del sistema interdittale, trasformato ormai in una semplice procedura sommaria, in età tardoantica si assiste ad una commistione tra difesa pretoria e tutela possessoria, che tende del resto ad essere intesa come protezione provvisoria della proprietà, e se come accennato il convenuto deve egli stesso fornire la prova della legittimità della propria posizione, la dimostrazione appunto di un '*iustum initium*' risulta quindi in linea di massima far conseguire al possessore «una tutela processuale talmente efficace verso gli attacchi di terzi da superare, vicariandola, la formale carenza della titolarità del diritto». In un simile contesto, tale differente impostazione diviene ovviamente l'inevitabile tramonto della tutela propriamente possessoria rappresentata dalla procedura interdittale: in particolare, la cosiddetta

*exceptio vitiosae possessionis* – ancora ribadita da Diocleziano in C.I. 8.4.1 – viene da Costantino resa inutilizzabile nel rimedio possessorio di carattere penale corrispondente all'*interdictum unde vi*, appunto al fine di disincentivare l'auto-tutela privata, mentre anche per quanto riguarda la provvisoria tutela della *momentaria possessio* l'ordine di restituzione alle vittime non può che prescindere del tutto da ogni accertamento di avvenimenti pregressi quali quelli indicati da tale clausola: per tal verso, vista ormai principalmente in relazione all'obbligo di restituire comunque la cosa alla vittima dello spoglio, la *clausula vitii* tende ad essere intesa in senso assoluto, senza alcun immediato riferimento alla reciproca posizione delle parti implicata classicamente dalle parole 'alter ab altero', e la *possessio non vitiosa* da essa una volta considerata tende quindi a venire ormai riassorbita nella *possessio secundum ius* fondata su di una *iusta causa possessionis* (tendenzialmente rapportabile alle *iustae causae usucapionis*), mentre l'essere il possesso iniziato *vi*, *clam* o *precario* invece lo qualifica in assoluto come *vitiosus*, senza il limite soggettivo relativo degli effetti interdittali, trasformando dunque la *possessio non vitiosa* in una *iusta possessio* che tende a coincidere con la cd. *possessio ad usucapionem*. Se quindi *exceptio vitiosae possessionis* si era già in età postclassica trasformata in un attributo del *iustum initium* ed aveva perso del tutto le caratteristiche tecniche in base a cui aveva operato fino a tutta l'età classica, non dovette ormai destare soverchi problemi sistematici neppure la riunificazione giustiniana in un solo «interdetto» del *de vi cottidiana* e del *de vi armata*, con generalizzazione del principio per cui l'immobile tolto con la violenza va solo per questo comunque restituito, cancellando d'un solo tratto le obiezioni che per secoli lo spoliatore aveva potuto levare a propria difesa, e consistenti appunto nei concetti di *vis*, *clam* e *precario* propri dell'altrui posizione indicati nella *clausula vitii*, che veniva brutalmente cancellata in tale unificazione dei due interdetti.

Anche senza procedere ad un esame approfondito ed esaustivo di tali questioni, dunque, l'ostilità postclassica e giustiniana verso la *prohibitio* ed il meccanismo interdittale volto a verificarne l'eventuale legittimità appare un indiscutibile dato di fatto addirittura banale, e non deve quindi per nulla stupire che dalla Compilazione siano in massima parte scomparsi gli accenni a tali istituti in relazione all'usufrutto. Del resto, la situazione generale di ostilità verso la *prohibitio* risulta già diffusa a partire dall'epoca severiana, come mostrano incidentalmente varie costituzioni riportate in C.I. 3.34 (*de servitutibus et de aqua*).



### 13. Gli inevitabili interventi in tal senso operati in conseguenza dai compilatori

Nelle servitù prediali, in effetti, la più parte dei frammenti di ambito interdittale tende a vedere la situazione dal punto di vista sostanziale del titolare della servitù, considerandone in linea di massima la posizione corretta e quindi illegittima la *prohibitio* che ha subito, repressa attraverso l'ordine pretorio '*vim fieri veto*', e descrivendo quindi per lo più fattispecie che si possono accordare e coordinare con la nuova temperie venutasi a creare in ordine a tali istituti. Sopravvivono anche, è vero, frammenti come D. 43.20.1.15, in cui la chiusa '*impune ei vis fiet*' avrebbe forse dovuto mettere in allarme i commissari giustiniani, facendogliela quantomeno smussare, ma il tecnicismo della trattazione e la evidenza della giustizia sostanziale di tale soluzione (in cui il titolare aveva arbitrariamente mutato le modalità di esercizio della servitù), contribuirono verosimilmente a far passare indisturbata tale dichiarazione esplicita degli effetti di una *prohibitio* fondata.

Ma per quanto riguarda lo *ius utendi fruendi* la questione risultava alquanto diversa, ed il discorso sulla *prohibitio* ed il rimedio interdittale svolto dai giuristi classici alquanto più pericoloso agli occhi dei giustiniani.

Nell'usufrutto – diritto di ben più recente introduzione rispetto alle servitù prediali – la preoccupazione principale dei *prudentes* appare infatti quella di determinare e fissare i corretti limiti dell'*uti frui*, e dunque le utilità che il soggetto può legittimamente trarre dalla *res fructuaria* e le attività che egli può svolgere in ordine ad essa: e nonostante l'indicazione di alcuni criteri apparentemente generali (e in primo luogo la regola d'apertura '*usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*' di Paul 3 *ad Vit.*, D. 7.1.1), tale indagine viene condotta, secondo i metodi tipici della giurisprudenza romana, in una prospettiva appunto casistica, dove i singoli comportamenti del *fructuarius* in ordine alla *res* vengono empiricamente valutati secondo criteri alla fine di buon senso giuridico. Il settimo libro del Digesto, specie nella prima rubrica ('*de usu fructu et quemadmodum qui utatur fruatur*'), esamina quindi una vasta congerie di ipotesi in cui è potenzialmente dubbio se l'attività dell'usufruttuario è lecita o meno, ma lo fa in una prospettiva essenzialmente sostanziale dove non vengono quasi menomamente in questione i mezzi processuali attraverso cui tali problemi potevano essere concretamente risolti. Tale peculiarità si nota in maniera evidente se si confronta la trattazione dello *ius utendi fruendi* con quella delle servitù prediali, dove – a parte il fatto che in tale argomento l'aspetto sostanziale non è così nettamente distinto da quello processuale – i vari problemi casistici vengono affrontati specie dal punto di vista del diritto materiale nell'ottavo libro, mentre i risvolti proces-

suali di tali questioni trovano posto soprattutto nelle rubriche relative alle servitù del quarantatreesimo libro, dove l'analisi dei connessi interdetti consente altresì di esaminare nello specifico, in una prospettiva appunto processuale, i vari limiti di esercizio di tali *iura in re aliena*.

Se viceversa per quanto riguarda l'usufrutto ciò non avviene – e si è vista infatti la pressoché totale scomparsa delle trattazioni concernenti i relativi interdetti – è ovviamente perché la procedura decretale prendeva le mosse da una *prohibitio* specie del *dominus*, ossia dall'impedimento volto a vietare una determinata attività di cui il giudizio era appunto volto a determinare la legittimità o meno, con ciò risolvendo, sempre appunto casisticamente, quali atti erano o meno concessi all'usufruttuario. Mentre infatti nelle servitù prediali, istituto alquanto più antico, l'elaborazione giurisprudenziale aveva ormai normalizzato i generali criteri d'uso del diritto, tanto che, a parte poche eccezioni, i frammenti riportati nel Digesto trattano in linea di massima di ipotesi in cui l'eventuale *prohibitio* del *dominus* del fondo servente appare ingiustificata ed il titolare della servitù prevale di norma nella procedura interdittale, e a parte rari casi la *prohibitio* è quindi di regola illegittima e tale da venire superata attraverso il giudizio decretale, per quanto riguarda invece lo *ius utendi fruendi* la questione si poneva in modo alquanto differente, e la *prohibitio*, oltre a riguardare un diritto non in ultima analisi marginale quale una servitù prediale ma la possibilità di sfruttamento di un fondo nel suo complesso, concernendo un diritto di ben più recente introduzione poteva colpire ipotesi in cui più facilmente il *fructuarius* risultasse decisamente in torto nelle modalità di sfruttamento della *res*, e dove quindi la *prohibitio* risultava fondata e perciò legittima né poteva essere rimossa dall'ordine '*vim fieri veto*' contenuto dalla formula interdittale, che cedeva di fronte al carattere giustificato della *prohibitio* stessa, i cui effetti potevano essere rimossi – con conseguente ripresa dell'esercizio dell'usufrutto – soltanto quanto il *fructuarius*, in torto, garantiva tramite *cautio* di astenersi per il futuro dal comportamento oggetto di lite ovvero di provvedere a quelle attività la cui omissione aveva fatto scattare la *prohibitio*. Basti in particolare por mente al problema della *refectio*, la cui mancata prestazione risultava, nell'esemplificazione offerta dalle fonti, un caso particolarmente trattato dai *prudentes*, e dove, in assenza delle dovute attività di manutenzione da parte del *fructuarius*, la *prohibitio* del *dominus rei* risultava nell'esemplificazione in linea di massima normalmente fondata e quindi efficace.

In tale situazione, una trattazione del corretto esercizio dell'usufrutto svolta secondo i paradigmi classici si sarebbe giocoforza tradotta in una sorta di apoteosi della risolutiva funzione della *prohibitio* e del meccanismo interdittale volto a controllarne la legittimità specie in riferimento alla cd. *clausula vitii*,

e alla risolutiva funzione di tale atto di autotutela privata nel risolvere i problemi relativi all'esercizio concreto dello *ius utendi fruendi*. Un tipo di trattazione, cioè, che i giustinianeî, dopo avere in pratica abolito la *prohibitio* ed il meccanismo interdittale ad esso sotteso, non potevano certamente permettersi di lasciar sopravvivere nel Digesto.

E per evitare questo, come si vedrà, i compilatori non ebbero certo la necessità di ricorrere ad un massiccio uso di interpolazioni, ma si avvalsero più che altro del metodo della preterizione, evitando di riportare i passi che trattavano della *prohibitio*, ed affrontando in generale il problema dei corretti limiti dello *ius utendi fruendi* in una più prudente prospettiva di diritto sostanziale che evitava alla radice di parlare della procedura interdittale qui impiegata dai classici: e se si scorrono i testi riportati in particolare in D. 7.1. (*'de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur'*) risulta alquanto difficile non ammettere che il risultato perseguito venne ampiamente e con successo raggiunto.

#### 14. Una possibile prospettiva di ricerca

Soltanto in due casi, nel complesso, non fu possibile seguire il sistema della tacita preterizione e della trattazione del problema dal solo versante meramente sostanziale: innanzitutto nel rimedio concesso al *dominus rei* a proposito della mancata *refectio*, ove il discorso era per lo più affrontato dai classici in una prospettiva verosimilmente processuale e doveva risultare con ogni probabilità impossibile rinunciare del tutto a tali testi, che pur parlavano originariamente della *prohibitio* e del meccanismo interdittale. E qui l'*escamotage* giustiniano consistette semplicemente nel sostituire alla trattazione tecnico-processuale dei *prudentes* un anodino ma in ultima analisi per nulla errato '*per arbitrum cogere fructuarium*', che come si vedrà descriveva empiricamente ma in maniera in fondo esatta il risultato del procedimento interdittale.

L'altro caso fu il caso in cui il *fructuarium* lamentasse la *prohibitio* da parte del vicino all'esercizio di una servitù prediale dovuta al fondo, caso in cui, classicamente, a tale impedimento il soggetto doveva ovviamente reagire attraverso l'interdetto relativo alla servitù. Non è facile comprendere il motivo per cui i giustinianeî intervennero a «censurare» tale banale sistema di tutela soltanto a proposito dell'usufruttuario, mentre per converso lo lasciarono tranquillamente sopravvivere in ogni altro caso, specie nell'ottavo e nel quarantatreesimo libro del Digesto. Probabilmente fu decisivo il fatto che si era deciso di «cancellare», come si è visto, l'intera materia della tutela interdittale dell'usufrutto, cosicché sarebbe stato incongruo ed anzi in pratica impossibi-

le trattarne esclusivamente a tale proposito: e così, rifacendosi piuttosto liberamente all'autorità di Salvio Giuliano – e se ne vedranno le verosimili ragioni – i compilatori ricorsero qui alla strana, e non del tutto priva di contraddizioni, soluzione consistente nel far rivendicare all'usufruttuario, nei confronti del vicino che gli impedisca di avvalersi della servitù, non la servitù stessa, come sarebbe almeno più logico e prevedibile, servendosi della *vindicatio servitutis*, bensì l'intero usufrutto in quanto tale, sperando contro il vicino la *petitio usus fructus* ('*si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitatem, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*': D. 7.6.5.1, Ulp. 17 ad ed.). Ma si tratta in ogni caso di una soluzione enunciata in luoghi separati (D. 43.25.1.4 e D. 39.1.2) e mai compiutamente teorizzata, come si vedrà, nelle sue ardue implicazioni costruttive.

Entrambe le soluzioni, quella del '*per arbitrum cogere fructuarium*' e quella della *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis*, appaiono quindi non tanto delle interpolazioni «falsificanti», cioè volte a sostituire una soluzione o un istituto classico con un diverso mezzo giuridico giustiniano, ma più che altro, semplicemente, delle espressioni piuttosto generiche impiegate per non parlare del sistema tecnicamente usato dai classici per risolvere tali problemi, ossia delle descrizioni empiriche che alludevano al risultato cui si giungeva attraverso l'interdetto: soluzioni da situare in un diverso contesto processuale – non più quello dell'*ordo* bensì la *cognitio extra ordinem* – ove appunto diventavano ormai irrilevanti gli aspetti specificamente tecnico-procesuali di tali istituti.

E se qui lo scopo dei compilatori non era quello di sostituire un mezzo processuale con un altro, ma semplicemente quello di limitarsi ad indicare descrittivamente lo scopo pratico ed empirico della soluzione classica, tralasciando ogni accenno alla *prohibitio* e quindi al sistema interdittale, il fine dell'indagine dovrà essere appunto quello di «leggere» la versione giustiniana di tali passi non come una precisa scelta tecnico-processuale, al cui proposito sorgerebbero in verità, come si avrà modo di vedere, irrisolvibili problemi costruttivi, bensì, in maniera assai più piana, come scelta di considerare le indicazioni di tali soluzioni – '*per arbitrum cogere fructuarium*' e *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis* – quali mere metafore volte a preservare lo scopo pratico conseguito in tali situazioni dai classici, ma senza nominare l'esatto strumento tecnico cui essi ricorrevano: prospettiva che, come si vedrà, appare funzionare egregiamente per risolvere i vari problemi in materia.

### III.

## «Per arbitrum cogere fructuarium»

#### 15. I testi in materia

In effetti, che la locuzione imperniata sul verbo ‘*cogere*’ sia del tutto scissa dalla eventuale pretesa di indicare un preciso mezzo processuale cui il *dominus rei* avrebbe dovuto ricorrere in particolare per ottenere la *refectio* o altro comportamento positivo da parte del *fructuarium*, è pianamente mostrato dagli stessi testi in materia, che risultano non preoccuparsi minimamente di spiegare le concrete modalità attraverso cui il *fructuarium* avrebbe potuto essere «costretto» a fare alcunché, ma si limitano ad indicare tale risultato empirico quale soddisfacente ed esaustiva soluzione del problema:

D. 7.1.9.pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*): Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur. nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit cogi eum posse recte colere.

Non si sente quindi il bisogno, nella versione giustiniana di tali passi, di dare contezza di quale specifico mezzo processuale potesse in concreto soccorrere, atteso che il ‘*cogere*’ il convenuto a fare alcunché era concetto assai comune nei mezzi giudiziari, specie se si tiene presente come, al di là del principio della pecuniarietà della condanna, il «costringere» il *reus* a tenere un certo comportamento era risultato assai comune nell’ambito contenzioso quale descritto dai giuristi classici, e anche, ad esempio, la restituzione della cosa ottenuta nella *reivindicatio* tramite la *clausula arbitraria* avrebbe in fondo potuto venire descritto in tali termini.

Per tal verso, la locuzione ‘*cogi eum posse*’ di D. 7.1.9.pr. non assume nessun concreto valore processuale, ma si limita a collocarsi sul piano sostanziale del risultato pratico così conseguito. Ed in effetti la prospettiva da cui si pongono tali testi è squisitamente sostanziale, senza alcuno spazio per il risvolto processuale di tale ‘*cogere*’, come avviene anche, sia pur più in maniera più compendiosa ed analitica, in

D. 7.1.7.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*): Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ad aedes per arbitrum cogi Celsus scribit [Celsus] libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. et ita Marcellus libro tertio decimo scribit <*digestorum*>.

Poiché in caso di usufrutto spetta all'usufruttuario '*quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest*' (D. 7.1.9.pr), ossia '*omnis fructus rei ad eum pertinet*' (D. 7.1.7.2), egli è tenuto entro certi limiti ('*hactenus tamen, ut sarta tecta habeat*'), alla *refectio* dell'edificio ('*modica igitur refectio ad eum pertinet*'). Il principio è ovviamente che l'usufruttuario deve restituire allo scadere del suo diritto la *res* al *dominus* grosso modo nelle stesse condizioni in cui l'ha ricevuta, tenendo conto del tempo passato e della naturale obsolescenza delle cose, per cui se l'edificio o il tetto rovinassero per vetustà il *fructuarium* non sarà tenuto al restauro, e nel caso vi provvedesse l'erede – ossia il nudo proprietario – questi dovrà tollerare che il *fructuarium* usi di ciò che è stato ricostruito. Tali soluzioni rientrano perfettamente nei principii generali a base dell'usufrutto, sono piuttosto ovvi ed anzi si potrebbe aggiungere piuttosto banali. In effetti il passo, deprivato dell'esatta indicazione del mezzo processuale con cui si poteva costringere il *fructuarium* a provvedere alla *refectio* – sostituita dall'anodino riferimento all'intervento di un *arbiter* – perde ogni pregnanza, non esplicitando quello che è appunto il cardine di tutta la questione, ossia le precise modalità tecniche con cui l'usufruttuario poteva in pratica venire costretto a *reficere*.

Ma che nella versione originale del passo Celso non si limitasse a tale insufficiente indicazione ma procedesse invece ad una ben più puntuale spiegazione processuale del mezzo attraverso cui si arrivava a '*per arbitrum cogere fructuarium*' è dimostrato da ulteriori passi, che mostrano altresì come in questi casi si tratti di una locuzione usata dai giustiniane per passare sotto silenzio tale importante elemento procedurale.

D. 7.1.7.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*): Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse. Neratius autem libro quarto membranarum ait non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa ut tectoria et pavimenta et similia facere, neque autem ampliare nec utile detrudere posse,

Come si è già accennato, la menzione della *prohibitio* (*prohiberi*) venne lasciato sopravvivere verosimilmente anche per la precipua ragione che essa risulta nominata nell'ambito di una frase – ‘*non posse fructuario prohiberi*’ – dove viene appunto negata la legittimità della *prohibitio*, e dove anzi si prosegue con altri casi (oltre la *refectio*, l'*arare* ed il *colere*) in cui l'ipotetica pretesa del *dominus rei* di interdire tali attività risulta palesemente assurda. Ma rimane il fatto – ciò che per noi più conta – che il *prohibere* è posto così in immediata relazione con la locuzione ‘*per arbitrum cogi*’, di cui risulta intrinsecamente un'espressione equivalente: si può obbligare il *fructuarius* a *reficere* ma non si può costringerlo a non *reficere*, dato che tale attività com'è noto rientra pianamente nei suoi obblighi. E tale equivalenza verbale tra ‘*per arbitrum cogere*’ e ‘*prohibere*’ diventa spiegabile nella maniera più ovvia se si pone mente al fatto che la procedura interdittale era appunto volta a rimuovere gli effetti dell'altrui *prohibitio* (l'ordine pretorio ‘*vim fieri veto*’), ma se l'autotutela mossa in questo caso dal *dominus rei* risultava fondata, come appunto nel caso della mancanza di una doverosa *refectio*, in tale ipotesi la *prohibitio* risultava legittima (si ricordi in D. 7.1.15.6 la frase ‘*si eum uti prohibeat, an iure id faciat*’), cosicché l'ordine pretorio ‘*vim fieri veto*’ non scattava e il *fructuarius*, per poter riprendere ad usare e fruire della *res*, non poteva fare altro che accettare di impegnarsi mediante *cautio*, in sede di *iudicium secutorium*, a non persistere in tale comportamento, ossia a provvedere per il futuro ad una regolare *refectio* (‘*Cum igitur de usu fructu agitur, non solum quod factum est arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet*’: D. 7.1.13.1, Ulp. 18 *ad Sab.*).

Ed in effetti, guardando per così dire dall'esterno, la procedura interdittale che dava luogo a tali conseguenze non era altro, in fondo, che un modo finalizzato a *per arbitrum cogere* il *fructuarius* a provvedere qui alla *refectio*, ossia un mezzo contenzioso il cui fine ultimo era appunto il costringere la controparte a tenere il comportamento voluto: parlare quindi di *per arbitrum cogere* non era affatto una inesattezza da parte dei giustinianeî, e se anche era un modo per evitare di trattare dell'interdetto e della *prohibitio* che vi dava luogo, tale locuzione in ogni caso rispettava, sia pur su piani meno tecnici, la realtà delle cose ed il rimedio sostanziale predisposto dall'ordinamento classico in tali ipotesi. Un *escamotage* ed in certo modo un eufemismo, dunque, per nulla contrario alla sostanza della procedura decretale, che serviva semplicemente ai compilatori per evitare di soffermarsi sul meccanismo tecnico attraverso cui tale sistema di tutela operava.

## 16. Il nesso postulato in dottrina tra *refectio* e *cautio fructuaria*

Tale corrispondenza, dopotutto sufficientemente evidente, tra il ‘*per arbitrium cogere*’ e la procedura interdittale, in certo modo suggerita di per sé altresì dalla scomparsa pressoché totale nella Compilazione della tutela decretale dell’usufrutto, non è stata rilevata dalla dottrina, che anzi è stata alquanto fuorviata, anziché aiutata, dall’accento alla *prohibitio* che compare in D. 7.1.7.3 così come in un sia pur contenuto numero di altri passi.

Il riferimento all’*arbiter* è stato piuttosto posto sovente in relazione con l’*arbitrium boni viri* della *cautio fructuaria*, nonostante l’intrinseca debolezza di tale prospettiva, che vorrebbe spiegare l’immediatezza del *cogi reficere* o *recte colere*, che mira evidentemente a provvedere immediatamente affinché il comportamento dannoso non si compia ed il danno non si verifichi, con un’*actio incerti ex stipulatu*, quale il rimedio nascente dalla *cautio*, che viceversa ha lo scopo di risarcire un danno definitivamente realizzatosi. Vi è poi chi ha tentato di individuare nelle fonti un mezzo che soccorresse il *dominus* dalle omissioni dannose dell’usufruttuario, individuandolo in un’*actio arbitraria* con cui il pretore avrebbe permesso la constatazione e la repressione di tali comportamenti dannosi, pervenendo alla determinazione delle corrette modalità di esercizio dell’usufrutto (*quemadmodum, fructuarius uti frui debet*), ritrovando anzi una conferma di tale prospettiva in uno scolio di Stefano a D. 7.1.13.2 in cui si parla di un’*actio in factum* verosimilmente *arbitraria* che avrebbe completato e integrato la tutela del *dominus rei* offerta dalla *lex Aquilia* provvedendo a sanzionare obblighi positivi di conservazione della *res fructuaria* che quella evidentemente non poteva sancire.

Vi è stato anche chi, equivocando sul significato di *prohibitio*, ha addirittura ipotizzato che a tale scopo soccorresse nientedimeno che l’*actio prohibitoria usus fructus*, in base ad argomentazioni poco convincenti ed infatti rifiutate dalla dottrina, e tra l’altro sostenendo assai problematicamente che la facoltà di *prohibere* non potesse consistere «in un atto di arbitrio o di violenza del proprietario, contro il quale l’usufruttuario è protetto dall’interdetto *si uti frui prohibitus esse dicitur*»: affermazioni che mostrano al di là di ogni dubbio quanto poco la dottrina abbia approfondito il tema interdittale e il ruolo assunto in tale ambito dalle varie forme di autotutela privata.

Di fronte al fallimento delle varie teorie avanzate in materia, la dottrina successiva si è limitata a rifiutarle dopo una discussione critica senza più tentare di determinare che cosa volesse significare ed implicare l’espressione ‘*per arbitrium cogere fructuarium*’, trincerandosi, come fa Giuseppe Grosso, dietro l’osservazione che in ogni caso «la sanzione piena e organica dei limiti e degli obblighi dell’usufruttuario – in primo piano nei confronti del proprietario,



cioè in rapporto alla legge di coesistenza con la proprietà – si è avuta mediante la *cautio* introdotta dal pretore». Il che è senz'altro vero, almeno per molti versi, ma sembra del tutto dimenticare, come si è detto, che dalla *cautio fructuaria* nasce un'*actio ex stipulatu*, e quindi un'azione volta a risarcire un danno già verificatosi, mentre il '*per arbitrum cogere fructuarium*' è in ogni caso un modo di tutela volto ad evitare un danno futuro e non ancora concretizzato, in particolare costringendo l'usufruttuario a provvedere alla *refectio* quando i suoi effetti sono ancora in tempo ad evitare un danno definitivo.

Ed in effetti anche nella letteratura più recente si perpetua tale sorta di sovrapposizione tra il '*per arbitrum cogere fructuarium*' (che indipendentemente dalla sua identificazione qui ipotizzata con la tutela interdittale rimane in ogni caso un mezzo processuale preventivo volto ad evitare il verificarsi del danno) e rimedi contenziosi viceversa volti al risarcimento di un danno già compiutosi, come, oltre all'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio*, il rimedio generale dell'*actio legis Aquiliae*.

In effetti, non è che le fonti a disposizione aiutino molto in tale senso, ed il silenzio dei testi giustiniane in ordine alla tutela interdittale dell'usufrutto, raggiunto verosimilmente attraverso preterizioni e tagli censorii, rende non pochi testi in materia alquanto poco chiari ed anzi enigmatici: tipico in tal senso è un passo in cui si tendono a fissare grosso modo i confini della tutela aquiliana del *dominus*:

D. 7.1.13.2 (Ulp. 18 *ad Sab.*). De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt.

In realtà, nonostante l'atteggiamento compendioso che il testo tende ad assumere, dal dettato di Ulpiano che cita Giuliano non sono per nulla chiari, innanzitutto, i rapporti tra l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio fructuaria*, ma soprattutto non si indica il mezzo processuale, ma semmai soltanto la sua generica funzione empirica, consistente nell'*'ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur'*, e per di più non si distingue menomamente tra i mezzi di tutela miranti al risarcimento di un danno già verificatosi e quelli viceversa volti ad impedire preventivamente che esso si realizzi, come appunto nel caso del *arbitratus* del *index* che il testo esemplifica attraverso una serie di com-

portamenti (*qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur*) che rinviano nella maniera più diretta alla lata nozione di *refectio*, e quindi al rimedio che i giustinianeî indicano con la locuzione *‘per arbitrum cogere fructuarium’* e che, come si è visto, corrisponde alla tutela interdittale classica e alla *prohibitio* che la metteva in moto. Non è quindi strano che nelle trattazioni moderne, anche quando ci si rende conto che «è evidente che sarebbe stato assurdo aspettare che i danni si verificassero per ottenere il risarcimento», si finisca purtuttavia per guardare all'*actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio*, nonostante la dubbia efficacia preventiva di questa, senza neppure tentare di procedere oltre ed analizzare, quantomeno, il *‘per arbitrum cogere fructuarium’* menzionato dagli stessi testi della Compilazione.

### 17. *Necessità di una tutela immediata e preventiva in particolare in ordine alle omissioni dell'usufruttuario*

In effetti, per quanto sia indubbia l'estrema utilità della clausola *de utendo*, ossia dell'impegno sancito da una *stipulatio (satisfactio)* di *uti frui arbitrato boni viri*, appare inevitabile che la sanzione scattasse quando il comportamento contrario a tale criterio di correttezza (*arbitratum boni viri*) si fosse già concretizzato compiutamente nella realtà delle cose, e quindi quando il danno si fosse irreversibilmente verificato, entrando a questo punto in gioco l'«obbligo di risarcimento». Ed è per questo che tale rimedio contenzioso si pone per tal verso sullo stesso piano dell'*actio legis Aquiliae*, anch'essa mirante appunto a ristorare un danno ormai realizzatosi definitivamente.

Ma nella concretezza della vita agricola, in particolare, è chiaro che ogni attività è ritmata da tempi pressoché ancestrali che stabiliscono quando deve essere fatta, e qualora l'usufruttuario *agrum non proscindit, vites non subserit*, o ancora *aquarum ductus conrumpi patitur*, come nell'esemplificazione di D. 7.1.13.2, ovvero non provvede alla *refectio*, è ovvio interesse del *dominus rei* intervenire subito per costringerlo a compiere tali operazioni finché si è ancora in tempo, prima cioè che le *vites* si deteriorino definitivamente o che l'acquedotto debba essere rifatto o che la costruzione rovini una volta per tutte. E i testi a disposizione tendono infatti a parlare di tali comportamenti al presente, come ancora in atto e quindi di una situazione critica ma tuttora rimediabile provvedendo subito a tali operazioni (si veda in particolare il già richiamato D. 7.1.7.3, Ulp. 17 *ad Sab.*: *‘Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse’*, dove è chiaro che l'attività di *adserere arbores* è tuttora utilmente

possibile e che l'intervento dell'*arbitrator* mira a costringere il *fructuarium* a provvedersi, non certo a condannarlo ad un risarcimento di un danno già verificatosi).

La sanzione di obblighi positivi in via interdittale è un fenomeno certo piuttosto peculiare, che si realizza solo nell'usufrutto in vista della pressoché completa disponibilità della cosa che in esso deriva al *fructuarium*, e si impone, insieme ad altri caratteristici mezzi di tutela quali in primo luogo la *cautio fructuaria*, per l'ovvia necessità che il *dominus rei* non si ritrovi allo scadere dell'usufrutto con una *res* che ha perso gran parte del proprio valore.

Ed in tale insieme di finalità volte a preservare l'integrità della *res fructuaria* s'impone innanzitutto la *prohibitio* del *dominus*, volta ad inibire immediatamente la prosecuzione dell'esercizio dello *ius utendi fruendi* quando il *fructuarium* rischi con il suo comportamento positivo o omissivo di compromettere l'integrità e quindi il valore della *res*: se il meccanismo della *prohibitio*, nell'ambito degli *iura in re aliena*, era già stato messo a punto dall'ordinamento nel quadro degli *interdicta de servitutibus*, sembra chiaro come la successiva introduzione dello *ius utendi fruendi* finisca con l'ampliare il ruolo di tale forma di autotutela privata controllata dalla procedura interdittale, ponendo il diritto romano di fronte a nuovi e differenti problemi che conducono a considerare gli ulteriori obblighi di conservazione della cosa in vista appunto della vastissima disponibilità che il *fructuarium* ottiene circa essa. Mentre quindi gli *interdicta de servitutibus* regolavano tale istituto limitandosi a sancire comportamenti positivi delle parti, nell'usufrutto si rende per forza di cose altresì necessario sanzionare comportamenti meramente omissivi, e tale nuova tutela viene realizzata secondo gli stessi metodi già messi a punto per gli obblighi negativi in materia di servitù prediali, ossia mediante quella stessa *prohibitio* che dava luogo, su istanza della controparte, ad un processo interdittale volto appunto a controllarne la legittimità.

La *prohibitio* del resto doveva risultare in tal senso uno strumento semplice e lineare, ed il suo meccanismo corrispondeva perfettamente alla realtà delle cose: quando il titolare della servitù o dell'usufrutto teneva comportamenti contrari ai suoi obblighi, la controparte avanzava proteste, invettive e minacce che sarebbero col tempo inevitabilmente trascese in atti violenti, e l'ordinamento per evitare che la situazione degenerasse prevedeva che il titolare della servitù o l'usufruttuario si dovessero provvisoriamente astenersi dal persistere in tali atteggiamenti in attesa che, attraverso l'esperimento dell'interdetto, venissero accertati i torti e le ragioni. Questo avveniva considerando la lamentela del *dominus rei* nei termini di un atto che aveva precisi effetti giuridici, diventando quindi un cosiddetto atto di autotutela privata, talvolta estrinsecandosi in atti formali (si pensi come esempio estremo allo *iactus lapil-*

li dell'*operis novi nuntiatio*) o in semplici comportamenti contrari all'altrui diritto (come il recintare il proprio fondo per impedire l'esercizio di una servitù di passaggio), ma in ogni caso la situazione di stallo derivante dalla *prohibitio* era soltanto provvisoria, poiché la decisione interdittale giungeva presto a sciogliere ogni incertezza e a stabilire chi tra i due contendenti dovesse prevalere. Con l'introduzione dell'usufrutto, anche per le omissioni del *fructuarius* la soluzione più semplice e lineare fu quella di estendere lo stesso regime altresì a queste ultime, appunto in vista dell'immediata utilità nell'evitare il degenerare della lite e dell'estrema velocità con cui essa poteva essere risolta nell'ambito della procedura interdittale, consentendo che il *fructuarius* fosse nel caso obbligato in tempi celeri – tramite la prestazione di una *cautio* – a provvedere a tali incombenze prima che la loro omissione potesse nuocere in maniera definitiva alla *res*.

E se tale meccanismo non è stato sufficientemente studiato dalla dottrina, che arriva addirittura a considerarlo chissà perché un atto di arbitrio o di violenza come tale vietato dal diritto (opinione che si sarebbe rivelata subito assurda agli occhi del suo stesso attore se solo avesse posto mente, ad esempio, alla *deiectio* e a una *vis* non armata posta in essere contro un possesso viziato, consentendo al suo autore di conservare la *res* così ottenuta)<sup>1</sup>, le fonti, per quanto in certo modo come si è visto «censurate» dai giustinianeî, conservano in ogni caso ampie e precise tracce di tale sistema di autotutela privata, ed oltre a quelle già via via richiamate, si può ricordare tra l'altro un esempio per così dire estremo, in cui Celso '*ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum*', in un contesto dove la funzione della *prohibitio* viene descritto con sufficiente chiarezza (*'prohiberi debet frui'*) ed al cui proposito si potrebbe dire che solo i pregiudizi della dottrina verso tali forme di autotutela privata hanno impedito di rendersi conto del funzionamento e della risolutiva importanza di tale strumento:

D. 39.2.9.5 (Ulp. 53 *ad ed.*): Celsus certe scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisfacere debere. quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

Rimane un po' un mistero come possa tale testo essere stato invocato a

---

<sup>1</sup>) Gai., inst. 4.154: '*Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi deiectus sit: nam ei proponitur interdictum, cuius principium est unde tu illum vi deiecisti, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario possidet: namque eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio*'.

suffragio di un ricorso classico all'*actio prohibitoria* in caso di non ottemperamento da parte del *fructuarium* dei propri obblighi positivi in particolare di manutenzione, quando la previsione relativa a chi '*non reficit*' è posta sullo stesso piano alla mancata prestazione della *cautio damni infecti*, circa la quale è ancora più arduo ipotizzare che per costringervi il *fructuarium* si dovesse addirittura giungere ad un'azione, mentre del resto la locuzione finale '*prohiberi debet frui*' appare dichiarare nella maniera più piana ed esplicita la necessità di un ricorso alla *prohibitio* stragiudiziale (tra l'altro, a tale proposito la corrispondenza tra '*prohibere*' e '*cogere*' è altresì indirettamente attestata da D. 39.2.9.pr., Ulp. 53 *ad ed.*: '*cogitur ... de damno infecto cavere*'). Tale tipo di prevenuta lettura, che esclude a priori la possibilità e l'utilità di un atto di tal genere, del resto, è reso possibile forse da un mancato esame globale delle fonti in materia, che come si è visto sinora attestano ampiamente, se lette senza pregiudizi, una soluzione consimile, specie muovendo appunto dai testi in materia di protezione interdittale delle servitù prediali.

### 18. La versione giustiniana di tali argomenti e la sottesa visuale Classica

È da dire che i giustinianeî a proposito dell'usufrutto ricorrono alla locuzione '*per arbitrum cogere fructuarium*' solo in un contenuto numero di luoghi, e propriamente soltanto nei già visti D. 7.1.7.2-3 (Ulp. 17 *ad Sab.*), mentre in due altri luoghi – stando a una veloce compulsazione del «VIR.» – compare l'espressione *fructuarium* '*non est cogendus reficere*', ma priva del riferimento all'*arbitrum* (D. 7.1.64, Ulp. 51 *ad ed.*, e D. 7.1.48.pr., Paul. 9 *ad Plaut.*: cfr. anche D. 19.2.35.pr., Afr. 8 *quaest.*, dove ad altro proposito risulta ancora una volta evidente il parallelismo tra il '*cogere*' ed il '*prohibere*', nonché, sempre in tema di usufrutto, D. 42.8.10.20, Ulp. 73 *ad ed.*: '*nam arbitrio iudicis non prius cogendus est rem restituere ...*').

In verità il verbo '*cogere*', lemma del vocabolario comune, indica descrittivamente e senza alcun preciso valore tecnico nel lessivo giuridico comportamenti giuridicamente obbligati cui di fatto la parte non può sottrarsi, ed in particolare ordini pretori di tipo positivo. Viene ad esempio usato da Gaio per indicare l'obbligo di restituzione della *res* sottratta nell'*interdictum de vi* '*per quod is qui deiecit cogitur ei restituere rei possessionem*' (si veda altresì D. 43.16.1.35, Ulp. 69 *ad ed.*), e se ne fa un uso relativamente ampio in D. 39.3 ('*de aqua et aquae pluviae arcendae*'), dove indica ancora gli obblighi positivi di manutenzione e ripristino fatti per tal verso valere (D. 39.3.1.2, Ulp. 53 *ad ed.*: '*aquae pluviae actione cogetur tollere*'; D. 39.3.1.23, Ulp. 53 *ad ed.*: '*non ergo cogemus vicinum*

aggeres munire»; D. 39.3.2.4-5, Paul 49 *ad ed.*: ‘*cogendum esse vicinum purgare*’ e ‘*non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione*»; D. 39.3.2.6, Paul. 49 *ad ed.*: ‘*neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi*’; D. 39.3.4.2, Ulp. 53 *ad ed.*: ‘*colonus autem ... praestare cogendum*’; D. 39.3.6.7, Ulp. 53 *ad ed.*: ‘*mea impensa tollere me cogendum*’; D. 39.3.7.pr., Paul. 18 *ad ed.*: ‘*cogitur accipere iudicium ... ut opus tollat*’; D. 39.3.24.pr.-2, Alf. 4 *dig. a Paul. epit.*: ‘*an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi*’ e ‘*arbitrum ... ut aqua pluvia noceret, cogere oportere fossas eum explere et, nisi faceret, condemnare*’; cfr. D. 39.2.6, Gai. 1 *ad ed. prov.* – ‘*placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat*’ – e D. 39.1.20.1, Ulp. 71 *ad ed.*: ‘*qui igitur facit, etsi ius faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur et ideo hoc destruere cogitur*’).

La locuzione ‘*per arbitrum cogere fructuarium*’ si rivela quindi non certo un’interpolazione in senso «forte», volta a sostituire la menzione di un istituto classico con un diverso sistema contenzioso giustiniano, quanto piuttosto, come si è detto, una espressione generica ed inoffensiva semplicemente destinata a nascondere l’originaria menzione della procedura interdittale cui dava le mosse la *prohibitio*. Se si rileggono a questo punto D. 7.1.7.2 e 3, tratti da Ulp. 17 *ad Sab.*, e le frasi che contengono tale locuzione (‘*per arbitrum cogi Celsus scribit ... libro octavo decimo digestorum*’ e ‘*Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere*’) si potrebbe addirittura pensare che in effetti questa sia la stesura originaria ulpiana, e che Celso e Cassio fossero davvero ricorsi a tale più generica espressione trattando dello scopo cui mirava il meccanismo interdittale, più o meno come faceva Gaio in *inst.* 4.154. Potrebbe anche essere, ma il fatto certo è che i compilatori, oltre a far scomparire ogni trattazione ed anzi praticamente ogni menzione degli interdetti relativi all’usufrutto, evitano di spiegare il meccanismo attraverso cui si realizzava tale ‘*per arbitrum cogere fructuarium*’, ed in ogni caso avrebbero scelto tali passi – deprivandoli di qualsiasi riferimento alla procedura interdittale – proprio perché ricorrendo a tale espressione in fondo anodina evitavano ogni problema in tal senso. Del resto, nel nuovo contesto processuale, com’è noto gli interdetti erano divenuti, nel passaggio dal processo formulare alla *cognitio extra ordinem*, non più un peculiare tipo di processo ma normali azioni caratterizzate da una particolare celerità di svolgimento: e in tale nuova prospettiva l’indicazione empiricamente descrittiva ‘*per arbitrum cogere fructuarium*’ era un’indicazione che in fondo ben si adattava a indicare, in relazione all’usufrutto, il suo scopo pratico e la sua specifica finalità.

Il vero problema è semmai rappresentato dal fatto che, pur cancellando in pratica il processo decretale in relazione all’usufrutto, in questi passi così come altrove i giustinianeî lasciano non pochi riferimenti alla *prohibitio* ed al *prohibere*, cenni da cui come si è visto si può abbastanza agevolmente, anche

se in una un poco attenta lettura critica, risalire alla tutela interdittale sottesa a tali espressioni. E si potrebbe in verità ironicamente notare come nella loro «censura» i compilatori siano in realtà riusciti quasi perfettamente nel loro intento, se sinora la dottrina romanistica non aveva quasi neppure rilevato il problema.

Ma in ultima analisi la risposta sembra da trovare – a parte il fatto che il sistema interdittale classico era perfettamente noto ai giuristi dell'epoca, che conoscevano certamente le opere dei *prudentes* delle età precedenti, per cui una cancellazione totale di ogni riferimento alla tutela interdittale dell'usufrutto sarebbe per vari versi risultata altresì inutile – nell'ovvia circostanza che cancellarne diligentemente qualsiasi traccia avrebbe implicato una riscrittura totale di tali passi, e quindi una notevole fatica degna di miglior causa: una volta cancellato dai testi della compilazione i riferimenti al meccanismo tecnico-processuale attraverso cui essa operava, la menzione in fondo abbastanza episodica della *prohibitio* stragiudiziale rimaneva priva di un compiuto significato e di precise corrispondenze sistematiche, e non doveva più risultare tale da impensierire i giustinianei. L'opera censoria compiuta, sia pure non totale, doveva risultare in ogni caso soddisfacente, e la scomparsa, se non propriamente della *prohibitio*, quantomeno del meccanismo contenzioso che la rendeva operativa e funzionante era sufficiente a compiere una volta per tutte quel processo di abolizione generale avviatosi in età postclassica contro ogni forma di autotutela privata.

### 19. L'originaria soluzione interdittale

Ma nonostante la «censura» bizantina e la distrazione della dottrina moderna, se si leggono le fonti tenendo presente il funzionamento della procedura interdittale e quindi il ruolo della *prohibitio* stragiudiziale, muovendo in particolare dai testi in tema di servitù prediale dove tali meccanismi non sono affatto del tutto cancellati, non è impossibile ricostruire il parallelo sistema di tutela dell'esercizio dell'usufrutto, la cui esistenza è notoria, per cui la non menzione giustiniana di tali interdetti e l'assenza di ogni rubrica in proposito nel XLIII libro del Digesto è in tal senso una chiara spia della loro volontaria preterizione.

La *prohibitio* era dunque un atto di autotutela con cui il *dominus rei* in particolare «bloccava» l'esercizio dell'usufrutto, dato che, *prohibitus*, il *fructuarium* avrebbe usato della cosa *vi* ovvero *clam*. Per potere ritornare ad un *uti frui* regolare, quest'ultimo non poteva quindi che ricorrere all'interdetto – l'*utimini*

*frui* in caso di normali *prohibitiones* o quello indicato con le parole ‘*si uti frui prohibitus esse dicitur*’ nel caso di una *prohibitio* che in linea di massima lo privasse della normale detenzione della cosa – e la procedura interdittale avrebbe accertato la legittimità o meno della *prohibitio* stessa. Se essa fosse risultata ingiustificata, il *fructuarius* avrebbe potuto continuare normalmente ad usare e fruire della *res* ed il *dominus* avrebbe anzi dovuto prestare una *cautio* – del tipo di quella *de amplius non turbando* – garantendo così che tali immotivate molestie non si sarebbero reiterate; in caso contrario, ossia se la *prohibitio* fosse invece giustificata, era viceversa il *fructuarius*, per poter riprendere a usufruire della cosa, a dover prestare una *cautio* con cui si impegnava a non ripetere il comportamento cui giustamente si era opposto il *dominus*.

Nel contesto del diritto repubblicano e classico, in un ordinamento relativamente ben assestato ed efficacemente amministrato, il sistema interdittale aveva per secoli funzionato nonostante – ai nostri occhi – l’eccessiva fiducia che riponeva nella autotutela privata, e il sistema della *clausula vitii* – *ne vi nec clam nec precario* – si coordinava perfettamente con l’espedito della *prohibitio*, facendo considerare ‘*non rectus*’ l’esercizio colpito da quest’ultima e richiedendo quindi un accertamento interdittale sulla legittimità o meno di essa. Trattandosi per lo più di *interdicta prohibitoria*, il sistema della duplice *sponsio* e del giudizio *secutorium* che si innesta sulle due promesse doveva evidentemente costituire una soluzione semplice e lineare nonché soprattutto veloce alla *lis* (o al *iurgium*) che aveva dato origine al diverbio, mentre, negli altri tipi di interdetto, e segnatamente in quello restitutorio, non era ovviamente escluso che la parte cui era indirizzato l’ordine interdittale, benché provvisorio, del pretore, si adeguasse spontaneamente a quanto le veniva ingiunto, senza neppure il bisogno, in tal caso, di espletare l’intera procedura interdittale.

Da qui, naturalmente, l’estrema efficacia di tale veloce metodo di soluzione delle controversie relative alla situazione di fatto, dove in linea di massima non si discuteva di diritti (che rimanevano estranei alla procedura) ma soltanto dell’esercizio di fatto del diritto, e il suo perpetuarsi, nonostante i relativi problemi cui dovette dar luogo un siffatto sistema, per tutta l’epoca classica. Ma, anche al di là del superamento e dell’abolizione del sistema formulare, lo stesso venir meno delle condizioni di sicurezza e di ordinata convivenza nell’età tardoantica, ed i facili abusi cui il metodo dell’autotutela privata poteva agevolmente dare luogo, portò l’ordinamento postclassico ad una esacerbata reazione contro di essa, che nel diritto giustiniano condusse in pratica alla definitiva scomparsa di tale sistema di autotutela dall’ordinamento positivo.

Se gli interdetti relativi allo *ius utendi fruendi* – a differenza, in particolare,



di quelli connessi alle servitù prediali – conobbero una notevole ostilità da parte dei giustiniani, che in pratica li cancellarono pressoché del tutto dalla Compilazione, questo sembrerebbe essere avvenuto proprio in quanto nel loro ambito il meccanismo della *prohibitio* doveva risultare alquanto più evidente in tutta la sua pericolosità, in vista soprattutto dei vari obblighi non solo negativi, come avveniva per lo più negli *iura praediorum*, ma altresì positivi che caratterizzavano la posizione del *fructuarium*, rendendo necessario cancellare non tanto la *prohibitio* in sé considerata – che come si è visto quantomeno a livello terminologico sopravvive in maniera sufficientemente sensibile nel Digesto – quanto soprattutto il meccanismo che rendeva operativo tale atto di autotutela privata, ossia i suoi effetti rispetto alla *clausula vitii* ed alla procedura interdittale, che infatti furono diffusamente eliminati e sostituiti con espressioni quali ‘*per arbitrum cogere fructuarium*’, sufficientemente anodine dal punto di vista della procedura formulare e tuttavia abbastanza esatte dal punto di vista del diritto processuale postclassico e giustiniano.



## IV.

# La «*petitio ususfructus*» in funzione di «*vindicatio servitutis*»

### 20. *L'impiego anomalo di tale azione e i problemi sistematico-costruttivi che ne derivano*

In ordine alla tutela dell'usufruttuario circa le servitù prediali spettanti al *fundus fructuarius*, le fonti per così dire *in sede materiae* appaiono attribuire all'usufruttuario le azioni reali concernenti servitù e usufrutto. Per un verso, infatti, si afferma che Salvio Giuliano riconosceva al *fructuarius* lo *ius vindicandarum servitutium* (D. 43.25.1.4, nonché D. 39.1.2), e quindi la relativa confessoria, ma poi nel Digesto sembra preferirsi – da parte di Giuliano così come di Labeone, Nerva e Marcello nonché sembrerebbe di Ulpiano – la soluzione di agire contro il *dominus* del fondo servente attraverso un singolare impiego della *petitio usus fructus*, usata per ottenere il rispetto della servitù (D. 7.6.1.pr. e D. 7.6.5.1 e per Ulpiano D. 39.1.2).

Di fronte alla stranezza di tale soluzione, parte della dottrina ha preferito tener fermo il ricorso del *fructuarius* alla *vindicatio servitutis*, nel caso in un'estensione utile, mentre altri accettano sia pur con talune cautele la soluzione della *petitio usus fructus* in tale sia pur anomala funzione. Ma in ogni caso il problema non viene di regola più di tanto approfondito.

E in effetti, se la prima soluzione, ossia l'attribuzione al *fructuarius* dello *ius vindicandarum servitutium*, potrebbe al limite trovare una certa sua congruità nel quadro delle azioni *de servitute* e *de usu fructu*, per quanto desti in ogni caso non poche perplessità e contraddica in pieno le regole della legittimazione attiva e passiva a tali azioni professate in altri luoghi dai giuristi classici, la seconda, consistente nell'esperire la *petitio usus fructus* per rivendicare la servitù, è costruzione del tutto incomprensibile, tale da rendere ben difficilmente configurabile qualsivoglia possibile spiegazione che la renda congrua e logica nel quadro del sistema processuale relativo agli *iura in re aliena*.

Entrambe le soluzioni, poi, e soprattutto la prima, risultano attribuire all'usufruttuario un diritto a fare dichiarare su di un piano *de iure* la sussisten-

za della servitù, ossia a far accertare in maniera tendenzialmente definitiva la sua esistenza: esigenza di cui non si vede la necessità, posto che all'usufruttuario non interessa tanto fare accertare in diritto la servitù, quanto piuttosto potersi tranquillamente avvalere di quelle esistenti a favore del fondo, esercitandole senza venire impedito in tale uso, e quindi nel rispetto, da parte del titolare del fondo servente, della situazione di fatto esistente.

Questa prospettiva porta a ritenere che all'usufruttuario non era necessario l'esperimento di un'azione, *de servitute* o *de usu fructu*, per tutelare la propria posizione rispetto alle servitù a favore del fondo di cui si avvaleva, ma soltanto il disporre di una protezione interdittale che gli consentisse semplicemente di poter esercitare tali servitù prediali, limitandosi dunque a quella tutela di fatto che concretamente gli assicurava di potersi avvalere ad esempio di un passaggio o di una derivazione d'acqua costituiti sul fondo del vicino.

Nella Compilazione, benché la scomparsa in massima parte dei passi riguardanti la tutela decretale dell'usufruttuario abbia ovviamente coinvolto anche i testi che si occupavano della sua legittimazione ad esperire gli *interdicta de servitutibus*, non mancano in ogni caso, come si vedrà, precise attestazioni in tal senso, ed è indubbio che – così come ad esempio anche il semplice *colonus* – anche il *fructuarius* potesse pianamente godere della tutela interdittale in materia di servitù.

Ma vi è qui una sorta di mistero, benché in verità piuttosto grottesco: le trattazioni in materia, pur discettando se sia più probabile in tema di servitù il ricorso dell'usufruttuario alla *vindicatio servitutis* ovvero alla *petitio usus fructus* volta a tutelare la sua posizione in tema di servitù, non nominano neppure la pur plausibile soluzione interdittale per tutelarla sotto tale aspetto, né appaiono manco accorgersene, nemmeno quando recano esempi che costituiscono controversie tipicamente di ordine decretale. La protezione interdittale non sembra interessare per nulla a chi, muovendo dalla superiorità dell'*actio* e dalla protezione più completa secondo tale visione offerta da essa, tende in effetti a considerare l'interdetto una sorta di tutela complementare e marginale, che anzi in tale visione si può persino ignorare del tutto, come si è ricordato, per quanto riguarda in generale la posizione del *fructuarius*.

Si tratta, come sembra piuttosto evidente, di una concezione alquanto errata e fuorviante, specie in quanto la tutela del *fructuarius* in ordine alle servitù spettanti al fondo è innanzitutto una questione non di diritto – ossia relativa all'esistenza stessa della servitù, da accertare tramite le *actiones de servitute* – bensì innanzitutto una questione di fatto, cioè un'esigenza che consiste semplicemente nel permettere al *fructuarius* di continuare ad avvalersi della servitù come l'ha fatto in precedenza – o, se si è agli inizi dell'usufrutto, co-

me prima di lui l'ha fatto il *dominus* – senza che sia ostacolato in tale esercizio purché esso venga compiuto secondo i corretti limiti dell'*usus servitutis*: ed è questo appunto lo scopo della protezione interdittale.

I motivi di tale equivoco hanno radici abbastanza lontane, e si riallacciano innanzitutto al ruolo centrale che, in tale concezione, avrebbe l'azione reale nella tutela dello *ius in re aliena*, visione che ha come marginalizzato il ruolo dell'interdetto in una posizione secondaria ed ancillare. E per superare tale fuorviante prospettiva è necessaria una non del tutto breve digressione.

### 21. Diritti reali, tutela erga omnes ed azione in rem

Nella letteratura romanistica vi è una certa irriflessa tendenza a considerare necessario, per aversi un diritto reale, una corrispondente *actio in rem*, che assicurerebbe al titolare quella tutela *erga omnes* che è appunto caratteristica distintiva degli *iura in re*. Si tende cioè a sovrapporre la tutela *erga omnes* all'*actio in rem* quasi che quest'ultima sia l'unico mezzo giudiziario idoneo ad assicurare una tale protezione, senza pensare che una adeguata difesa nei confronti di qualunque terzo può pianamente venire assicurata altresì dall'interdetto, che le fonti stesse dichiarano esperibile contro chiunque ostacoli il titolare nell'esercizio del diritto.

Un esempio notevole in tal senso può essere tra l'altro fornito dal diritto di superficie, ove per tutta l'età classica la tutela *erga omnes* venne semplicemente assicurata da un interdetto, l'*interdictum de superficiebus*, modellato in linea di massima sull'*uti possidetis*, mentre solo in età più tarda e forse soltanto giustinianea venne introdotta un'*actio de superficie* a rendere più omogenea e conforme ai canoni degli *iura in re aliena* la protezione di tale diritto.

Analogamente, anche per quanto riguarda il cosiddetto *pignus conventum*, dopo un periodo iniziale in cui la tutela, meramente personale, consisteva in un semplice *interdictum Salvianum* che permetteva al creditore di prendere possesso degli *invecta et illata* soltanto se si trovavano sempre presso il colono, l'introduzione della più completa protezione fornita dall'*actio Serviana* sembrerebbe essere stata preceduta da una fase intermedia in cui, attraverso un *interdictum* utile a quello Salviano, si sarebbe consentito al proprietario del fondo di agire altresì contro un terzo che ne fosse venuto in possesso: anche qui dunque, sembrerebbe, fornendo una relativa tutela *erga omnes* attraverso la sola procedura interdittale.

Se quindi l'interdetto, proprio in quanto esperibile contro qualunque terzo, era in ogni caso perfettamente in grado di offrire una tutela, certo mi-

nore di quella fornita dall'*actio in rem*, ma in ogni caso *erga omnes*, così da soddisfare la condizione prima per aversi un diritto reale, la posizione più strana tra coloro che pretendono che invece soltanto quando vi fosse un'*actio in rem* si potesse parlare propriamente di uno *ius in re aliena*, è quella assunta da coloro che – giustamente, come si vedrà tra breve – ritengono che l'*actio de servitute* fosse un mezzo giudiziario dalla legittimazione attiva e passiva circoscritta ai titolari dei due fondi coinvolti nel rapporto di servitù, ossia fosse esperibile esclusivamente *a domino adversus dominum*. Se tale ristretta legittimazione all'*actio de servitute*, attestata dalle fonti, corrisponde del resto pianamente anche alla definizione che dà Gaio dell'*actio in rem* (*inst.* 4.3: '*in rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa*'), l'esperibilità soltanto tra i due proprietari dell'*actio de servitute* fa sì che evidentemente la tutela *erga omnes* del rapporto di servitù non potesse essere fornita se non dall'interdetto, che al contrario dell'*actio* poteva essere esperito contro chiunque ostacolasse l'esercizio della servitù prediale (D. 43.20.1.25, Ulp. 70 *ad ed.*: '*Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non*').

Tale piuttosto irriflesso atteggiamento, che privilegiando contro ogni reale logica l'*actio in rem* ha relegato l'interdetto in un ruolo tritagonistico senza alcuna apparente importanza, è certo alla base della posizione dei moderni che, trattando come nel caso qui considerato della tutela del *fructuarius* riguardo le servitù, sbadatamente non prende neppure in considerazione, neanche magari al solo fine di escluderla esplicitamente, l'importanza del ruolo assunto in tale prospettiva dall'interdetto.

Senza volere troppo soffermarmi su quanto ho scritto in passato, non sembra affatto da escludere, ed è anzi alquanto probabile, che le servitù costituite *pactionibus et stipulationibus* siano sorte proprio in quanto i *prudentes* romani si resero conto che era possibile rinunciare al negozio reale costitutivo, ed in particolare alla *in iure cessio*, per limitarsi alla *pactio* che già verosimilmente accompagnava quest'ultima (i vari *modi* di esercizio – ad esempio, *intervalla dierum et horarum*, larghezza della strada, caratteristiche e capacità dell'acquedotto, possibilità o meno di *refectio* e così via – rimanevano infatti giocoforza estranei alla *formula* della *in iure cessio*) ed alla *stipulatio poenae* d'esercizio che già le si affiancava in tale *pactio*: in questo modo il rapporto di servitù era comunque tutelato dall'interdetto relativo, che offriva una protezione *erga omnes* della situazione di fatto esistente, cosicché era sufficiente che il titolare esercitasse la servitù in maniera corretta almeno una volta all'anno per godere di tale tutela, mentre la mancanza dell'*actio de servitute* non doveva creargli in

realità soverchi problemi, posto che aveva soltanto un fine di accertamento del diritto e che non riguardava il concreto uso della servitù, comportando anzi il rischio che l'avversario preferisse pagare la *litis aestimatio* estinguendo la servitù, ed in ogni caso, quand'anche si fosse risolto su invito del giudice alla *restitutio*, questa si sarebbe risolta nient'altro che in una *cautio de amplius non turbando* analoga alle *stipulationes poenae* di cui il titolare disponeva già dall'inizio del rapporto, come si è accennato, e poteva ottenere anche in sede di processo interdittale quando il *dominus* del fondo servente si fosse dovuto impegnare a non turbare più il normale esercizio della servitù; inoltre la *vindicatio servitutis* implicava com'è ovvio la prova compiuta del titolo, ed era quindi difficilmente esperibile una volta che fosse passato molto tempo dalla costituzione e la dimostrazione dell'atto costitutivo fosse divenuta praticamente impossibile (e infatti per le servitù d'acqua era prevista la prova del diritto tramite *vetustas*), mentre la tutela interdittale, imperniata sulla semplice prova dell'esercizio avvenuto nell'anno precedente («*hoc anno*») risultava sempre agevolmente usufruibile. Questo spiegherebbe appunto il relativo successo di tale forma di costituzione delle servitù, che si perpetuò sino al Medioevo, e con essa la relativa sufficienza, a proteggere il rapporto di servitù, della semplice tutela interdittale (mentre ben poca affidabilità hanno invece mostrato i tentativi di dotare le servitù costituite *pactionibus et stipulationibus* di un'*actio in re utilis* rintracciata in testi che – come in particolare D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23 – hanno ben poco di classico e descrivono invece la nuova e diversa situazione processuale postclassica relativa alla tutela delle servitù).

Ma anche al di là di tale tesi ricostruttiva, la fondamentale importanza dell'interdetto nella tutela della servitù sul lungo periodo e la sufficienza di esso anche a prescindere dal ricorso all'*actio de servitute* sono messe in tutta evidenza dal fatto che, se il titolare non aveva esercitato senza sua colpa la servitù nell'ultimo anno ed aveva quindi perso la facoltà di ricorrere all'interdetto, gli si concedeva egualmente di esperirlo tramite la *restitutio in integrum*:

D. 43.19.1.9 (Ulp. 70 *ad ed.*): Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte 'si qua mihi iusta causa esse videbitur'. sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat. praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet.

L'interdetto doveva quindi risultare a tal punto fondamentale nella normale tutela del rapporto di servitù, che se il titolare perdeva incolpevolmente la fa-

coltà di avvalersene questa gli veniva restituita con un provvedimento del magistrato: e, si noti, senza che nel frammento ci si soffermi neppure a domandarsi se il soggetto disponeva o meno della possibilità di ricorrere alla confessoria, cosa che avrebbe evidentemente potuto per vari versi rendere superflua la *in integrum restitutio* riguardo l'interdetto. Ma nella pratica quotidiana quest'ultimo era a tal punto abitualmente fondamentale che era divenuto pressoché normale, se il venir meno della sua esperibilità non era dovuto a colpa del titolare, rimettere quest'ultimo solo per questo nella normale possibilità di ricorrervi.

## 22. I classici e i problemi di legittimazione attiva e passiva alle azioni de servitute e de usu fructu

Per quanto riguarda poi la legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitute*, confessoria e negatoria, come si è accennato la ricostruzione più verosimile risulta quella di una loro esperibilità esclusivamente *a domino adversus dominum*, ossia tra i rispettivi titolari del fondo dominante e di quello servente: con esclusione, in particolare, del possessore e dell'usufruttuario.

Le fonti sono piuttosto esplicite in tale direzione soprattutto a proposito della *vindicatio servitutis*:

D. 8.5.2.pr.-1 (Ulp. 17 ad ed.): De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat. Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi.

Se il passo esclude l'esperibilità della confessoria da parte di altri che non sia il *dominus* del fondo dominante, lo fa altresì ponendo tale regola in relazione ai principii generali che regolano le *actiones de servitute* al pari di quelle *de usu fructu*, come si vedrà meglio in seguito, e questo, quindi, anche per quanto riguarda la *negatoria*, ove in particolare l'inciso '*invito me*' porta parimenti ad escludere la legittimazione ad essa di persona diversa dal titolare del fondo servente.

In relazione alla confessoria, la regola della spettanza al solo *dominus* viene in particolare ribadita a proposito della *servitus oneris ferendi*:

D. 8.5.8.1 (Ulp. 17 ad ed.): Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem ...



Questo probabile per il carattere relativamente anomalo di tale azione, volta a far valere un obbligo positivo del titolare del fondo servente, ossia il restauro della parete di sostegno. E infatti

D. 8.5.6.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio.

Ma lo stesso principio viene ribadito a proposito del *fructuarius*, cui, secondo la maggioranza dei *prudentes* (con la ricordata supposta eccezione di Giuliano), non è consentito avvalersi della *vindicatio servitutis*:

D. 7.6.1.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*): Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium quidem eum vindicare non posse ...

Lasciando per ora da parte il finale del passo, relativo alla *petitio usus fructus* in funzione di rivendica della servitù e con ogni probabilità interpolato, quello che in ogni caso emerge con sufficiente chiarezza da tali testi è la concezione piuttosto restrittiva che i classici avevano delle *actiones de servitute* e *de usu fructu*. Tra l'altro, riguardo alla legittimazione passiva a tale azione, i passi invocati dalla dottrina che vorrebbe estendere al possessore la legittimazione passiva, oltre ad alcuni testi scarsamente significativi, si riducono a luoghi che ci riportano alla ricordata costruzione, ben difficilmente classica, della confessoria dell'usufrutto usata come *vindicatio* della servitù:

D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ad ed.*): Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competit an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

Dove appare notevole come l'impiego della *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis* non venga presentato come soluzione a sé stante, ma addirittura come semplice ed ovvia conseguenza di una generale esperibilità *erga omnes* della confessoria dell'usufrutto, in una motivazione piuttosto sbilanca in cui dalla pretesa esperibilità di tale azione *adversus quemvis possessorem* viene dedotta come immediata conseguenza logica («*nam et si*») la sua esercitabilità contro il vicino che non concede al *fructuarius* l'uso della servitù, passando disinvoltamente sopra all'incontestabile fatto che tale vicino non è ovviamente possessore della *res fructuaria*.

Più chiara e meno discussa – e quindi in linea di massima ammessa anche da coloro che professano l’esperibilità della confessoria contro il possessore – è invece la legittimazione del solo *dominus rei* alla *negatoria usus fructus*:

D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*): ... quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario ...

Le ragioni dogmatiche di tale ristretta legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitute* e *de usu fructu* ed i motivi per cui esse sono esperibili esclusivamente tra i *domini* dei due fondi o tra *dominus rei* e *fructuarium* erano già state messe in luce più di un secolo fa da Vincenzo Arangio-Ruiz, che, muovendo dalla lite in materia di proprietà e dall’osservazione di come in essa ogni terzo si ponga su di uno stesso piano rispetto al proprietario, potendo venire in possesso della cosa e costringendolo quindi a dare la prova del dominio senza che peraltro la decisione così ottenuta possa in alcun modo riguardare i soggetti estranei a tale lite, prosegue affermando: «che in materia di servitù possa dirsi lo stesso, non vorrà ritenerlo nessuno»; infatti «il diritto di servitù è *constituito*, nel senso più preciso della parola, dal proprietario del fondo servente: riconosciuto l’atto di costituzione, è senz’altro riconosciuta la servitù», e tutto questo «non può non avere influenza sulla valutazione del giudicato», poiché «se la prova del diritto si riduce alla prova del rapporto tra i proprietari, sembra evidente che, quando una *pronunciatio de iure* abbia dichiarato questo rapporto, esso non possa più dar luogo a controversie ulteriori, né col *dominus* né con gli estranei, qualunque sia la pretesa che vi si appoggia nel processo nuovo».

Inoltre, si deve osservare come sia soprattutto la peculiarità costituita, nell’*ordo iudiciorum* romano, dal carattere pecuniario della condanna, sia pur in un sistema che mira ad ottenere l’adempimento spontaneo del reo attraverso l’*arbitrium iudicis*, che risulta strutturare in linea di principio le *actiones de servitutibus* e *de usu fructu* come un mezzo di tutela ove, dopo che l’organo giudicante ha espresso il proprio parere ed invitato il resistente a soddisfare la pretesa della controparte per evitare di giungere alla *condemnatio*, il convenuto è posto di fronte all’alternativa tra il ripristinare la situazione di diritto fatta valere dall’attore (impegnandosi innanzitutto, tramite *cautio*, a non esercitare più la pretesa servitù sul fondo dell’altro, ovvero a non impedire a quest’ultimo di esercitarla sul proprio fondo) ed il pagare invece la *litis aestimatio*, «acquistando», per così dire, il diritto oggetto della causa che l’ha visto soccombente: e, per tal verso, avvalersi della *litis aestimatio* per estinguere l’altrui servitù o per acquistare un analogo diritto a proprio favore equivale in sostanza a compiere un atto di autonomia negoziale rispetto al fondo in questione, e quindi a disporre nel senso

più pieno del diritto reale sotteso, ossia ad una manifestazione di volontà acquisitiva o estintiva che ben difficilmente potrebbe essere configurabile in capo a persona diversa dal proprietario del fondo. Basti pensare all'assurdità che il titolare del fondo servente paghi la *litis aestimatio* per estinguere la servitù all'usufruttuario attore nella confessoria, in una lite in cui cioè è assente il *dominus* del fondo dominante e quindi il titolare dello *ius in re aliena* di cui si discute e di cui si dispone.

Nel complesso, ricordando i testi in argomento già citati, si può concludere che la regola generale circa la legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitutibus* e *de usu fructu* sia la più restrittiva, appunto in vista delle ragioni sistematiche e dogmatiche testé esposte:

D. 8.5.2.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*). De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

E poi vi è infine una difficoltà pratica che sarebbe errato trascurare del tutto circa l'esperibilità della confessoria contro il *non dominus*: infatti se io agisco con tale azione contro il titolare del fondo Tizio faccio evidentemente valere un diritto sulla cosa altrui che questi – o il suo dante causa – mi ha costituito sul fondo: ma se agisco contro il possessore Caio, questi, se ne pretende a torto o a ragione proprietario e non riconosce alcun diritto di Tizio circa il fondo, non riconoscerà neppure il diritto di Tizio o di chi per lui a costituire il diritto reale sul fondo in questione, e quindi la lite, nella più concessiva delle ipotesi, si dovrebbe trasformare in una controversia ove si accerti preliminarmente in via incidentale la reale titolarità del fondo e così la legittimazione a costituire il diritto reale oggetto di causa, discussa in ipotesi senza la partecipazione alla lite del diretto interessato. E una simile possibilità sembra alquanto remota rispetto alla situazione generale che riguardo a tali azioni ci forniscono nella loro logica costruttiva d'insieme le fonti romane.

### 23. La legittimazione a tali azioni nel diritto moderno e le differenze rispetto al sistema romano

In realtà la posizione di chi vorrebbe allargare il perimetro di legittimazione alle *actiones de servitutibus* e *de usu fructu*, che fa capo in particolare a Giuseppe Grosso, si pone in una falsariga costruttiva fortemente influenzata dalle trasformazioni che specie la *vindicatio servitutis* ha conosciuto a partire dalla fine del

secolo scorso nel diritto moderno, ossia da una azione alquanto diversa da come era stata costruita dal diritto romano la confessoria e dalla logica sistemática che la sorreggeva in tale contesto. Nel diritto moderno, infatti, tale azione non è più diretta esclusivamente all'accertamento del diritto, come avveniva nel diritto romano, ove ad essa faceva riscontro il mezzo interdittale per quanto riguarda la tutela del normale *usus* del diritto, bensì è volta promiscuamente sia a decidere circa la sussistenza del diritto sia ad inibire molestie nel suo esercizio. Si tratta in effetti di una notevole trasformazione di cui non sempre la dottrina del secolo scorso ha tenuto effettivamente esplicito conto, tendendo spesso a considerare invece tali nuove finalità come intrinseche all'*actio de servitute* in quanto tale, per proiettarle quindi nel contesto antico.

In effetti, le ricordate argomentazioni di Vincenzo Arangio-Ruiz relative alla inconcepibilità di una sentenza circa la sussistenza del rapporto di servitù pronunciata in assenza del *dominus* di uno dei due fondi non sono mai state non dico superate, ma neppure considerate dalla successiva dottrina, che pur è pervenuta a soluzioni opposte in ordine a tale problema: ma questo è appunto potuto avvenire in quanto, mentre egli postulava una *vindicatio* volta essenzialmente al definitivo accertamento del diritto, gli autori più recenti, come in particolare Giuseppe Grosso (che non a caso si era altresì occupato delle coeve prospettazioni codicistiche della confessoria, tendendo anzi a considerarle una miglior messa a fuoco degli intrinseci fini generali di tale azione), partivano invece da una differente prospettiva della *vindicatio*, in cui, se il legittimato passivo ad essa è in linea di principio il *dominus* del fondo servente che tenga un atteggiamento di contrasto rispetto all'esercizio della servitù, tuttavia ciò implicherebbe che in generale la posizione di contrasto rispetto al rapporto fondiario possa in realtà provenire non solo dal *dominus* del fondo, ma altresì da qualsiasi terzo che in concreto possieda o anche solo detenga il fondo, dato che in pratica tale paradigmatico comportamento del *dominus*, pur rivolgendosi contro l'affermazione del diritto contenuta nell'*intentio*, si estrinseca in realtà in un atteggiamento di fatto da situare su di un piano *lato sensu* possessorio, che in quanto tale può provenire anche da terzi che abbiano in qualsiasi modo la disponibilità del fondo servente. Ma, in questa impostazione, la confessoria – piuttosto che come un'azione il cui scopo è l'accertamento dello *ius in re aliena* nei confronti del titolare del fondo servente (ossia *adversus eum qui negat* tale diritto), con conseguente cessazione, nel caso di vittoria, di ogni forma di impedimento – viene invece costruita nei termini di un'azione il cui specifico scopo è ben diversamente quello di rimuovere l'ostacolo all'esercizio del diritto posto in essere da chi, avendo a disposizione la *res* non importa se in proprietà, possesso o detenzione, sia nella condizione di rendere impossibile l'*usus servitutis*, e dove quindi non ci si

preoccupa degli effetti del conseguente giudicato pronunciato in assenza del *dominus* in quanto, in tale mutamento decisivo della sua stessa struttura, la *vindicatio* non è più l'azione che decide sull'esistenza del diritto di servitù, ma un'azione che, decidendo *incidenter tantum* su tale punto ed in maniera quindi non opponibile al *dominus*, si limita a rimuovere l'ostacolo di fatto che impedisce l'esercizio del diritto in questione.

Questa prospettazione della confessoria, possibile nel diritto moderno appunto in quanto con tale azione si fa valere l'esistenza di una servitù attestata *erga omnes* dalla sua trascrizione nei pubblici registri, risulta invece alquanto meno agevole se non senz'altro impossibile per quanto riguarda il diritto romano, dove l'*intentio* '*mibi esse ius*' (o specularmente '*tibi non esse ius invito me*') fa immediato riferimento al diritto e quindi al suo accertamento in relazione ai rispettivi titolari dei due fondi, mentre per converso altresì la stessa pecuniarietà della *condemnatio*, con la conseguente possibilità di creare processualmente una servitù in realtà inesistente o di estinguere quella accertata come sussistente tramite la corresponsione della *litis aestimatio*, convergeva nell'escludere la legittimazione all'*actio de servitute* di altri soggetti semplicemente possessori del fondo: ma soprattutto il presupporre che l'utilità pratica della *vindicatio* fosse quella di rimuovere l'ostacolo di fatto frapposto all'esercizio della servitù era ovviamente connesso alla errata metodologia, come si è visto alquanto diffusa nelle dottrina romanistica, di trascurare il fondamentale ruolo della tutela interdittale di tale diritto, che provvede appunto su un piano di fatto alla protezione del suo esercizio nei confronti di qualsiasi possessore o detentore del fondo servente, consentendo quindi che l'*actio de servitute* possa così riguardare esclusivamente la *quaestio de iure* dell'esistenza o meno del rapporto fondiario, accertabile soltanto in una controversia tra i rispettivi titolari dei due fondi.

Se quindi nel diritto romano classico non vi è nessuna ragione per modificare la struttura dell'*actio de servitute* piegandola a tutelare il concreto esercizio del diritto, il problema si pone in termini alquanto differenti nel moderno diritto privato, dove le stesse coordinate sistematiche della tutela dello *ius in re aliena* si modellano su di un'azione ovviamente non più impostata sulla *condemnatio* pecuniaria e soprattutto sul dato oggettivo offerto, *erga omnes*, dalla trascrizione del diritto di servitù, mentre per converso anche la tutela possessoria di questa viene costruita, come si vedrà tra breve, secondo schemi alquanto remoti dalla protezione interdittale romana: prospettiva in cui si può quindi comprendere l'evoluzione subita dalla *vindicatio* durante il secolo scorso, ma non certo la tranquilla trasposizione di tali risultati al contesto romano, come invece risulta per vari versi essere in maniera non del tutto critica avvenuto.

In effetti nella dottrina civilistica, mentre sino all'Ottocento l'idea dominante e pressoché indiscussa era che l'azione confessoria avesse come primo scopo l'accertamento del diritto e solo secondariamente l'ulteriore fine, consequenziale al primo, della condanna del convenuto alla «restituzione» della cosa attraverso una *cautio* del tipo *de amplius non turbando*, a partire dagli inizi del Novecento iniziò a diffondersi un mutamento di prospettive che tendeva a capovolgere l'insegnamento tradizionale, ponendo in primo piano lo scopo restitutorio dell'azione, in una dottrina che divenne pressoché dominante e fu presto seguita dalla giurisprudenza, venendo invano osteggiata e criticata da studiosi come Biagio Brugi: una dottrina che, del resto, si ricollegava in maniera relativamente immediata, procedendo a ritroso, alla nota distinzione, propria del diritto intermedio, tra azione confessoria *directa*, esperibile solo tra i proprietari dei due fondi interessati, ed *utile*, di più vasta applicazione per quanto riguarda la legittimazione sia attiva che passiva, in una impostazione che risulta avere influenzato, in particolare, la codificazione tedesca, che per tal via accorda (§§ 1004 e 1027 BGB) le azioni in questione in tutti i casi in cui la proprietà sia pregiudicata anche in modo diverso dalla privazione o dalla ritenzione del possesso del diritto.

Il codice civile italiano del 1865, del resto, a differenza di quello del 1942, non prevedeva né regolava né la confessoria né la negatoria – così come del resto esse non comparivano nel Codice Napoleonico né quindi in quello per gli Stati del Re di Sardegna del 1838 – ma tali azioni erano egualmente riconosciute dalla dottrina e dalla giurisprudenza argomentando soprattutto in base all'art. 439, relativo all'azione di rivendica della proprietà: e anche se come si è accennato un'autorevole opinione più antica preferiva la soluzione più restrittiva, negando in particolare che la confessoria fosse esperibile contro altri che il proprietario del fondo servente, si iniziò poi a riconoscere la legittimazione alla confessoria ed anche alla negatoria *servitutis* altresì ad altri soggetti, sia sul lato attivo, come in particolare all'usufruttuario, all'enfiteuta, al superficiario ed al creditore pignoratorio, sia sul lato passivo, ove se ne ammetteva l'esperibilità in primo luogo contro chiunque ostacolasse l'esercizio della servitù o negasse l'esistenza del diritto di usufrutto. Il codice vigente, a sua volta, ha preferito colmare tale lacuna, prevedendo esplicitamente la negatoria (art. 949) e la confessoria (art. 1079), ed anche se non è qui il caso di entrare più di tanto nelle discussioni circa la portata della negatoria così introdotta e sul suo carattere più ampio o più ristretto rispetto al diritto romano e ad altri ordinamenti europei, si può in ogni caso notare come l'art. 949, con una formulazione alquanto criticabile (come in particolare osservava Alberto Burdese), prima dichiara che essa serve «per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa», ma poi, nel capoverso, a

tale fine accertativo aggiunge una finalità di condanna, dato che l'azione è altresì utile a fare cessare eventuali turbative e a condannare il terzo al risarcimento del danno (cosa che sembra rendere non del tutto netto il confine rispetto all'azione di manutenzione, anche se per esperire la negatoria appare in ogni caso necessario che le molestie vengano poste in atto in base alla pretesa di un diritto reale limitato sulla cosa altrui); ed anche per quanto riguarda la confessoria, la dottrina è giunta a distinguere un'azione confessoria di accertamento da un'azione confessoria di risarcimento dei danni, mentre vi è anche chi sostiene l'esistenza al suo interno addirittura di tre azioni, distinguendo, oltre l'accertamento, il fine del risarcimento dei danni da quello della cessazione delle molestie.

Questa trasformazione della *vindicatio* moderna in un'azione non più mirante essenzialmente al riconoscimento del diritto reale bensì in primo luogo volta alla condanna del convenuto alla «restituzione» del diritto, previo accertamento nel caso altresì solo incidentale – e quindi senza forza di giudicato – della titolarità di esso, come si diceva non fu priva di conseguenze nell'ambito degli stessi studi romanistici, che in maniera implicita iniziarono a far propria e ad applicare quindi al sistema dell'*ordo iudiciorum* tale nuova concezione della *vindicatio*, non solo sul lato passivo, ma altresì su quello attivo, come si nota in maniera chiara in relazione alla posizione dell'usufruttuario, il quale, nella visione seguita da vari autori e in primo luogo da Giuseppe Grosso, risulterebbe in maniera implicita dover necessariamente disporre della *vindicatio servitutis* nonché della *negatoria* proprio in quanto gli spetta l'esercizio, anche se non la titolarità, della servitù: e questo senza tenere nel debito conto come persino nel diverso contesto del diritto attuale, pur essendo in presenza di un più sicuro ed oggettivo sistema di trascrizione, egualmente in base all'articolo 1012 del codice civile l'usufruttuario, qualora agisca di propria iniziativa allo specifico fine di far riconoscere l'esistenza della servitù a favore del fondo ovvero l'insussistenza di analoghi diritti che i terzi pretendano di esercitare su di esso, deve in ogni caso chiamare in giudizio il *dominus* della *res fructuaria*, avendo anzi in generale l'obbligo di denunciare al proprietario le ingerenze di terzi che ledano le ragioni sue o di questi, e rispondendo in caso contrario dei danni: una legittimazione dell'usufruttuario alla confessoria che del resto viene costruita dalla dottrina in maniera tendenzialmente riduttiva da un punto di vista sistematico, cosicché mentre alcuni parlano addirittura di un mero esercizio dell'azione nella veste di sostituto processuale, altri affermano che l'usufruttuario agisce in virtù di un diritto proprio che però non è la servitù, bensì l'usufrutto, ed altri ancora definiscono tale situazione come «usufrutto della servitù».

Procedendo in tale impostazione, la nuova visione della confessoria

venne quindi estesa alla *vindicatio servitutis* romana, privilegiando così la marginale (e forse non del tutto genuina) posizione di Giuliano, che risulterebbe aver accordato lo *ius vindicandarum servitutum* all'usufruttuario ed in genere avrebbe professato circa la legittimazione passiva alle azioni relative agli *iura in re aliena* opinioni alquanto più concessive degli altri *prudentes*, peraltro risultando, in ogni caso, affatto minoritario nel quadro giurisprudenziale del diritto classico. D'altra parte, questo mutamento di prospettive avveniva nell'alveo della ricordata tendenza a non considerare neppure il ruolo svolto nel diritto romano dalla procedura interdittale nella tutela degli *iura in re aliena*, in una visuale che impediva altresì di vedere le pur evidenti differenze che per tal verso caratterizzavano nel diritto moderno, rispetto al diritto romano, il rapporto tra la confessoria e le azioni possessorie previste dal codice civile: in effetti nell'ambito del diritto romano classico, com'è del resto ovvio, il ruolo delle *actiones de servitute* si modellava nel suo perimetro operativo in stretta relazione alla parallela e complementare tutela offerta dagli *interdicta*, volti a dirimere su di un piano *de facto* le liti sia in ordine alla sussistenza di tale situazione *lato sensu* possessoria sia in relazione al concreto esercizio dello *ius in re aliena*, risolvendo in tal modo tanto la questione di chi doveva nel caso agire con la confessoria ovvero con la negatoria quanto i problemi che potevano sorgere circa l'*usus servitutis*. Nel diritto vigente, invece, l'azione confessoria assume un ruolo alquanto più totalizzante nella tutela della servitù, strettamente connesso a tale ampliamento del suo ambito di applicazione: infatti nell'attuale codice civile italiano, nel capo settimo («Delle azioni a difesa delle servitù») l'art. 1079 («Accertamento della servitù e altri provvedimenti di tutela. Il titolare della servitù può farne riconoscere in giudizio l'esistenza contro chi ne contesta l'esercizio e può far cessare gli eventuali impedimenti e turbative. Può anche chiedere la rimessione delle cose in pristino, oltre il risarcimento dei danni»), oltre a cumulare in tale più ampia ed ibrida azione fini di tutela ulteriori rispetto all'azione di mero accertamento imperniata sulla pura pronuncia circa l'esistenza del diritto, secondo la comune dottrina distingue nettamente in tale formulazione le fattispecie in cui le molestie, esplicitamente o implicitamente, comportano la negazione del diritto di servitù, in cui si deve ricorrere appunto alla confessoria prevista dall'art. 1079, dalle – più limitate – ipotesi in cui tali molestie si concretano invece su di un piano semplicemente di fatto (benché la distinzione appaia in pratica sovente ardua e tale punto sia ancora alquanto discusso nella dottrina): ipotesi nelle quali, oltre che nel caso alla tutela aquiliana (art. 2043 ss. *cod. civ.*), si dovrà ricorrere alla tutela possessoria, ossia alle azioni di denuncia di opera nuova e di danno temuto (art. 1171 s.) nonché alle azioni possessorie (art. 1168 ss.) di reintegrazione e di manutenzione. In tale prospettiva, quello che viene irrimediabilmente meno



rispetto al diritto romano, conformando la complessiva tutela delle servitù prediali su coordinate alquanto remote da esso, è dunque il ruolo della tutela possessoria, volta a tutelare l'esercizio di fatto della servitù su di un mero piano di fatto (prescindendo cioè del tutto dalle implicazioni di diritto proprie della controversia e rinviandole ad un ulteriore accertamento che sarà nel caso onere della parte soccombente promuovere tramite l'*actio*), in una costruzione tale da perdere in massima parte i vantaggi di una tutela interdittale che consentiva invece al titolare di difendere la propria posizione *lato sensu* possessoria in quanto tale, su meri presupposti fattuali e senza doversi far carico di alcuna dimostrazione del diritto, lasciando anzi alla controparte, se sconfitta, il gravoso compito di dimostrare, in negativo, l'inesistenza della servitù tramite la negatoria; una differente impostazione che, dunque, trasla sull'azione confessoria non poca parte delle controversie risolte dai Romani in via interdittale: controversie che solo in misura alquanto ridotta confluiscono invece nella moderna tutela propriamente possessoria (né è qui il caso di indugiare su come la sicurezza rappresentata dalla trascrizione della servitù consenta ovviamente di ampliare l'ambito operativo della confessoria, mentre viene in buona parte meno la necessità di semplificare la tutela del mero esercizio del diritto impostandolo in una semplice prospettiva fattuale).

In conclusione, non sembra metodologicamente corretta l'estensione, pur implicitamente operata da non pochi studiosi, di simili prospettive al diritto romano, dove ben diversamente, accanto alla *vindicatio*, per quanto riguarda la tutela dell'esercizio del diritto esisteva l'*interdictum de servitute*, e dove quindi l'*actio* non aveva di per sé necessità di occuparsi, oltre della *quaestio de iure* relativa alla esistenza del diritto stesso, dell'ulteriore aspetto *de facto* della sua concreta esplicazione (mentre d'altra parte – non è inutile ribadirlo – il fatto che oggi le servitù siano diritti soggetti a trascrizione rende agevolmente possibile, sul piano processuale, soluzioni invece impercorribili dal diritto romano, ed inoltre è ovviamente venuta meno altresì l'ulteriore circostanza che rendeva per tal verso impossibile una simile soluzione nel diritto classico, ossia la facoltà di evitare la *restitutio* tramite il pagamento della *litis aestimatio*): una situazione in certo modo simile a quella del diritto moderno, semmai, risulta per alcuni versi presentarsi invece in relazione al diritto postclassico, dove il venir meno della tecnica formulare nonché della distinzione tra *actio* ed *interdictum* porterà consequenzialmente all'affermarsi di prospettive processuali imperniate sulla tutela di una situazione di fatto idonea, sia pur nella maniera più empirica, a considerare insieme tanto il problema della esistenza del diritto quanto quello della protezione del suo effettivo esercizio.

Se quindi la moderna azione confessoria è più ampia e sostanzialmente non poco diversa nel suo perimetro di applicazione dalla *vindicatio servitutis*

romana, è d'altra parte da notare altresì come, nel diritto attuale ed in genere in quello successivo all'età classica, l'esigenza di tutelare la posizione del titolare del diritto di servitù non solo nei confronti del proprietario del fondo servente ma altresì nei confronti del semplice possessore di questo si sia alquanto dilatata anche in quanto, quantomeno a partire dal diritto giustiniano, per usucapire il fondo e divenirne ad ogni effetto titolare sono ormai necessari periodi di tempo che si calcolano in decine di anni, mentre nel diritto classico era ovviamente sufficiente il breve intervallo di un biennio, cosicché era molto più remoto il bisogno, nella difficoltà di risalire al proprietario, di difendere il diritto da chi avesse attualmente l'effettiva disponibilità del fondo servente pur non essendone *dominus* ma soltanto possessore.

Per converso, se il trascurare il lato carattere reale offerto dalla tutela *erga omnes* costituita dalla procedura interdittale nonché le peculiarità dell'*actio de servitute* formulare che (dalla pecuniarietà della condanna e dalla possibilità di corrispondere la *litis aestimatio*, per vanificare le pretese della controparte in ordine alla servitù, sino all'assenza di pubblici registri che costringe ad accertare di volta in volta la sussistenza del diritto fatto valere) la differenziano nettamente dalla moderna confessoria è fattore che ha purtroppo consentito alla dottrina moderna di proiettare arbitrariamente a ritroso soluzioni del diritto vigente sul diritto romano classico, è infine da ricordare sia pur nella maniera più sintetica come, in tale forzatura della *vindicatio*, ha finito con l'andare in non poca parte smarrita quella compiuta corrispondenza strutturale che nel sistema dell'*ordo iudiciorum* collegava in una pressoché perfetta specularità tale azione e l'*actio negatoria*, come in particolare risulta evidente ponendo mente, come si è accennato, al conformarsi della lite nella *legis actio per sacramentum in rem*, in cui alla pretesa dell'attore faceva riscontro una eguale e contraria negazione del convenuto; negli ordinamenti moderni, ben diversamente, le due azioni sono divenute, si può dire sin dal diritto comune (ma i germi di tale processo storico risalgono in ultima analisi all'età postclassica), due mezzi di tutela che hanno scopi non del tutto sovrapponibili e con un ambito di applicazione personale che nella dottrina odierna non risulta necessariamente coincidente, tanto che la negatoria tende ad essere considerata esperibile ogni qualvolta la proprietà sia pregiudicata non tanto dalla pretesa di uno *ius in re aliena* sulla cosa, come avveniva nel diritto romano, ma in qualsiasi modo diverso dalla privazione del possesso, venendo quindi costruita come complementare non più alla confessoria, bensì per vari versi all'azione di rivendica, appunto quale mezzo di tutela relativo a tutte le ipotesi di interferenza che non siano tutelabili mediante quest'ultima.

#### 24. Il non dominus e le servitù del fondo

In tale caratteristica differenziazione tra la sfera applicativa dell'*actio*, volta a dirimere la questione di diritto circa l'esistenza dello *ius in re aliena*, e il diverso ambito operativo in cui si ricorre all'interdetto, per superare, in base a semplici presupposti di fatto, la concreta questione degli impedimenti recati al mero esercizio della servitù o dell'usufrutto, le fonti in vari luoghi ci ricordano come l'interdetto relativo alla servitù spetti pianamente anche all'usufruttuario, così come ad altre persone che si trovino nella detenzione del fondo, tendendo anzi a darlo come per scontato.

Anche se i testi concernenti la tutela interdittale delle servitù da parte del *fructuarius* non sono numerosissimi, emerge in ogni caso che quest'ultimo, al pari di altri detentori del fondo come il *colonus*, è perfettamente legittimato ad esperire l'interdetto, come le fonti ad esempio ci ricordano a proposito dell'*interdictum quod vi aut clam*.

D. 43.24.12 (Venul. 2 *int.*): Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit.

Infatti, benché ovviamente non possiedano il fondo, tali soggetti devono pur sfruttare il fondo nella sua interezza, ed è quindi naturale che possano esercitare le servitù costituite a favore del fondo protetti dall'interdetto.

All'usufruttuario viene quindi pianamente riconosciuta la possibilità di esperire l'*interdictum de itinere*.

D. 8.5.2.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est ...,

independente dal negozio in base al quale ha conseguito la titolarità dell'usufrutto:

D. 43.19.3.8 (Ulp. 70 *ad ed.*): Sed et si quis usum fructum emit vel usum vel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit.

D. 7.1.27.4 (Ulp. 18 *ad Sab.*): Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum.

In caso di acquisto per legato o per *emptio-venditio*, al *fructuarius* viene altresì concesso l'interdetto utile che gli permette, all'inizio dell'esercizio, di sfruttare l'atto di *usus servitutis* compiuto dal suo dante causa, così come avviene

per l'erede e per l'*emptor* (fenomeno analogo al principio della *successio* e dell'*accessio possessionis* nell'ambito della *usucapio*):

D. 8.5.2.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): ... etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.

Benché quindi le testimonianze relative all'attribuzione al *fructuarius* della tutela interdittale non siano molte, e si limitino, oltre all'*interdictum quod vi aut clam* e all'*operis novi nuntiatio*, tra l'altro all'*interdictum de arboribus caedendis*:

D. 43.27.1.4 (Ulp. 71 *ad ed.*): Non solum autem domino aedium, sed etiam ei qui usumfructum habet competit hoc interdictum, quia et ipsius interest arborum istam non impendere,

la più ampia ed univoca testimonianza relativa all'*interdictum de itinere* ('*Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse*': D. 8.5.2.3, Ulp. 17 *ad ed.*) consente di considerare senza problema esperibili da parte dell'usufruttuario in genere tutti gli *interdicta de servitute*, a cominciare da quello *de aqua*, per proseguire con gli altri interdetti che spettano in tale contesto per la tutela del fondo.

Se si tiene poi presente come l'*usus servitutis* venga costruito dai giuristi romani in maniera del tutto unitaria, cosicché valgono le stesse regole circa la regolarità dell'atto di esercizio, specie in relazione alla *clausula vitii* ('*nec vi nec clam nec precario*'), sia in relazione alla protezione interdittale sia agli effetti della *retentio servitutis*, è interessante notare come attraverso l'uso della servitù da parte dell'usufruttuario si eviti appunto anche l'estinzione di questa per *non usus*:

D. 8.6.20 (Scae. 1 *reg.*): Usu retinetur servitus, cum ipse cui debetur utitur quive in possessionem eius est aut mercennarius aut hospes aut medicus quive ad visitandum dominum venit vel colonus aut fructuarius.

D. 43.19.3.4 (Ulp. 70 *ad ed.*): Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes: sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur ...

L'usufruttuario ha quindi non solo il diritto di avvalersi della servitù protetto dall'interdetto, ma altresì lo specifico obbligo di usarla – almeno una volta ogni due anni – per evitarne l'estinzione per *non usus*, di cui risponderebbe nei confronti del *dominus*:

D. 7.1.15.7 (Ulp. 18 *ad Sab.*): Sed nec servitatem imponere fundo potest pro-

prietarius nec amittere servitutum: adquirere plane servitutum eum posse etiam invito fructuario Iulianus scripsit. quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutum non potest, retinere autem potest: et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutum imponere potest.

Tale obbligo di usare le servitù costituite a favore del fondo appare quindi permettere una più compiuta visione della posizione dell'usufruttuario, mostrando come la sua posizione nei confronti degli *iura praediorum* sia un elemento del suo diritto per così dire istituzionalizzato dall'ordinamento, ove all'obbligo di usare le servitù per evitarne l'estinzione fa riscontro il suo diritto di avvalersene normalmente, tutelato appunto dall'interdetto che rimane il mezzo processuale naturale ed anzi specifico per la protezione contenziosa dell'*usus servitutis*.

#### 25. *Le ragioni del ricorso classico in tali ipotesi ad una soluzione interdittale da parte dell'usufruttuario*

Viste le ragioni per cui la *actiones de servitute* e *de usu fructu* rimangono esperibili solo tra i due titolari dei fondi interessati dallo *ius praedii* e rispettivamente tra il *dominus rei* ed il *fructuarius*, avendo l'esclusivo scopo di accertare l'esistenza o meno dello *ius in re aliena*, è evidente il motivo per cui la tutela dell'usufruttuario riguardo alle servitù sia limitata ad una protezione fondata su elementi fattuali quale quella fornita dall'interdetto, che in ogni caso risulta più che sufficiente a garantirgli una protezione per tal verso completa ed esaustiva. Nelle fonti a disposizione, la spiegazione più chiara e definitiva in tal senso ci viene fornita esplicitamente da Pomponio:

D. 8.5.2.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur ...

Pomponio ribadisce che mentre l'azione confessoria riguarda la *questio de iure*, ossia la sussistenza o meno in diritto della servitù, e non è quindi esperibile dall'usufruttuario ma esclusivamente dai rispettivi *domini* dei due fondi, il *fructuarius* potrà in ogni caso avvalersi dell'*interdictum de servitute*, ossia sollevare la mera *questio de facto* relativa al semplice esercizio della servitù, dato che la tutela decretale si fonda appunto su puri presupposti di fatto (*'quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo*

*minus ita utaris, vim fieri veto*: D. 43.19.1.pr., Ulp. 70 *ad ed.*) in cui la protezione è accordata (*vim fieri veto*) sulla base soltanto di un di un solo atto di esercizio avvenuto nell'anno precedente (*boc anno*) purchè in modo regolare (*nec vi nec clam nec precario*).

Tale carattere di mero fatto della tutela interdittale consente quindi anche all'usufruttuario di avvalersi di questo mezzo giudiziario senza incorrere nelle complicazioni che, specie in ordine alla legittimazione attiva e passiva, concernono la *vindicatio servitutis*, ossia la *quaestio de iure* relativa allo *ius in re aliena* su di un piano invece di diritto: *'alibi enim de iure ... alibi de facto'*.

In effetti, la tutela interdittale è perfettamente in grado di rimuovere, grazie all'ordine pretorio, ogni ostacolo mosso al normale esercizio della servitù, e del pari di costringere l'usufruttuario – come si è visto analogamente avvenire per il titolare stesso di quest'ultima – ad attenersi ai corretti limiti di esercizio (*modi*) previsti per lo *ius praediorum*, cosicché, nel primo caso, l'usufruttuario vincerà nella procedura interdittale e l'avversario, in sede di *iudicium secutorium*, dovrà prestare la *cautio* con cui si obbliga a non turbare più l'esercizio della servitù, mentre se l'usufruttuario è stato *prohibitus* dal vicino per un uso *vitiosus* del diritto, sarà invece lui a dover prestare un'analoga *cautio* impegnandosi a non reiterare il comportamento irregolare (*'Cum igitur de usu fructu agitur, non solum quod factum est arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet'*: D. 7.1.13.1, Ulp. 18 *ad Sab.*).

Inoltre, mentre la confessoria, oltre ad essere relativa alla *questio de iure* concernente l'esistenza del diritto e non certo il suo concreto esercizio, è esperibile come si è visto contro il solo *dominus* del fondo servente, viceversa l'interdetto risulta esperibile contro chiunque – proprietario, possessore o mero detentore del fondo – che ostacoli il titolare o qui l'usufruttuario nell'uso della servitù:

D. 43.19.3.5 (Ulp. 70 *ad ed.*): Idem Iulianus scribit, si meus usus fructus in fundo tuo, proprietas vero tua fuerit et uterque nostrum per vicini fundum ierit, utile interdictum de itinere nos habere: et sive forte ab extraneo fructuarius prohibeatur, sive etiam a domino, sed et si dominus a fructuario, competet: nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit.

Al di là dei casi particolari presi in considerazione nella prima parte del passo, che si sono già in parte considerati sopra, quello che qui interessa è l'affermazione finale *'nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit'*, che bene esprime come la legittimazione passiva all'interdetto non sia determinata da fattori soggettivi estrinseci e generali, bensì dal dato di fatto di essere nella condizione di *prohibere* l'esercizio della servitù, fattore che di per sé

legittima contro tale soggetto l'esperimento dell'interdetto. E infatti:

D. 43.20.1.25 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non. idcircoque is tenetur interdicto: nam et si servitus coepit adversus quemvis posse vindicari.*

Al di là del finale, chiaramente interpolato in quanto estende la legittimazione passiva della *vindicatio servitutis* non solo nei confronti del possessore del fondo servente, ma contro chiunque, e per di più secondo una logica viziata dal fatto che si spiega l'ovviamente più ampia legittimazione passiva all'interdetto attraverso una alquanto dubbia esperibilità allargata dell'azione, che non ha senso perché quest'ultima ha di regola un più ristretto ambito di applicazione e non può di per sé motivare in generale tale caratteristica dell'interdetto, anche il testo in esame conferma come l'unico presupposto per poter esperire contro taluno l'interdetto sia il fatto che egli '*prohibet me aquam ducere*', senza che di per sé rilevino le sue qualificazioni soggettive ('*nihil interest*').

L'interdetto assicura quindi una soddisfacente tutela *erga omnes*, ossia contro chiunque ostacoli di fatto l'esercizio della servitù, e non cessa di destare stupore come la più parte della dottrina in materia abbia preferito ignorare come non significativa l'intera tutela interdittale riguardante l'usufrutto, anche se in ogni caso, in tale visuale, rimaneva aperto un vuoto notevole, non solo rispetto agli ovvi principii generali della tutela processuale degli *iura in re aliena*, ma altresì e soprattutto riguardo il quadro generale così ottenuto, dato che anche accettando la posizione di Giuliano, questa risulta in ogni caso una novità minoritaria, ed una volta accolta con lo scetticismo che merita e che infatti le è stato per lo più tributato la soluzione di usare la *petitio usus fructus* contro il vicino in funzione di *vindicatio servitutis*, rimaneva in ogni caso aperto il problema di quale mai tutela fosse fornita quantomeno prima di Giuliano al *fructuarius* per quanto riguarda le servitù costituite a favore del fondo. Ma neppure l'ovvia esistenza di una simile lacuna ha condotto a prendere in considerazione la tutela interdittale.

## 26. Giuliano e l'attribuzione dello *ius vindicandarum servitutium* al *fructuarius*

Riguardo poi alla posizione di Giuliano, è da osservare come essa non sia affatto del tutto lineare e chiara, e come anzi, nel confronto tra le varie fonti in materia, essa appaia invero alquanto contraddittoria.

In alcuni passi sembra che in effetti si attribuisca al giurista il riconoscimento della *vindicatio servitutis*:

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 debet.

La *nuntiatio*, si dice, può essere esperita contro il vicino in relazione, ad esempio, alla formula '*ius ei non esse invito se altius aedificare*', ossia in connessione ad una tipica *actio de servitute*: e questo in effetti parrebbe un caso di attribuzione della *ius vindicandarum servitutium* all'usufruttuario, mentre la soluzione della *petitio usus fructus* è riservata alla più circoscritta ipotesi in cui l'elevazione dell'edificio sia compiuta dal *dominus*, contro cui il *fructuarius* non può impiegare la *nuntiatio* – né, si può aggiungere, l'*actio de servitute* – e sia tale da rendere in ogni caso peggiore la condizione dell'usufrutto.

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 esse.

Qui invece Ulpiano nega al *fructuarius* la possibilità di agire in proprio con l'*operis novi nuntiatio*, ammettendolo a tale forma di tutela soltanto *procuratorio nomine*, ma in ogni caso tiene ferma la possibilità di agire con la *petitio usus fructus* contro chi '*opus novum faciat*': soluzione a ben vedere un poco incongrua, dato che all'usufruttuario viene concesso il più – ossia la strana azione in questione – ma non il meno, ossia la semplice *nuntiatio*.

Le idee di Giuliano vengono poi sostanzialmente ribadite da un altro passo:

D. 43.25.1.4 (Ulp. 71 *ad ed.*): Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutium ius esse: secundum quod opus novum nuntiare poterit 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.

In questo testo di Ulpiano i concetti espressi nella prima parte del passo sono si può dire perfettamente analoghi al precedente: *nuntiatio* utile contro il vicino ma inutile contro il *dominus rei*, contro il quale si potrà esperire, nel ca-



so peggiori le condizioni della *res fructuaria*, una *petitio usus fructus*. Ma nel finale la prospettiva muta notevolmente – ‘*idem Iulianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur*’ – e il giurista risulta abbandonare la soluzione della *vindicatio servitutis* attribuita all’usufruttuario per concedergli invece la via di usare contro il titolare della servitù una *petitio usus fructus*. D. 43.25.1.4 sembrerebbe intrinsecamente contraddirsi nel finale rispetto alla sua prima parte, mentre tale chiusa risulta altresì difficilmente conciliabile con D. 39.1.2.

D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ad ed.*): Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Iulianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere: nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

In questo ulteriore passo Giuliano sembra ribadire la soluzione della *petitio usus fructus* contro il vicino in funzione di *vindicatio servitutis*, ma a ben vedere lo fa in maniera per più versi incongrua, rispondendo, nel discorso ulpiano, a un diverso quesito: ci si chiede infatti se la *petitio* sia esperibile solo contro il *dominus* o anche *adversus quemvis possessorem*, secondo i limiti di legittimazione attiva e passiva alle *actiones de servitute* e *de usu fructu* che si sono visti e circa i quali – è da sottolineare – lo stesso Ulpiano professava un’opinione restrittiva. E a questo differente discorso, relativo all’esperibilità contro il solo titolare della *res fructuaria* ovvero anche il suo possessore, si cuce in qualche modo a mo’ di poco soddisfacente spiegazione (‘*nam et si ...*’) la considerazione che la *petitio* è esperibile anche contro il vicino in funzione di *vindicatio*, che propriamente, anche se amplia sempre la legittimazione alla *petitio*, si situa su di un diverso piano particolare che non riguarda più l’alternativa, relativa alla semplice legittimazione passiva, tra *dominus* e possessore del fondo.

Non molto aggiuge a tali passi una ulteriore analoga affermazione, abbellita dalle citazioni di Marcello, Labeone e Nerva, che forse potrebbe avere il pregio di separare in maniera più netta e rilevabile la parte nella quale sono intervenuti i giustiniani:

D. 7.6.1.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*): Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutum quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicatorum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui.

In effetti, anche se si tratta di un’illazione alquanto congetturale, per quanto

fondata nei suoi referenti di fondo, si potrebbe pensare che nella prima parte del testo Giuliano, con gli altri giuristi, si limitasse a parlare della *vindicatio servitutis*, negandone l'esperibilità da parte del *fructuarius*, mentre nella parte successiva con un posteriore intervento viene giustapposta la soluzione della *petitio usus fructus* usata al fine di ottenere che il vicino consentisse l'uso della servitù di passo. E non sarebbe difficile sospettare che qui il testo originale vertesse sulla normale soluzione interdittale cui doveva come si è visto ricorrere il *fructuarius*.

In effetti, le stranezze dei passi di Giuliano non finiscono qui: infatti il giurista, nonostante tutti i discorsi che si trova attribuiti circa lo *ius vindicandarum servitutum* e circa l'uso della *petitio usus fructus* per ottenere l'uso della servitù, non solo non dimentica la più ovvia soluzione interdittale già a disposizione dell'usufruttuario, ma lo fa altresì in un contesto che risulta di per sé difficilmente compatibile, dal punto di vista della costruzione logico-dogmatica, con le precedenti soluzioni relative alla confessoria:

D. 8.5.2.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scribit. pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.

Si tratta del passo che si è già avuta occasione di richiamare ed in cui Pomponio afferma la fondamentale regola secondo cui l'usufruttuario, in materia di servitù, può agire con l'interdetto ma non con la *vindicatio*, riservata ai *domini* dei due fondi, appunto in quanto '*alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur*'. E tale posizione, ci dice il passo, era propria altresì di Giuliano: '*quod et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scribit*'.

Ora, se il giurista riteneva che andasse nettamente distinta la *quaestio de iure*, relativa alla sussistenza del diritto, dalla *quaestio de facto*, concernente il suo mero esercizio, e reputa quindi che l'usufruttuario debba ricorrere a questa seconda forma di tutela, sembra altresì verosimile che sostenesse tale posizione in quanto, come gli altri giuristi, era convinto che le *actiones de servitute* e *de usu fructu*, riguardanti appunto la *quaestio de iure*, concernessero esclusivamente i *domini* dei due fondi ovvero il proprietario della *res* ed il *fructuarius*, e che non fossero esperibili tra altre persone.

Si rafforza quindi il sensibile sospetto che nei passi in esame, soprattutto in quelli che parlano della *petitio usus fructus* usata in funzione di *vindicatio*

*servitutis*, sia pienamente intervenuta la mano dei compilatori giustiniani (non è da credere, infatti, che un simile tipo di riscrittura possa riguardare le scuole postclassiche, che semmai tendevano a tutelare le servitù mediante azioni speciali assai lontane dalla logica ancora apparentemente formulare nel cui alveo qui ci si muove ancora). E la controprova che trattando della *petitio usus fructus* usata in funzione di *vindicatio servitutis* si proceda nel rispetto formale della terminologia del processo classico e tuttavia del tutto al di fuori della logica sistematica delle antiche *actiones de servitute* e *de usu fructu* è mostrata dal fatto che manca qui del tutto una necessaria corrispondenza tra confessoria e negatoria, in cui una dovrebbe risultare, nel diritto classico, il rovescio speculare dell'altra: nel senso che, se l'usufruttuario non avesse in ipotesi altra via che esperire la *petitio usus fructus* per ottenere l'uso della servitù, non altrettanto si potrebbe dire per il *dominus* del fondo servente, che innanzitutto per negare l'esistenza di tale diritto avrebbe in primo luogo a disposizione una normale procedura interdittale, ma anche se avesse dovuto, sconfitto nella fase decretale, ricorrere alla *negatoria servitutis* l'avrebbe semmai esperita contro il titolare del preteso fondo dominante, per ottenere una sentenza definitiva, e non certo contro il mero usufruttuario ottenendo così un giudicato interinale che riguardava soltanto quest'ultimo e non certo il *dominus fundi*. Ma soprattutto, anche al di là dei già cennati discorsi sulla legittimazione attiva e passiva a tali azioni, è più che evidente che sarebbe del tutto impensabile che, così come il *fructuarius* avrebbe in ipotesi dovuto ricorrere alla *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis*, anche lo stesso il *dominus* del fondo gravato per negare la sussistenza di tale diritto avrebbe del pari e specularmente dovuto esperire una *negatoria usus fructus* al fine di dimostrare l'insussistenza della servitù. Una soluzione del tutto inconfigurabile che mostra sino in fondo come qui non vi è più quella corrispondenza strutturale tra *vindicatio* o *petitio* e negatoria che aveva caratterizzato l'età classica e ci si muova invece in un compiuto contesto di *cognitio extra ordinem*, dove simili simmetrie dogmatiche tra le due azioni sono in massima parte cadute nell'oblio e non corrispondono certo più ai canoni portanti del nuovo tipo di processo.

Ma al di là della più che verosimile introduzione giustiniana della *petitio usus fructus* impiegata in luogo della *vindicatio servitutis*, è piuttosto arduo tentare di individuare i plausibili motivi per cui si ricorse a tale strana costruzione. Certo, vengono in mente gli spunti posclassici per concepire la servitù prediale «as another member of the expanding family of ownerships, as a type of *dominium* somewhat kindred to that of a usufructuary», ma lo spunto è in verità assai tenue, e manca del resto una analoga impostazione in cui il *dominus fundi* avrebbe in ipotesi agito per rivendicare la servitù con la stessa *reivindicatio*, per cui da tale punto di vista, anche considerando la servitù una «par-

te» dell'usufrutto, sarebbe egualmente malagevole comprendere perché mai dovesse perseguirla con la *petitio usus fructus*. Nel finale di D. 7.6.1.pr., sopra considerato, sarebbe semplicemente possibile congetturare che tale peculiare via giudiziaria sia stata sostituita al testo originale per cancellare un accenno alla procedura interdittale ed alla relativa *prohibitio*, ma in D. 39.1.2 e D. 43.25.1.4 un analogo discorso sarebbe alquanto più difficile. Quello che rimane – eguale in entrambi questi ultimi frammenti e perciò di per sé piuttosto sospetta – è la frase '*sed si hoc facto usus fructus deterior fiet, petere usum fructum debebit*', che risulta coinvolgere nell'ambito di applicazione della *petitio usus fructus* qualsivoglia fatto che peggiori le condizioni della *res fructuaria*, in una tutela assoluta e tendenzialmente onniassorbente che sembra quasi dimenticare i vari altri mezzi giudiziari a disposizione dell'usufruttuario. Ma i motivi che condussero a questa strana escogitazione, come si diceva, rimangono nella loro sostanza misteriosi.

Una ipotesi che si potrebbe forse avanzare – pur con tutte le cautele legate alla sua intrinseca incertezza – potrebbe essere legata alla circostanza che, in epoca postclassica, la tutela delle servitù risulta sovente imperniata su azioni connesse al *diuturnus usus* della servitù che ne legittima di per sé la tutela, come avviene in D. 8.5.10.pr.-1 ('*Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit ...*') e in D. 39.3.1.23 ('*... qui diu usus est servitute ... habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur ...*'), per cui, non potendo il *fructuarius* avvalersi a proprio vantaggio del tempo trascorso prima dell'inizio dell'usufrutto e quindi intentare tale genere di azioni, sia sorta l'idea di rimediare a tale inconveniente facendogli rivendicare la propria posizione di usufruttuario e con essa tutto ciò che vi era ricompreso, incluse in primo luogo le servitù a vantaggio del fondo (impostazione che del resto si accorderebbe altresì con la nuova importanza assunta in tale periodo dall'usufrutto quale sorta di lata forma di semiproprietà): ma si tratterebbe in ogni caso di una congettura piuttosto labile, anche se tale da riuscire a dare in qualche modo contezza delle origini del sistema di usare la *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis*.

Diverso è invece almeno in parte il discorso per quanto riguarda lo *ius vindicandarum servitutium* che parrebbe concesso da Giuliano, e che la più parte della dottrina tende a interpretare come una piana e completa esperibilità della *vindicatio servitutis* da parte del *fructuarius*, sia pur nel caso in una versione utile adattata alla particolare circostanza in cui tale azione viene concessa.

Si potrebbe però sospettare che, nonostante si parli di *ius vindicandarum servitutium*, in realtà Giuliano non accordasse all'usufruttuario una *vindicatio servitutis* completa e quindi in tutte le sue applicazioni, ma in realtà adattasse a tale soggetto questa azione soltanto per alcune specifiche ipotesi, attraverso

alcuni adattamenti della formula che ne facevano appunto un'*actio utilis* idonea in determinate ipotesi ma non in altre.

Questo è innanzitutto suggerito dal ricordato D. 8.5.2.3, dove Giuliano era dell'opinione, come poi Pomponio, che l'usufruttuario potesse agire con l'*interdictum de servitute* ma non – almeno in generale – con la relativa azione: '*alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scribit*'. E sembrerebbe abbastanza chiaro che muovendo da tali premesse sarebbe piuttosto difficile concedere poi senza limiti la *vindicatio servitutis* al *fructuarius*.

Così nell'unico esempio recato dalle fonti Giuliano – contro un'opinione restrittiva tenuta ferma ancora da Ulpiano in D. 39.1.1.20 – accordava al *fructuarius* l'*operis novi nuntiatio* (D. 39.1.2 e D. 43.25.1.4), e quindi lo legittimava altresì alla procedura per la *remissio* che forse – nelle scarse notizie che abbiamo dell'istituto – poteva forse a sua volta condurre all'*actio de servitute* che avrebbe definitivamente chiarito la sussistenza o meno del diritto in base al quale era stata compiuta la *nuntiatio*.

Un ulteriore caso congetturale che potrebbe essere richiamato è quello della servitù non usata dal costituente nell'ultimo anno, per cui l'usufruttuario, pur succedendo al suo dante causa nell'esercizio del rapporto fondiario, se impedito dal vicino non può avvalersi dell'interdetto perché manca di un atto di *usus servitutis* avvenuto *hoc anno*, ed è costretto ad agire per rivendicare in qualche modo la servitù. Una situazione in qualche modo analoga ci viene presentata da un passo relativo all'*interdictum* '*si uti frui prohibitus esse dicitur*':

D. 43.16.3.14 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deicit utentem et fruentem aut non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa. ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. quid ergo est? debet fructuarius usum fructum vindicare.*

Qui ovviamente la situazione è in buona parte diversa, poiché manca del tutto l'immissione nella detenzione e quindi l'usufruttuario non può avvalersi dell'interdetto ('*quo fundo in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti aut familia tua prohibuit, cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur frueretur, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas*', dove appunto si richiede che il *fructuarius* venga espulso dal fondo che già detiene). Ma la situazione non risulta sostanzialmente troppo diversa in un *interdictum de itinere* o *de aqua*, dove la tutela viene fornita sul presupposto di un atto di esercizio *nec vi nec clam nec precario* compiuto *hoc anno* dall'usufruttuario stesso o dal suo dante causa, che ha l'obbligo di tra-

smettergli l'interdetto («... etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta», secondo il già considerato D. 8.5.2.3). Ma se nel caso concreto il dante causa non si era avvalso della servitù nell'ultimo anno, chiaramente non poteva trasmettere al *fructuarius* alcuna proficua posizione interdittale.

Non è improbabile che in un caso simile il pretore potesse concedere all'usufruttuario un *interdictum utile* «*repetita die*», come si era visto avvenire in D. 43.19.1.9 in sede di *in integrum restitutio*, posta l'evidente mancanza di ogni colpa da parte del *fructuarius*. Ma si può altresì congetturare che Giuliano potesse volere sottrarre la questione alla discrezionalità del pretore, e così concedesse direttamente un'azione utile all'usufruttuario per ottenere la piena fruizione della servitù in esame. Si tratta soltanto di un esempio, ma neppure troppo di fantasia, che in ogni caso può essere utile a concretizzare il tipo di azione utile concessa da Giuliano e le sue caratteristiche strutturali.

Infatti, tale azione risulterebbe alquanto distante dalla vera e propria *vindicatio servitutis*: è improbabile che l'*intentio* «*si paret mihi ius esse ire agere*» avrebbe potuto essere pronunciata dall'usufruttuario, contenendo un'affermazione di titolarità della servitù che poteva riguardare esclusivamente il *dominus* del fondo dominante, e non certo un terzo che, al massimo, poteva avere una semplice facoltà di servirsi di una servitù altrui in quanto costituita a favore del *fundus fructuarius*. Ma anche la *condemnatio* «*quanti ea res erit condemnato*» non avrebbe potuto sussistere in tali termini, dato che sarebbe stato inconcepibile che il vicino preferisse pagare la *litis aestimatio* ed estinguere la servitù in una lite cui era estraneo il *dominus* del fondo dominante, ossia l'effettivo titolare del diritto in questione, venendo per di più condannato a pagare la somma a un terzo, cioè al *fructuarius*. Non sembra dunque improbabile che vi fosse una modificazione dell'*intentio* in forza della quale l'oggetto di questa non fosse più il «*mibi esse ius*» ma un semplice e minore riferimento alla facoltà di avvalersi della servitù, magari proprio espresso grosso modo dalle parole «*mibi esse ius iter uti frui*» o qualcosa di comunque analogo (e si potrebbe tra l'altro congetturare che forse proprio anche da simili formulazioni nascesse poi la strana idea della *petitio usus fructus* usata in funzione di *vindicatio servitutis*): cosicché anche il «*quanti ea res erit*» della *condemnatio* avrebbe dovuto, in estrema ipotesi, essere conseguentemente rapportato non al valore dell'*iter*, estinguendolo, bensì al valore del suo *usus* per un periodo soltanto limitato.

Si tratta com'è ovvio soltanto di congetture ed illazioni, ma in ogni caso appare pressoché evidente che una *vindicatio servitutis* adattata in via utile a favore dell'usufruttuario avrebbe perso non poca parte delle sue caratteristiche fondamentali, e sarebbe stata un'azione diversa non più mirante all'accertamento *de iure* del diritto, ma a verificare soltanto il suo mero diritto di eserci-

zio, in una posizione ancillare rispetto al *dominus* del fondo dominante, e per di più strutturata in maniera tale da perdere ogni caratteristica saliente dell'azione originaria. Ed è forse per questo – si potrebbe congetturare – che le fonti preferiscono menzionare genericamente un *ius vindicandarum servitutium* attribuito da Giuliano all'usufruttuario, ed evitare di parlare *tout court* di una concessione della *vindicatio servitutis* sia pur in forma utile. Ad ogni modo, ancora una volta non sembra nel complesso verosimile che un giurista come Giuliano, dopo aver scritto '*alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto*' ('*quod et Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scribit*'), riservando al *fructuarius* non l'azione ma il semplice interdetto, potesse poi incamminarsi troppo decisamente e a lungo per la via che conduceva ad attribuire a questi la *vindicatio servitutis*.





## V.

# L'azione proibitoria

### 27. *Le ipotesi avanzate in dottrina*

Non è intenzione di queste note tracciare una completa ed esaustiva storia delle vicende dell'*actio prohibitoria* nella dottrina moderna, ma semplicemente mettere a fuoco talune caratteristiche di tali vicende che hanno in particolare determinato gli atteggiamenti dominanti della letteratura romanistica nei suoi confronti, segnandone in tal modo l'alveo in cui è stata studiata e i risultati ermeneutici su cui si è attestata la dottrina.

Specie da quando Karl Eduard Zachariae von Ligenthal ebbe pubblicato lo scolio di Stefano relativo a tale azione nel *Supplementum* ai Basilici dedicando alla questione vari articoli, la più parte dei romanisti ammise l'esistenza di tale azione, anche se non mancarono i contraddittori che insistettero sul silenzio circa essa del *Corpus Iuris*, sulla sua inutilità rispetto alla negatoria e soprattutto sulla scarsa fidabilità degli scrittori bizantini, e di Stefano in particolare: questione, quest'ultima, che segnò in parte anche gli studi in materia dello Zachariae.

Il principale detrattore dell'*actio prohibitoria* fu senz'altro Otto Lenel, che mise lo *ius prohibendi* in relazione, in particolare, all'*operis novi nuntiatio*, e che in ogni caso non menzionò tale formula nelle varie edizioni dell'*Editto*. A difesa della fidabilità di Stefano e della congruità dell'*actio prohibitoria* nel quadro del processo formulare intervenne invece Contardo Ferrini: va peraltro sottolineato che tale azione tese spesso ad essere sovrapposta allo *ius prohibendi* dei condomini, specie in riferimento a D. 8.5.11, che verrà esaminato tra breve, in una prospettiva che non poteva certo condurre a risultati soverchiamente apprezzabili (e tale impostazione, tra l'altro, rende problematica sotto più aspetti anche la trattazione della proibitoria tracciata da Rudolf Henle).

Se la letteratura più antica si svolgeva in tale ambito di indagini, una più originale, per quanto assai poco convincente, linea interpretativa è quella poi tentata da Giovanni Bortolucci, secondo il quale, prima che fosse introdotta la *cautio fructuaria*, la tutela del *dominus rei*, in particolare dalle omissioni danno-

se dell'usufruttuario, sarebbe stata appunto assicurata dall'*actio prohibitoria*, un'azione arbitraria (*arbitraria in factum*, secondo Stefano) che avrebbe assicurato, attraverso il '*per arbitrum cogere*', appunto che l'usufruttuario provvedesse ai propri obblighi. E la clausola '*uti frui arbitrato boni viri*' sarebbe appunto sorta dalla *cautio* che nella proibitoria il giudice sarebbe stato solito imporre all'usufruttuario per il futuro. Tuttavia tale tesi, che esclude che un tale ruolo potesse invece essere assunto dalla *prohibitio* stragiudiziale ed ignora del tutto il fondamentale ruolo della procedura interdittale nel risolvere tale genere di problemi, appare in se stessa immotivata, e in ogni caso non ha incontrato sensibili successi in dottrina.

Più interessante la tesi di Biondo Biondi, che parte dalla considerazione che in relazione a quanto Gai., *inst.* 4.3, afferma '*actio ex diverso adversario est negativa*' non si può ritenere che tale azione sia la negatoria intentata dal *dominus*, «giacché questa non si può qualificare come azione *ex diverso adversario* rispetto alla *vindicatio ususfructus* o *servitutis* ...: nell'azione *negatoria* del *dominus* diverso non è soltanto l'avversario ma anche l'attore: si ha cioè non un *aversario diverso*, ma una *inversione* di parti nel processo». E basandosi sulle rubriche del Digesto relative alla tutela processuale di usufrutto e servitù, su cui si tornerà tra breve, che recano analogamente '*ad alium pertinere negetur*' (D. 7.6 e 8.5), Biondi spiega tali peculiarità nel senso di un'*actio negativa* – diversa dall'*actio negatoria* intentata dal *dominus* – con cui l'usufruttuario si sarebbe rivolto contro chi si comportava anch'egli come usufruttuario affermando '*tibi non esse ius uti frui*'. La tesi di Biondi, come si vedrà, per certi versi non è molto distante dalla teoria qui sostenuta, secondo cui con l'*actio prohibitoria* l'usufruttuario o il titolare della servitù avrebbe agito contro chi deteneva lo *ius in re aliena*, rivendicandolo come proprio (peraltro Biondi tende a rifiutare la realtà della *prohibitoria*, concentrato sulla *negativa* da lui escogitata e sottoponendo quindi i testi in materia ad una acribica analisi, per lo più ingiustificata, così da reputare per tal verso interpolato D. 7.6.5.pr. là dove nomina la *prohibitoria*, e a considerarla nient'altro che un'invenzione dei bizantini ed in particolare di Stefano. Nonostante i punti di contatto con la tesi sostenuta in queste note, dunque, l'idea di Biondi si rivela alquanto debole nelle sue motivazioni, ed infatti è stata pianamente rifiutata dalla dottrina.

Per il resto, in tempi più recenti l'*actio prohibitoria* non ha destato soverchi interessi nella letteratura romanistica, ed il recente articolo di Frits Brandsma, incentrato su una ricognizione storica specie degli studi in materia di Zachariae von Ligenthal, rappresenta una isolata eccezione, e l'imbarazzo che ad esempio traspare in parte dalla descrizione di tale azione nel Dizionario di Adolf Berger risulta più che giustificato.

In ogni caso, l'estrema sinteticità qui seguita nel dare un quadro della

storia della dottrina sull'*actio prohibitoria* e le scelte parziali cui si è sovente indulto non devono più di tanto stupire, dato che in queste note si intende seguire una via ricostruttiva completamente diversa.

28. *La notevole lacuna che sussiste nella tutela dell'usufrutto*

In ogni caso, la storia della dottrina circa l'*actio prohibitoria*, nella sua risalenza ormai a più di un secolo fa e nel non soverchio interesse che ha destato nella romanistica specie recente, concorda compatta su un punto: tale azione sarebbe spettata al *dominus rei* contro il *fructuarius*, così come in effetti appaiono professare i pochi testi in materia, e in primo luogo D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) ed il corrispondente di Steph., *sch. ad Bas.* 16.6.5, che in pratica esauriscono le reali notizie a disposizione circa tale misteriosa azione.

Ma, come si è accennato, non è impossibile porre in dubbio tali notizie sulla spettanza di tale azione al proprietario contro l'usufruttuario, soprattutto in quanto, se Stefano non risulta come si vedrà completamente fidabile, anche Ulpiano in D. 7.6.5.pr. nomina tale azione soltanto pressoché incidentalmente e per di più in un contesto grammaticalmente piuttosto scorretto, che potrebbe essere indice di un intervento compilatorio volto a togliere dal passo ogni traccia di una più compiuta ed esaustiva trattazione della *prohibitoria*.

In effetti, guardando al complesso delle azioni che tutelano le varie posizioni e le diverse necessità contenziose in tema di usufrutto e di servitù, non è difficile accorgersi di come vi sia una notevole lacuna, in cui una lite dopotutto non rarissima rimane completamente priva di una soluzione processuale, e senza che le altre azioni note possano supplirvi in maniera del tutto soddisfacente. Come si è già accennato, ci si riferisce al caso di un usufrutto conteso tra due pretesi usufruttuari – o ad una servitù prediale contesa tra due pretesi titolari – in cui uno sia già immesso nella detenzione dello *ius utendi fruendi* – ovvero nell'esercizio della servitù – mentre l'altro reclama lo *ius in re aliena* come spettantegli. E per tale lite non esiste evidentemente alcuna azione che possa risolverla, ed è tra l'altro notevole come nelle fonti pervenute una simile eventualità non venga mai prospettata, anche se come si è visto la questione viene quantomeno sfiorata trattando dell'*interdictum utimini fruimini*.

Si potrebbe pensare – è vero – che il preteso titolare che non dispone del diritto debba rivolgersi, secondo le regole generali, al *dominus* stesso, intentandogli la *petitio usus fructus* ovvero la *vindicatio servitutis*. Ma qui sorgono i

primi e non lievi problemi. Ammettiamo che l'attore vinca la causa dimostrando la bontà del proprio titolo (ed implicitamente, quindi, la falsità di quello vantato dal rivale), e che il *dominus* convenuto sia disposto ad obbedire all'ordine del giudice trasmettendogli l'usufrutto o la servitù: ma il proprietario della *res* in realtà non ha più la cosiddetta *facultas restituendi*, poiché l'usufrutto è detenuto da un terzo o la servitù regolarmente esercitata dall'attuale preteso titolare, in una situazione di fatto difficilmente attaccabile poiché tra l'altro protetta interdittalmente. Il *dominus* dovrebbe allora esperire contro tale soggetto la *negatoria*, dimostrando così l'insussistenza di tale diritto e potendo quindi finalmente trasmetterlo al vero titolare, attore nella precedente confessoria. Tuttavia non è così semplice, perché a parte il fatto che se le due azioni – si noti: esperite in maniera separata l'una successivamente all'altra – non vengano affidate allo stesso giudice onde evitare il pericolo di giudicati contrastanti, vi è altresì il rischio che il convenuto della negatoria, una volta sconfitto, preferisca pagare la condanna alla *litis aestimatio* e conservare l'usufrutto o la servitù contesa: e il giudice della prima causa – ossia della confessoria – sarebbe a sua volta costretto a comminare la *condemnatio*, essendo divenuta la *restitutio* ovviamente impossibile.

Una soluzione certo di per sé non impossibile, ma oltremodo complicata e poco soddisfacente, lunga e dagli esiti alquanto incerti.

Non solo, ma vi è da tenere presente – per quanto non poco complesso nell'assenza di dati certi a disposizione e benché quindi difficilmente potrebbe condurre a risultati concreti – un ulteriore aspetto del problema: il soggetto contro cui il preteso *fructuarius* intenterebbe la *petitio* non è un normale *dominus* che ha nella sua virtuale disponibilità lo *ius utendi fruendi* della cosa, bensì un nudo proprietario che si è già spogliato una volta per tutte di tale *ius in re aliena* concedendolo a un terzo (ovvero che, a maggior ragione, ha ricevuto in eredità la nuda proprietà della cosa mentre l'usufrutto andava ad altri): tale non disporre in concreto della *res* oggetto della lite – paragonabile per certi versi all'assenza del possesso del convenuto nella *reivindicatio* – potrebbe evidentemente far sorgere non indifferenti problemi di legittimazione passiva, se non addirittura condurre ad un giustificato rifiuto del convenuto di accettare la lite relativa ad un oggetto che non è più nella sua disponibilità. Si tratta, come si diceva, di un argomento estremamente delicato ed incerto, su cui non è mia intenzione proseguire oltre, ma che sembra in ogni caso dover essere tenuto presente nel valutare la problematicità della soluzione costituita, nell'ipotesi qui considerata, dalla *vindicatio servitutis* seguita dalla corrispondente negatoria.

Non sarebbe del tutto assurdo allora pensare che i *prudentes* romani potessero avere escogitato una soluzione più semplice e lineare, consentendo ai

due pretesi titolari di vedersela tra loro, sperando un'azione che decidesse quale dei due avesse il diritto di usufruire della cosa o di avvalersi della servitù, in una decisione che facesse stato tra le parti ma non nei confronti del proprietario della cosa, che al limite avrebbe sempre potuto intentare poi un'*actio negatoria* contro il vincitore del quale non intendeva riconoscere il diritto. Tale azione sarebbe stata appunto l'*actio prohibitoria*, il cui *nomen* non sarebbe stato scelto a caso, dato che la facoltà di proibire legittimamente all'altro di esercitare lo *ius in re aliena*, pur in un'azione che tra i due contendenti risolveva pressoché definitivamente la questione di diritto, si limitava a considerare il mero esercizio del diritto, e non la sua esistenza in se stesso, ossia un problema che poteva essere soltanto affrontato in una controversia che vedesse parte lo stesso *dominus*.

In effetti, una formula impostata sul '*ius mihi esse*', implicando l'accertamento definitivo del diritto stesso, non era impiegabile nella lite tra due pretesi titolari del diritto, così come la clausola '*ius tibi non esse invito me*' avrebbe implicato la prova del diritto di proprietà ed era quindi parimenti da escludere: entrambe le formulazioni richiedevano necessariamente la presenza in giudizio del *dominus*. Dovendo ricorrere ad un'altra formulazione, il ricorso al verbo '*prohibeo*' evitava tali soluzioni di per sé da escludere e fondava semplicemente l'*intentio* su una facoltà del tutto normale in tale tipo di diritti, specie a livello di autotutela e di protezione interdittale, ossia il '*prohibere*', elevandolo in questo caso a criterio per definire una volta per tutte la spettanza, tra i due contendenti, del diritto stesso: l'effettivo titolare dello *ius in re aliena* avrebbe avuto il diritto di *prohibere* alla controparte di esercitarlo, e quindi l'avrebbe per così dire fatto proprio. E il fatto che tale verbo ponesse l'*actio prohibitoria* su di un piano distinto da quello delle normali *actiones de usu fructu e de servitute* preservava altresì la posizione del *dominus rei*, la cui situazione non veniva in alcun modo lesa dalla relativa pronuncia.

Se queste sono le linee essenziali della ricerca, si tratterà quindi di riesaminare le fonti a disposizione secondo tale falsariga interpretativa, vedendo se – al di là del loro stato attuale, in cui non è improbabile che i compilatori giustiniani abbiano teso a minimizzare se non a censurare le notizie in ordine all'*actio prohibitoria*, che in effetti risultano scarsissime – le fonti a disposizione possano nel caso suffragare una simile linea ricostruttiva, guardando agli scarsi testi del Digesto in cui tale azione è menzionata – essenzialmente D. 7.6.5.pr., che tuttavia non offre molto all'interprete –, ai passi bizantini in materia – in pratica, il solo scolio di Stefano ad *Bas.* 16.6.5, corrispondente a D. 7.6.5.pr. – e ad altre poche fonti, tra le quali però le rubriche del Digesto e dei Basilici relative alle *actiones de usu fructu e de servitute* possono fornire riscontri decisivi nella direzione esegetica qui tentata.

29. Irrilevanza di D. 8.5.11 (Marcell. 6 dig.) e di altri testi che parrebbero menzionare la *prohibitoria*

Prima di procedere in questa indagine, tuttavia, è necessario esaminare preventivamente alcuni testi che parrebbero avere qualcosa da dire in ordine all'*actio prohibitoria*, ma che in realtà, ad un esame neppure troppo approfondito, si riveleranno scarsamente significativi ed anzi non poco fuorvianti.

Il primo testo, che menziona una *prohibitoria de servitute in rem*, è lo *sch. 3*, forse di Doroteo, ad *Bas. 60.16.6.2*, corrispondente a D. 47.7.6.2, testo che non menziona menomamente tale azione ma da cui risulta opportuno cominciare, poiché il suo esame e quello di altri testi simili servirà a porre definitivamente da parte alcune questioni che, nonostante le apparenze, si rivelano del tutto estranee all'oggetto di queste note.

D. 47.7.6.2 (Pomp. 20 *ad Sab.*): Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit non esse ei ius (sicuti tignum aut protectum) immissum habere. si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit.

Le radici di un albero si prolungano nel fondo altrui, ed il titolare di questo non può tagliarle (non esiste infatti un interdetto analogo a quello *de arboribus caedendis* – o *coercendis* – che, come i rami di altezza inferiore a quindici piedi, consenta di potare anche le radici): Pomponio consiglia quindi di agire con una formula la cui *intentio* suoni ‘*tibi non esse ius radices immisas habere*’ ad imitazione della *negatoria* relativa alla *servitus tigni immittendi* ovvero a quella della *servitus protegendi*.

Tuttavia, nonostante la similitudine costruttiva, non sembra da credere che ponendo tale nuova azione il giurista voglia introdurre una nuova *servitus radicum immittendarum*, in cui alla *negatoria* qui tracciata corrisponda una complementare *vindicatio*, come pur forse a prima vista potrebbe sembrare. A parte il fatto che, nonostante alcuni dubbi espressi dalla dottrina, occorrerebbe a tal fine un intervento pretorio, stante la tipicità degli *iura praediorum*, mentre qui il giurista appare proporre tale rimedio giudiziale di propria iniziativa e senza fare riferimento all'editto pretorio (*‘agere autem licebit’*), per di più suffragandolo con degli esempi (*‘sicuti tignum aut protectum’*) che non sarebbero certo necessari se tale azione esistesse già e fosse codificata dal magistrato, è soprattutto da notare come nelle fonti vi siano non pochi esempi di azioni, specie *negatorie*, che sembrerebbero *de servitute*, ma alle quali non corrisponde alcun diritto reale, dato che si tratta semplicemente di mezzi giudiziari approntati per risolvere contingentemente problemi concreti, senza alcuna intenzione di creare un nuovo tipo di servitù, benché la *conceptio verborum* sia

creata ad immagine delle *actiones de servitute* vere e proprie, specie, come si diceva, della negatoria.

Come ho altrove sottolineato, vi sono infatti nelle fonti azioni relative a servitù «impossibili», ossia in linea di massima assolutamente inconfigurabili che è assolutamente inimmaginabile che siano state costruite come *iura praediorum*: il *paries procumbens* nella proprietà altrui, frutto di uno «spanciamento» del muro, di D. 8.5.17.pr., lo *sterculinum* addossato alla parete del vicino di D. 8.5.17.2, la supposta *servitus fumi immittendi* di D. 8.5.8.5, il *locus serviens* di D. 8.5.17.1, persino l'assurda servitù, ovviamente solo apparente, di D. 8.5.13, in cui da una conduttura sottostante una via pubblica fuoriesce acqua che va ad allagare le fondamenta della parete dell'edificio sito sul fondo limitrofo. Se in tutti questi casi non è configurabile una normale servitù prediale, la circostanza che si suggerisca di ricorrere ad una formula la cui *intentio* è strutturata sul '*ius tibi non esse*' è semplicemente dovuto al fatto che non ci si muove qui nell'ambito delle azioni edittali, bensì nel diverso contesto dell'*agere per sponsionem*, dove evidentemente anche delle formule basate sul '*ius mihi esse*' o sul '*ius tibi non esse*' possono venire usate come enunciazioni della scommessa su cui si fonda tale procedimento senza per nulla postulare una corrispondente servitù.

E la piena riprova di tale interpretazione la si ritrova in un passo in cui Alfeno Varo, già autore di vari dei passi sopra citati a tale proposito, propone a proposito di un fenomeno di avulsione una formula analoga, sempre imposta sul '*ius tibi non esse*', con la funzione addirittura di *reivindicatio*; in luogo di '*rem meam esse*', cioè, '*ius tibi non esse ita crustam habere*':

D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 *ad ed.*): ... Ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra [mea] <tua> coaluit, quia [mea] <tua> facta est.

Poiché evidentemente un giurista come Alfeno errasse su una formula banale quale la *reivindicatio*, è chiaro che una *conceptio verborum* quale '*ius tibi non esse ita crustam habere*' non può essere intesa come una formula edittale, ma soltanto come appartenente appunto ad un diverso ambito processuale, ossia l'*agere per sponsionem*.

Un'altra soluzione di questo tipo, specie in tempi più recenti, doveva essere quella di concedere, in casi meritevoli di attenzione, un'*actio decretalis*, ove parimenti la fattispecie veniva risolta con un mezzo giudiziario *ad hoc*, ma senza che questo venisse stabilmente inserito nell'editto, con il rischio, in tal

caso, di introdurre nell'ordinamento servitù non conformi ai canoni generali ed inutili se non dannose al quadro generale degli *iura praediorum*. Ed è probabilmente questa la via scelta da Pomponio in D. 47.7.6.2, dove come si è visto l'azione consigliata dal giurista, che cerca una giustificazione nel parallelo con la *servitus tigni immittendi* e la *servitus protegendi*, appare in effetti una soluzione nuova e proposta per la prima volta, utile a risolvere la fattispecie concreta ma non certo tale da dover essere definitivamente introdotta in via stabile nell'editto pretorio.

Il corrispondente passo dei Basilici (60.16.6.2, Heimbach V p. 556) è più stringato, e si limita a dire – nel nuovo e diverso contesto processuale – che si dovrà agire «come» (ὡς περὶ) per il *tignum iunctum* o il *protectum immissum* («*sicuti tignum aut protectum*»):

Ἐὰν τό ἐμόν δένδρον τὰς ρίζας εἰς τὸν τοῦ γείτονος ἀγρὸν ἐκπέμψῃ, οὐκ ἔξεστιν αὐτῷ τεμνεῖν αὐτάς, ἀλλὰ κινεῖ, ὡς περὶ ξύλου ἐμβληθέντος ἢ ἐκθέτου. εἰ καὶ αἱ ρίζαι τοῦ δένδρου ἐξ ἄλλου ἀγροῦ τρέφονται, ὅμως ἐκείνου ἐστίν, ἐν ᾧ ἡ ἀρχαιογονία αὐτοῦ ἦν.

Si mea arbor radices in vicini agrum immiserit, non licet ei eas recidere, sed agit, sicut de tigno aut protecto immisso. Quamvis radices arboris ex alio agro alantur, tamen eius est, in quo origo eius fuerit (Heimbach).

Il passo appare quindi limitarsi a fornire una soluzione processuale di ordine analogico, sul modello della negatoria della *servitus tigni immittendi* o di una *servitus protegendi*, rinunciando ad entrare nel tenore della formula proposta, come invece faceva Pomponio in D. 47.7.6. («*non esse ei ius immissum habere*»). Se l'azione proposta dal testo giustiniano era chiaramente una negatoria («*non esse ius*»), desta una certa meraviglia che nello *sch.* 3 ad *Bas.* 60.16.6.2 compaia invece un'*actio prohibitoria*.

ἀλλὰ κινεῖ, ὡς περὶ ξύλου ἐμβληθέντος ] Τουτέστι, δύναται κινεῖν κατ' ἐκείνου λέγων, μὴ ἐξεῖναι σοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον, ὡς περὶ τοῦ ξύλου ἢ ἐκθέτου ἐπιτίθησί τις κατὰ ἀλλοτριῦ τοίχου ἢ ἀίρου, κινεῖται κατ' αὐτοῦ Prohibitoria περὶ δουλείας ἰν ῥέμ.

Sed agit, sicut de tigno — immisso ] Hoc est, in eum experiri potest dicens, non licere tibi ita arborem habere, sicut si quis lignum vel protectum imiserit in parietem vel coelum alienum, agitur in eum prohibitoria de servitute in rem (Heimbach).

Il tenore dello scolio è a ben vedere abbastanza impreciso: innanzitutto non è corretto prendere in considerazione l'intero albero (μὴ ἐξεῖναι σοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον) quando in questione sono soltanto le radici che si protendono nel fondo del vicino (il proprietario potrebbe infatti decidere di tagliare quelle



che sconfinano e tenere ovviamente l'albero), ed è inoltre ancora più strana l'affermazione (ὡσπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκθέτην, ἐπιτίθησί τις κατὰ ἀλλοτρίου τοίχου ἢ αἶρος) secondo cui il vicino non può in assoluto immettere nell'edificio del vicino un palo o uno sporto, mentre esistono com'è noto le *servitutes tigni immittendi* e *protegenti*. Soprattutto, mentre nella prima parte lo scolio sembra seguire D. 47.7.6.2 e Bas. 60.16.6.2, che appaiono alludere ad una azione modellata sulla *negatoria* ('*non esse ei ius immissum habere*' e μὴ ἐξεῖναι σοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον), nel finale salta fuori stranamente un'*actio prohibitoria de servitute in rem* (κινεῖται κατ' αὐτοῦ Prohibitoria περὶ δουλείας ἰν ῥέμ) che dovrebbe proibire al vicino di tenere l'albero in questione (ma si può proibire a dire il vero un'attività *in fieri*, non uno stato di fatto, né tantomeno un fenomeno naturale quale la crescita delle radici). Ma la cosa più strana, mi sembra, è che lo scolio, ponendo qui un'*actio de servitute*, si inventa una fantomatica *servitus radicum immittendarum*, prima negata, e proprio dopo aver ignorato ed anzi disconosciuto l'esistenza delle più certe *servitus tigni immittendi* e *servitus protegenti*: «e cioè può agire contro costui sostenendo che non ti è possibile detenere questo albero al pari di quando uno vada a porre una trave o (*sc.* a costruire) uno sporto, (*sc.* la prima) su una parete (*sc.* il secondo) sullo spazio aereo altrui, si agisce nei suoi confronti per mezzo di un *actio prohibitoria in rem*».

In ultima analisi lo scolio sembra subire quella apparente tendenza a sovrapporre per certi versi la *negatoria* e la *prohibitoria*, già presente come si vedrà in D. 7.6.5.pr. e poi percorsa da Stefano nello scolio al corrispondente ad Bas. 16.6.5: un'indistinzione tra tali due azioni dovuta appunto alla perdita dell'originario significato e scopo della *prohibitoria*.

E lo stesso discorso va fatto per la menzione della *prohibitoria* in due lessici giuridici bizantini, le *Ῥωμαϊκὰ ἀγωγαὶ* 2.5 e *Das Lexicon zur Hexabiblos aucta* E-I 69, di cui soprattutto la prima tende a rendere tale azione nient'altro che un doppione della *negatoria*.

L'altro testo che appare menzionare l'*actio prohibitoria* e che ha quindi destato non pochi interessi in dottrina, senza che tuttavia esso ci possa fornire in realtà risolutive notizie in ordine ad essa, è D. 8.5.11, Marcell. 6 *dig.*:

An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeipit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.

Si inizia col chiedersi se il condomino che, volendo costruire sulla cosa comune, sia stato *prohibitus* dagli altri *socii*, possa intentar loro un'azione per sostenere il proprio diritto di edificare (*ius sibi esse aedificare*); subito dopo, tuttavia, non è chiaro perché mai gli altri condomini dovrebbero agire contro di lui affermando il proprio *ius prohibendi* o la sua mancanza del diritto di edificare (*et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse*), posto che lo *ius prohibendi* si esplica in un atto di autotutela privata stragiudiziale che produce di per sé i propri effetti senza il menomo bisogno di essere ribadito giudizialmente. Nella seconda parte ci si domanda, qualora la costruzione sia stata già compiuta definitivamente, se non si possa agire contro di lui affermando *ius tibi non esse ita aedificatum habere*, ma si risponde che è preferibile che il condomino possa semplicemente mantenere l'*opus*, poiché nel condominio si ha piuttosto il diritto di *prohibere* una cosa ancora *in fieri* (*qui facere conatur*) che di fare alcunché impadronendosi del diritto altrui e usandone a proprio piacimento (*quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit*): sembra chiaramente mancare qualcosa, e la risposta non è sulla stessa linea della domanda, poiché non si parla più della possibilità di agire affermando *ius tibi non esse ita aedificatum habere*, ma si ritorna a parlare dello *ius prohibendi*. Il passaggio intermedio tra le due proposizioni, che qui è venuto a mancare, è agevole ricostruibile, quantomeno a livello logico:

D. 10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*): Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Se il condomino può proibire all'altro di fare alcunché, tuttavia, una volta che l'opera sia compiuta, non può costringerlo a toglierla, se poteva proibirgliela mentre la costruiva e non l'ha fatto. Risulta questo il motivo per cui, in D. 8.5.11, la risposta alla domanda se si può agire affermando *ius tibi non esse ita aedificatum habere* una volta che la costruzione sia finita appare tacitamente negativa ed anzi pretermessa.

Ma l'aspetto di D. 8.5.11 che rileva agli effetti di queste note è che le formule proposte dal frammento – *ius sibi esse*, *ius tibi non esse* e *ius sibi prohibendi esse* – parrebbero delle formule ad immagine di quelle delle *actiones de servitute*, prospettiva chiaramente impossibile poiché non possono esistere

servitù tra condomini (D. 8.2.26, Paul. 15 *ad Sab.*: '*In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua servit): ...*').

Tale coincidenza formulare potrebbe essere forse spiegata in vista del fatto che si tratta di azioni proposte in maniera esemplificativa ma in realtà non impiegate nel processo. La formula '*ius tibi non esse*' è negata dallo stesso testo, mentre la formula '*ius sibi prohibendi esse*' riguarda una *prohibitio* che è un atto di autotutela insindacabile che non ha alcun bisogno di essere verificato giudizialmente nella sua legittimità: solo la formula '*ius sibi esse aedificare*' potrebbe al limite essere configurabile se l'altro condomino, che in origine non si fosse opposto e avesse lasciato compiere l'opera, in seguito sostenesse di averla proibita; ma in ogni caso anche qui, a parte l'eventualità che si tratti di formule dell'*agere per sponsionem* o di *actiones decretales*, rimarrebbe semplicemente un'analogia verbale con la *vindicatio servitutis*, senza che in sostanza tale mezzo giudiziario abbia nulla a che vedere con essa.

Non è sufficiente, in effetti, che una formula si imperni sul *ius prohibendi* o anche sul *ius esse* o *non esse* (come si è in particolare visto avvenire nell'*agere per sponsionem*) perché si possa parlare di un'*actio de servitute* o *de usu fructu*, e lo dimostra in primo luogo il tenore di D. 8.5.11, ove azioni di tale genere vengono tranquillamente impiegate al di fuori dell'ambito degli *iura in re aliena* per esemplificare – un effettivo uso contenzioso come si è visto sembra alquanto incerto – le reciproche posizioni dei condomini: un po' come avveniva, in certo modo, in D. 39.2.9.2, dove la *conceptio verborum* '*ius tibi non esse*' veniva addirittura impiegata in funzione di *reinindicatio*.

### 30. I testi che richiamano l'*actio prohibitoria*: D. 7.6.5.pr.

Com'è noto, l'unico passo dei *Digesta* che parla propriamente di *actio prohibitoria*, anzi di *actio prohibitoria usus fructus*, in un contesto tecnico, mettendola in linea di massima sullo stesso piano della *petitio* e della *negatoria*, è un'escerto dai *libri ad edictum* di Ulpiano, che tuttavia, proprio dove tratta della *prohibitoria*, risulta in modo abbastanza evidente manipolato e tagliato dai giustinianeî, tanto che, pur discettando su *petitio* e *negatoria* in maniera relativamente approfondita, non dà invece alcuna notizia della *prohibitoria*, nominandola in maniera meramente incidentale, tanto da rendere piuttosto evidente l'intrinseca incoerenza logica del testo e con ciò le «censure» operate dai compilatori.

D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*): Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarium ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

Si è in primo luogo notato come le parole *'vel sibi ius esse prohibendi'* sono fuori luogo ed appaiano interpolate per l'errata posizione che le fa dipendere dal verbo *'negat'*, tanto che si è tentato di integrare aggiungendo, dopo *'vel'*, *'intendit'* (*'cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel <intendit> sibi ius esse prohibendi'*). Ma il problema in realtà è più grave e soprattutto vasto, posto che la frase *'cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel <intendit> sibi ius esse prohibendi'* si ricollega, attraverso *'cum'*, alla precedente proposizione *'quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium'*, per cui dal tenore del passo, propriamente, risulterebbe che *'ius sibi esse prohibendi'* non sia altro che una formulazione diversa dell'*actio negativa*, da cui il discorso prende le mosse nella seconda parte dell'escerto: *'quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi'*.

Ma se sembra evidente che il passo sia vittima di un intervento giustiniano non molto accorto, non è per questo da pensare che si tratti di un'interpolazione delle sole parole *'vel sibi ius esse prohibendi'*, poiché una simile interpretazione spiegherebbe senz'altro le difficoltà grammaticali del testo, ma trascurerebbe del tutto un ulteriore fattore, ossia che la stessa logica del testo parrebbe necessariamente richiedere una terza formula, la *prohibitoria*, da coordinare al discorso circa la possibilità di agire con le altre due, la *petitio* e la *negatoria*. Appare alquanto più verosimile, cioè, che l'intervento dei giustiniani sia consistito non in un'aggiunta (*'vel sibi ius esse prohibendi'*), ma in un maldestro riassunto estremamente sintetico che ha tagliato l'intera trattazione relativa alla *prohibitoria* lasciandone solo l'*intentio* e per di più in una posizione come si è visto doppiamente errata nel suo contesto. Del resto, simili questioni formulari dovevano interessare solo fino a un certo punto e per motivi puramente storici nel contesto della *cognitio extra ordinem*, e se la confessoria e la negatoria rimanevano quantomeno ad indicare il fine dell'azione, come si vedrà la *prohibitoria* non aveva più alcuno scopo pratico e poteva quindi tranquillamente scomparire.

La prima parte di D. 7.6.5.pr. è piuttosto chiara e non desta problemi:

L'*intentio* 'uti frui ius sibi esse' può essere pronunciata soltanto da 'qui habet usum fructum', ossia dall'usufruttuario, mentre il *dominus rei*, che, avendo la proprietà, non ha quindi uno 'utendi fruendi ius separatum' (forse glossata la preposizione 'nec enim potest ei suus fundus servire'): donde la regola, altisonante ma piuttosto ovvia, 'de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet'.

Anche la seconda parte del passo, se privata del riferimento alla *prohibitoria*, risulta chiara e lineare: benché l'azione negativa competa al *dominus* contro il *fructuarius*, nondimeno egli agisce in base al proprio diritto di proprietà, quasi affermandolo in maniera implicita come condizione preliminare dell'azione, piuttosto che per negare immediatamente l'altrui diritto di usufruire: per cui se chi agisce non è il *dominus rei*, vincerà il convenuto, anche se privo di qualsiasi diritto, in base alla regola 'possessores sunt potiores'.

Anche senza soffermarsi più di tanto sulle vaste implicazioni dogmatiche e costruttive delle affermazioni contenute nelle due parti del testo, risulta chiara la linearità logica del passo, che all'insegna del 'de iure agere oportet' ci spiega le regole della legittimazione attiva alla *petitio usus fructus* ed alla *negatoria*. Quello che per così dire «stona», nell'attuale stesura del passo, è il richiamo alla *prohibitoria*, fuori posto grammaticalmente, come si è visto, ma altresì poco consequenziale da un punto di vista logico-giuridico: se infatti la presumibile legittimazione attiva a tale azione non è rigida e rigorosa come quella delle normali azioni *de usu fructu* e *de servitute*, ossia confessoria e negatoria, riservate al *dominus rei* e al *fructuarius* ovvero ai rispettivi proprietari dei due fondi, lo *ius prohibendi* – e ancor più la *prohibitio* – li ritroviamo in effetti nei più disparati istituti, dall'*operis novi nuntiatio* al condominio fino, come si è visto, all'usufrutto e alle servitù, e sembra in effetti piuttosto strano e contraddittorio che mentre la *prohibitio* e lo *ius prohibendi*, specie in materia di *iura in re aliena*, possono spettare a vari soggetti, invece il *ius prohibendi* dell'*actio prohibitoria* sia chissà perché riservato al *dominus*; ed è strano che un diritto di proibire che a livello stragiudiziale ed interdittale compete a qualsiasi possessore o detentore, oltre che al proprietario e all'usufruttuario, sembri qui restringersi a prerogativa del solo *dominus rei*: se ciò stupisce a livello di usufrutto, è ancora più strano che, in parallelo, questo debba in ipotesi avvenire altresì nell'ambito delle servitù prediali, ove come si è visto la *prohibitio* è all'ordine del giorno nella regolamentazione dell'esercizio della servitù e quale presupposto dell'interdetto, e non compete certo esclusivamente al *dominus* del fondo dominante.

Si potrebbe anzi arrivare a chiedersi a che mai servirebbe al *dominus*, sia nell'usufrutto che nelle servitù, un'azione volta appunto a *prohibere*, quando può già vietare un esercizio irregolare dell'altrui diritto mediante una *prohibitio* stragiudiziale che viene soddisfacentemente risolta a livello interdittale, e nel

caso dell'usufrutto potendo addirittura in determinati casi privare con la violenza non armata l'usufruttuario della detenzione della cosa, protetto nel caso dalla clausola 'nec vi nec clam nec precario', per cui se l'avversario si trova in una di tali tre condizioni il proprietario prevarrà nella eventuale procedura interdittale da questo mossagli e potrà tranquillamente trattenere la cosa.

In ogni caso, come si è accennato, la tesi qui sostenuta – che per ora potrebbe apparire fantasiosa e priva di ogni base testuale ed altresì argomentativa, ma che come si vedrà non manca di precisi e non lievi riscontri nelle fonti a disposizione – è che l'*actio prohibitoria usus fructus* fosse un mezzo processuale con cui il preteso usufruttuario contestava che lo *ius utendi fruendi* appartenesse ad altri, rivendicandolo come suo nei confronti di chi a tale titolo si fosse già immesso nella detenzione della cosa. E senza voler troppo anticipare, si può sin d'ora notare come D. 7.6.5.pr. acquisterebbe, in tale prospettiva, una più compiuta logica costruttiva, in quanto al discorso sulla confessoria che non può essere usata dal *dominus rei* e a quello sulla negatoria che non può essere esperita da altri se non da quest'ultimo, si aggiungerebbe uno squarcio sulla proibitoria che viceversa può e deve essere usata dall'usufruttuario in luogo della negatoria appunto per contestare che l'usufrutto appartenga ad altri, in un pressoché compiuto parallelismo tra le due azioni per cui, per negare che altri sia titolare del diritto, il proprietario ricorre alla negatoria, l'usufruttuario alla proibitoria.

Ma è opportuno procedere con ordine senza anticipare troppo.

Quello che in ogni caso risulta oggettivo, è che nell'attuale stesura di D. 7.6.5.pr. la menzione della proibitoria, oltre che priva di qualsiasi spiegazione al contrario di quanto avviene per confessoria e negatoria, è malamente inserita in un contesto grammaticale che fa dipendere 'sibi ius esse prohibendi' da 'negat', e per di più collega logicamente, con 'cum', tanto 'cum invito se negat ius esse utendi fructuario' quanto 'vel sibi ius esse prohibendi' alla frase 'quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno'. Se a ciò si aggiunge che la proibitoria non viene menomamente illustrata nelle sue caratteristiche e finalità, sembra in effetti indubitabile che l'originario testo ulpiano ha subito una contrazione riassuntiva non da poco.

### 31. Lo scolio di Stefano ad Bas. 16.6.5

Il passo dei Basilici (16.6.5.pr., Heimbach II p. 199) corrispondente a D. 7.6.5.pr. è nella versione greca alquanto più stringato, e non menziona l'*actio prohibitoria*:

Οὐλιαν. Ὁ τὴν δεσποτείαν ἔχων οὐ δύναται τὴν ἀγωγὴν ἔχειν περὶ τῆς χρήσεως· ἀλλ' ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων· ἢ δὲ περὶ ἀρνήσεως ἀγωγή τῷ τὴν δεσποτείαν ἔχοντι ἀρμόζει· λέγει γάρ, τὸν ἀντίδικον μὴ ἔχειν δίκαιον ἄκοντος αὐτοῦ κεχρηῆσθαι. εἰ δὲ τις παρὰ τὸν δεσπότην κινεῖ τὴν περὶ ἀρνήσεως ἀγωγὴν, ἠττάται, κἂν οὐχ δίκαιον κεχρηῆσθαι ὁ νεμόμενος.

Ulpan. Qui proprietatem habet, actionem de usufructu habere non potest. sed qui habet usumfructum. Actio autem negativa domino competit: ait enim, adversario ius non esse, invito se utendi. Sed si quis praeter dominum actionem negatoriam intendat, inferior erit, licet possessor ius utendi non habeat (Heimbach).

Soltanto nello scolio 1 (Heimbach II p. 200) viene ricordata la regola generale esposta nel finale del passo del Digesto:

κἂν οὐχ δίκαιον κεχρηῆσθαι ὁ νεμόμενος ] Διὰ τὸν κανόνα τὸν λέγοντα, ἐν ἴσῃ αἰτίᾳ τοῦ ἐνάγοντος καὶ τοῦ ἐναγομένου, κρείττων ἐστὶν ὁ νεμόμενος.

licet possessor ius utendi non habeat ] Propter regulam, quae dicit: in pari causa actoris et rei melior est causa possidentis (Heimbach).

Ma il testo più interessante in materia è certamente lo scolio di Stefano (6 ad *Bas.* 16.6.5.pr., *Suppl. Zachariae von Lingenthal* p. 112 s. = Scheltema B III p. 993 s.), il passo che più di ogni altro si sofferma sull'*actio prohibitoria usus fructus*, anche se in realtà senza dirci molto in ordine ad essa:

Ὁ πραέτωρ καὶ τοῖς ἀσώματα ἐκδικοῦσι δίδωσι τύπους τινάς, ἕνα μὲν τὸν κομφεσσόριον ἔχοντα οὕτω 'εἰ φαίνεται με δίκαιον ἔχειν', ἕτερον δὲ νεγατόριον ἔχοντα οὕτως 'εἰ φαίνεται σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ οὔτι φρουι ἰνβίτο με'. Προτέθεικε καὶ ἄλλον τύπον προνιβιτόριον οὕτως συγκείμενον 'εἰ φαίνεται με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ *uti frui*'. Ἀλλὰ τῷ μὲν πρώτῳ τύπῳ, τουτέστι τῷ κομφεσσόριῳ, κέχρηται <ὁ> οὔσουφρουκτουάριος ἐκ τῶν προσόντων αὐτῷ δικαίων ἑαυτῷ κατασκευάζων τὴν νίκην· τοῦτον δὲ τὸν τύπον οὐ δύναται ὁ δεσπότης κινεῖν καὶ λέγειν 'εἰ φαίνεται με δίκαιον ἔχειν τοῦ οὔτι φρουι'. Μόνος γὰρ τοῦτο δύναται λέγειν ὁ οὔσουφρουκτουάριος, οὐκέτι δὲ καὶ ὁ δεσπότης, ἐπειδὴ τῆς προπριεταρίας παρ' αὐτῷ τυγχανούσης οὐ δύναται κεχωρισμένον καὶ ἰδικῶς γνωριζόμενον ἔχειν τὸν οὔσουφρουκτον, μάλιστα μὲν ὅτι σκέπεται τῷ πλάτει τῆς δεσποτείας, ἔπειτα δέ, οὔσουφρουκτος δουλεία ἐστίν, οὐ δύναται δὲ τις δουλείαν [κατὰ τοῦ] πράγματος ἔχειν τοῦ κατὰ δεσποτείαν αὐτῷ διαφέροντος. Δεικνύτω δέ, ὅτι διαφέρει αὐτῷ ὁ οὔσουφρουκτος· ξρῆ γὰρ ἕκαστον περὶ τοῦ οικείου δικαίου καὶ μὴ περὶ ἀλλοτρίου κινεῖν. Εἰ καὶ μάλιστα [γάρ] ὁ νεγατόριος τύπος ἀρμόττει τῷ προπριεταρίῳ κατὰ τοῦ λέγοντος ἑαυτὸν οὔσουφρουκτουάριον εἶναι, καὶ κινῶν ὁ προπριεταρίος νεγατορίως κινεῖ λέγων 'εἰ φαίνεται σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ οὔτι φρουι' καὶ τρόπον τινὰ οὐκ ἐκ τῶν οικείων δικαίων, ἀλλ' ἐκ τῶν ἐπισάθρων τὴν νίκην ἑαυτῷ, ὁμως ἐκ τῶν ἐπομένων τοῦ τύπου ῥημάτων δεῖκνυται, ὅτι δεόντως κινεῖ. Λέγων γάρ, ὅτι 'εἰ φαίνεται σε δίκαιον <μὴ> ἔχειν τοῦ *uti frui invito me*' ἢ οὕτως 'εἰ φαίνεται με ἔχειν τοῦ κωλύειν

σὲ ἐ χρῆσθαι τῷ οὐτι φρουι' δηλοῖ, ὅτι δεσπότης ἐστί, καὶ ἀ[ποκινεῖ] τὸν [ἀν]τί[δικον ταῖς τῆς] δεσποτ[είας] ἀποδείξεισι, καὶ δοκεῖ διὰ τῶν το[ούτων] ῥημάτων κομφρυσσόριον] μᾶλλον, ἀλλὰ μὴ νεγατόρ[ιον] κινεῖν, [ὄ]τ[ι] λ[ε]γ[ων] τοῦ[το δε]σπότην φησὶν ἑαυτὸν καὶ δύνασθαι κατὰ νόμον κωλύειν τ[οῦ] κεχρησθαι [τὸν ἀντίδικον. Εἰ δὲ] ὁ μὴ δεσπότης τὸν *negat* ὄριον ἢ *prohibitorion* τύπον [κινήσει, κᾶν μὴ] ἔχ[ει] δίκαιον ὁ [ἐναγόμενος] τοῦ οὐτι φρουι, ὁμῶς [νεμόμενος νικᾷ] διὰ τὸν κανόνα τὸν λέγοντα: ἐν ἴσῃ αἰτία κρείττων ἐστί τῷ νεμομένῳ ἢ αἴρεσις καὶ μὴ δ[ικαίως] τῷ πράγματι [κεχρημένῳ]. Τὸ αὐτὸ [περὶ δου]λει[ῶν] βιβ. η'. τίτ. ε'. διγ. β'.

Praetor etiam his, qui incorporalia vindicant, formulas quasdam proponit, unam confessoriam, quae sic habet, si paret mihi ius esse, alteram negatoriam, quae sic habet: si paret tibi non esse ius uti frui invito me; proposuit etiam aliam formulam prohibitoriam sic conceptam: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui. Ac prima quidem formulam, i. e. confessoriam, utitur usufructuarius ex iuribus ipsi competentibus sibi victoria parare studens. Hanc autem formulam non potest dominum intendere, et dicere: si paret mihi esse ius uti frui. Solus enim hoc dicere potest usufructuarius, non etiam dominus, quia, dum proprietates penes eum est, non potest separatam et qui seorsum cognosci possit, usufructum habere, potissimum quidem quia obtegitur amplitudine domini, deinde vero, quia usufructus servitus est, nec potest quisquam servitutem in re propria habere. Probato autem sibi competere usufructum: oportet enim quemlibet de suo iure non de alieno agere. Quamvis enim negatoria formula competat proprietario adversus eum qui se usufructuarius dicit, et proprietarius qui negatorie agit sic intendat: si paret tibi non esse ius uti frui, et quodammodo non ex suis iuribus sed ex debilitate adversarii victoriam sibi parat, tamen ex sequentibus verbis formulae ostenditur, eum recte intendisse. Nam dum dicit: si paret tibi non esse ius uti frui invito me, vel sic: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui, docet se dominum esse et repellit adversarium domini probationibus, et videtur per haec verba confessoriam potius quam negatoriam intendere, quia, dum hoc dicit, dominum se predicat et posse secundum leges adversarium prohibere quominus utatur fruatur. Sic autem qui dominus non est, negatoriam vel prohibitoriam formulam intenderit, licet reus ius utendi fruendi non habeat, tamen ut possessor vincit propter regulam, quae dicit: in pari causa melior est possidentis conditio, licet non iure re utatur. Idem circa servitutes dicitur lib. VIII tit. 5 dig. 2.

Lo scolio riprende ampliandolo D. 7.6.5.pr., ripetendo che la confessoria spetta al *fructuarius* e non certo al *dominus*, che intentandola perderebbe senz'altro la lite perché chi ha la proprietà non ha certo un usufrutto separato sulla cosa, e che la negatoria richiede la condizione di *dominus* e, se intentata da altri, condurrebbe di per sé alla sua sconfitta poiché, anche se l'avversario non ha in ipotesi alcun diritto di usufruire della cosa, vince tuttavia in base alla regola '*in pari causa melior est conditio possidentis*'. In tale spiegazione, che viene estesa anche alla *prohibitoria*, si rimane perplessi per il fatto che lo scolio lasci tendenzialmente intendere che per vincere al *dominus* è sufficiente dimo-



strare di essere tale (indicativo tra l'altro il parallelo con la confessoria, che vorrebbe porre in risalto il carattere più assertorio che denegatorio di tali formule), anche se lo scoliasta procede troppo oltre in tale direzione quasi dimenticando che nella negatoria il *dominus* vince sì se dimostra di essere proprietario, ma occorre anche la prova che l'avversario non ha lo *ius utendi fruendi*, così come nella *prohibitoria*, per quanto poco se ne sappia e seguendo tale prospettiva, in ogni caso non sembra che basti provare il *dominium*, ma si debba in ipotesi altresì dimostrare la fondatezza delle ragioni per cui il proprietario pretende di *prohibere* l'esercizio dell'usufrutto. Ma Stefano sembrerebbe tanto concentrato sugli aspetti di legittimazione attiva a tali azioni da perdere di vista ogni loro ulteriore aspetto, relegandole nella troppo sintetica frase «et repellit adversarium dominii probationibus» (καὶ ἀποκινεῖ τὸν ἀντίδικον ταῖς τῆς δεσποτ[είας] ἀποδείξεσι).

In ogni caso, lo scolio a proposito della *prohibitoria* non sembra dirci più di quanto era già riferito da D. 7.6.5.pr., per di più appiattendola sulla negatoria e richiamando anche per essa le medesime regole che valgono per l'altra, senza alcun conato di spiegazione delle differenze specie di scopo tra le due azioni che pur sono implicite già nell'ovvia diversità della formula.

Più interessante la frase δύνασθαι κατὰ νόμον κολύειν τ[οῦ] κεχρησθαι [τὸν ἀντίδικον («et posse secundum leges adversarium prohibere quominus utatur fruatur»), dove il verbo χράω potrebbe alludere appunto all'uso, ossia all'esercizio, dell'usufrutto, mostrando così come nella *prohibitoria* lo *ius prohibendi* si dirige non contro l'esistenza del diritto ma appunto contro il suo esercizio. Ma è un indizio piuttosto tenue. Notevole, inoltre, che Stefano dichiara che le *actiones de usu fructu* e *de servitute* fornite dal pretore non siano due ma tre, aggiungendosi, sia pur su un piano in certo modo secondario, la *prohibitoria* alla confessoria e alla negatoria: ma non è chiaro se tale triplice elencazione sia alcunché di in qualche modo già codificato nella tradizione oppure una prospettiva più o meno isolata di Stefano.

Infine, non è senza importanza che il finale dello scolio rinvii a D. 8.5.2.pr.-1 (Ulp. 17 *ad ed.*: *'De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat. Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutum enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutum dicit deberi'*), facendo intendere che tanto le *actiones de servitute* quanto le *actiones de usu fructu* – confessoria e negatoria – soggiacevano alle medesime regole per quanto riguarda la legittimazione processuale ad esse, e così come le prime erano esperibili solo tra i due *domini* dei rispettivi fondi, allo stesso modo le seconde potevano esclusivamente essere intentate tra il proprietario e l'usufruttuario.

Per il resto, al di là di quanto già implicato dal passo ulpiano, non molto si può trarre da tale scolio in ordine all'*actio prohibitoria usus fructus*. Se anche magari Stefano conosceva o poteva disporre dei *libri ad edictum* di Ulpiano è in ogni caso chiaro che qui segue la versione giustiniana di D. 7.6.5.pr., ove la *prohibitoria* è in pratica soltanto nominata. Ed anzi si potrebbe avanzare il sospetto – anche se con ogni probabilità errato – che i bizantini tendano vagamente a intendere tale azione come volta ad avanzare una *prohibitio* nei casi di scorretto uso della cosa, ossia nelle ipotesi in cui classicamente, per regolare il corretto esercizio dell'usufrutto, si ricorreva ad una *prohibitio* stragiudiziale seguita dall'esperimento dell'interdetto. Ma ovviamente non vi sono elementi precisi che possano condurre in tale direzione, e si vedrà anzi come non manchino indizi di segno contrario.

32. *La locuzione 'vel ad alium pertinere negetur' cui ricorrono le rubriche del Digesto relative alla tutela processuale dell'usufrutto (D. 7.6) e delle servitù (D. 8.5)*

Si è accennata l'ipotesi, in una anticipazione ancora provvisoria, secondo cui l'*actio prohibitoria usus fructus*, lungi dall'essere una formula esperita dal *dominus*, come ce la presentano piuttosto cripticamente le fonti giustiniane e bizantine, avesse in realtà uno scopo completamente diverso, ossia quello di dirimere la controversia tra due pretesi usufruttuari, uno già immesso nella detenzione della *res fructuaria*, l'altro che rivendicava a sé l'usufrutto. E si è in parte visto come una simile lite, che poneva direttamente uno di fronte all'altro nel giudizio i due contendenti, risultasse soluzione alquanto preferibile alla via di far agire il preteso usufruttuario con la *petitio usus fructus* nei confronti del *dominus rei*, il quale, se sconfitto avesse dovuto consegnare la cosa all'attore, avrebbe prima dovuto agire contro l'attuale *fructuarius* con l'*actio negatoria*, con il pericolo di eventuali giudicati contrastanti e soprattutto il rischio che il convenuto, sconfitto nella negatoria, preferisse, piuttosto che adeguarsi all'*arbitrium iudicis* e alla restituzione della *res*, la via della *condemnatio* e del pagamento dell'*aestimatio rei*, costringendo a sua volta il *dominus*, perdente nella confessoria, a fare altrettanto e a pagare il valore dell'usufrutto all'attore.

La soluzione di una lite che ponesse di fronte i due pretesi usufruttuari era dunque sotto più aspetti pratica e veloce, e dunque preferibile, mentre il semplice *ius prohibendi uti frui* costituiva una formulazione minore, imperniata sul puro diritto di proibire all'altro il mero esercizio dell'usufrutto, che non interferiva con le formule – '*ius mihi esse*' e '*ius tibi non esse*' – della confessoria

e della negatoria, formule esperibili solo contro il *dominus* e da parte di questo, e le cui *conceptiones verborum* implicavano un definitivo accertamento *de iure* dello *ius utendi fruendi* che era questione appunto sollevabile in una lite in cui fosse parte il *dominus* stesso.

Ma sinora, per quanto forse di per sé plausibile, tale idea non aveva ancora incontrato alcun riscontro, e poteva anzi apparire una mera illazione un poco di fantasia.

Tuttavia, in realtà un indizio piuttosto forte in tal senso ce lo forniscono le rubriche del Digesto relative alla tutela processuale di servitù ed usufrutto, che in D. 7.6 recano:

Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur

cui parallelamente corrispondono in D. 8.5 le parole

Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

Se la prima parte delle due rubriche (*'si usus fructus petetur'* e *'si servitus vindicetur'*) si riferiscono ovviamente alla confessoria, né possono destare in tal senso alcun problema, la seconda parte, nonostante l'uso del verbo *'nego'* (*'negetur'*), non risultano affatto riferirsi alla negatoria intentata dal *dominus*, e se in base ad una logica generale che vuole confessoria e negatoria di per sé giustapposte ci si sforza di interpretarle in tal senso, sorgono inevitabili problemi dogmatici difficilmente superabili ed anzi praticamente insolubili.

La locuzione *'ad alium pertinere negetur'*, infatti, ci dà una *conceptio verborum* in cui l'attore non nega l'esistenza del diritto in capo al convenuto – *'ius tibi non esse'* – limitandosi a sostenere l'insussistenza del diritto altrui (che se poi anche un usufrutto in ipotesi ci fosse ed appartenesse ad altri sarebbe in ogni caso del tutto irrilevante agli effetti della negatoria), ma contesta esplicitamente che l'usufrutto, pur esistendo, appartenga al convenuto, e poiché le parti processuali sono ovviamente due, non si vedrebbe a chi possa attribuirlo se non a se stesso: e vengono in mente i moniti recati da Ulpiano in D. 7.6.5.pr. (*'Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet'*), e dallo scolio di Stefano in tale direzione. La formula indicata dalle rubriche con le parole *'ad alium pertinere negetur'* non può essere u mezzo giudiziario spettante al *dominus*, ossia la negatoria: si tratta invece, come è stato osservato, «di azioni in cui l'attore nega che la servitù o l'usufrutto appartengono ad altri».

Ed in tale prospettiva l'unico che può sensatamente sostenere che lo *ius in re aliena* non spetti all'avversario, bensì a se stesso, è appunto l'usufruttua-

rio, che si pretende tale nonostante, per qualsiasi motivo, altri abbia ottenuto lo *ius utendi fruendi* sulla cosa e sia già immesso nella detenzione di essa: ovvero chi si dichiara titolare della servitù prediale che altri stia già esercitando normalmente. Se questa rimane in effetti l'unica soluzione percorribile cui le parole '*ad alium pertinere negetur*' lasciano adito, si è visto come una tale azione, che ponendo i due contendenti direttamente uno di fronte all'altro semplifica e sveltisce di non poco la causa, che altrimenti dovrebbe passare attraverso una doppia fase di una confessoria più una negatoria, sia un'azione la cui mancanza risultava di per sé strana nel sistema contenzioso degli *iura in re aliena*, e che sotto vari aspetti viene così a colmare una lacuna ben percepibile e misteriosa.

Questo anche perché, se i due pretesi usufruttuari si fossero già scontrati a livello interdittale, sia sul piano di molestie risolte dall'*interdictum utimini fruimini* a favore dell'attuale detentore, ovvero uno avesse espulso l'altro dalla detenzione con la violenza non armata, e questi, pur in ipotesi detenendo la cosa *vi, clam* o *precario* nei confronti dell'altro e risultando quindi soccombente nell'interdetto, pretendesse di avere un titolo di usufrutto di cui l'altro in realtà non dispone, in entrambi i casi non vi sarebbe modo di andare oltre la tutela di fatto offerta dallo strumento interdittale, e il soggetto sconfitto, pur vantando nel caso *de iure* un titolo poziore, non avrebbe nessuno strumento per farlo valere – a parte la soluzione indiretta di intentare la confessoria contro il *dominus* cui seguirebbe nel caso la negatoria da questi esperita contro l'altro preteso usufruttuario – e soprattutto non avrebbe alcuno strumento processuale che si collochi nell'alveo della espletata procedura interdittale, che in tal modo risulterebbe incompleta e non concludibile attraverso un'apposita azione. E lo stesso discorso varrebbe, ovviamente, anche per le servitù, dove due vicini potrebbero ad esempio contendersi l'uso esclusivo di una polla d'acqua sita nel fondo servente, e anche qui, dopo che l'interdetto avesse dato ragione in base ad elementi *de facto* ad uno dei due, mancherebbe del pari un'azione per risolvere direttamente la questione su di un piano di diritto. In effetti, se l'*uti possidetis* è prodromico, decidendo chi tra i contendenti sarà attore e chi convenuto, all'esperimento della *reivindicatio*, nell'*interdictum utimini fruimini* mancherebbe invece, se non vi fosse tale mezzo giudiziario, qualsivoglia azione per chiudere definitivamente la controversia su di un piano di diritto (ed analogo discorso varrebbe ovviamente nel rapporto tra gli *interdicta de vi* e l'interdetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', così come per gli interdetti di servitù).

Questa azione, dunque, completava necessariamente il quadro di insieme delle azioni *de usu fructu* e *de servitute*, e risolveva la lite circa l'appartenenza dello *ius in re aliena* senza coinvolgere il *dominus*, che rimaneva del tutto estra-

neo ad essa e non minimamente vincolato dal giudicato in questione, tanto che come si è accennato egli avrebbe sempre potuto esperire una negatoria nei confronti di chi avesse prevalso in tale azione.

Tale soluzione era resa possibile dal fatto che quest'ultima non fondava la propria *intentio* su parole quali '*ius mihi esse*' o '*ius tibi non esse*' – che avrebbero coinvolto nel loro dettato il diritto in quanto tale e dunque la posizione del *dominus*, nei soli confronti del quale tale questione era sollevabile – ma si limitava a ricorrere alla locuzione '*mibi ius esse prohibendi te uti frui*', per cui in essa prevaleva di aveva nei confronti dell'altro lo *ius prohibendi* – ossia un titolo poziore – e su un piano di diritto risolveva definitivamente la lite tra i due contendenti, ma senza tuttavia, come si è detto, andare ad invadere la *quaestio de iure* relativa all'esistenza in sé dello *ius utendi fruendi* o della servitù che era aspetto appunto sollevabile esclusivamente nei confronti del *dominus*.

Queste, a grandi linee, le coordinate di massima dell'*actio prohibitoria*, che a questo punto sembrerebbe concretizzarsi in maniera sufficientemente razionale e con peculiarità congruamente logiche e lineari nel quadro delle azioni di usufrutto e di servitù, rispondendo in maniera soddisfacente ad esigenze concrete ed effettive nonché, in ultima analisi, piuttosto naturali. Ovviamente, restano ancora aperti taluni non secondari problemi, sia in relazione alle rubriche del Digesto relative alla tutela processuale degli *iura in re aliena*, nelle quali stranamente sembrerebbe mancare qualsiasi menzione della negatoria, sia in ordine al fatto che in esse la *prohibitoria* viene indicata ricorrendo al verbo '*nego*' ('*ad alium pertinere negetur*') anziché appunto al verbo '*prohibeo*': ma come si vedrà non si tratta di problemi insuperabili.

### 33. La rubrica relativa alla tutela processuale dell'usufrutto nella sua evoluzione storica

Per quanto riguarda il problema della mancata menzione della negatoria nella rubrica '*si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur*' nonché in quella '*si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*', non è difficile postulare che questa non sia la versione classica delle rubriche, e che questa, verosimilmente, menzionasse anche l'*actio negatoria* dopo la confessoria e nel caso prima della proibitoria. E se si tiene presente che le corrispondenti rubriche dei Basilici, come si vedrà tra breve, ricorrono non al verbo ἀρνέομαι – '*nego*' – bensì al verbo κωλύω, ossia '*prohibeo*' – εἰν χρῆσιν καρπῶν ἀπαιτῆται, ἢ ἐξ ἄλλου ληφθῆναι κωλύηται – si potrebbe ipotizzare che l'originaria intitolazione della sezione dell'editto relativo alla tutela processuale dell'usufrutto, così come quella del-

le servitù prediali, potesse grosso modo suonare più o meno come «si usus fructus petetur aut negetur vel ad alium pertinere prohibetur» e «si servitus vindicetur aut negetur vel ad alium pertinere prohibetur». Per quanto tale congettura appaia a prima vista piuttosto audace e priva di elementi probanti, essa non risulta tuttavia a una maggiore considerazione priva di logica e di coerenza: se in effetti sembra di poter tranquillamente scartare l'idea che i classici parlassero in tale rubrica della confessoria ma non della negatoria, e quindi un'esordio del tipo «si servitus vindicetur aut negetur» in certo modo si impone di per sé, a questo punto tuttavia diverrebbe assai strana la ripetizione finale del verbo 'nego' – 'vel ad alium pertinere negetur' –, e se si considera che la frase finale alludeva alla terza azione che era appunto la *prohibitoria*, e che le corrispondenti rubriche dei Basilici recano appunto nel finale il verbo κωλύω, non apparirà impossibile che anche la originaria versione latina ricorresse nel finale della rubrica al verbo 'prohibeo'.

Per tal verso, l'attuale stesura della rubrica parrebbe senz'altro da attribuire ai compilatori giustinianei, che nella loro idiosincrasia per la *prohibitio* stragiudiziale e quanto le era collegato specie, come si è visto, nell'ambito dell'usufrutto, vedevano negativamente l'uso del verbo 'prohibeo', qui per di più nell'intitolazione di una rubrica, mentre d'altra parte l'*actio prohibitoria* – a parte il criptico accenno in D. 7.6.5.pr. – era scomparsa dalla Compilazione, e mentre la confessoria e la negatoria come *nomina actionum* sopravvivevano anche nel sistema del diritto processuale giustiniano, la *prohibitoria* non esisteva più. Non sembra quindi improbabile che trasformando la rubrica – forse per un certo rispetto alla tradizione – in 'si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur', in maniera tale che la parte finale, con la sostituzione di 'nego' a 'prohibeo', risultasse in qualche modo riferirsi alla negatoria – come infatti sarà sempre intesa dagli studiosi –, i giustinianei trovassero una via agevole per cancellare la menzione della *prohibitoria* senza purtuttavia stravolgere troppo il tenore tradizionale della rubrica, mantenendola in linea di massima nei suoi canoni usuali ma senza che più parlasse di tale azione. Mentre i bizantini sarebbero in parte tornati, sostituendo a 'nego' 'prohibeo' – κωλύω –, alla versione classica della rubrica di D. 7.6.

Questa ricostruzione, nella sua congetturalità, potrebbe apparire magari poco convincente ed anzi tendenzialmente fantasiosa, ma in realtà se si esaminano le alternative disponibili circa la storia di tale rubrica, la sua forza probante ne risulta notevolmente rafforzata.

In una prima ipotesi si potrebbe pensare che i classici si riferissero soltanto alla confessoria ed alla negatoria, con una intitolazione del tipo «si usus fructus petetur aut negetur», così come potrebbe suggerire l'esaustiva paradigmaticità di tali azioni secondo la comune dottrina ed il carattere poco corretto,

per indicare la negatoria, della locuzione *'vel ad alium pertinere negetur'*, che risulta implicare che l'usufrutto esista ma appartenga ad altri che al convento. Potrebbe forse essere: ma rimarrebbe del tutto da spiegare, e sarebbe non poco arduo, perché mai i giustiniani abbiano sentito il bisogno di sostituire l'intitolazione tradizionale e classica – più o meno *«si servitus vindicetur aut negetur»*, appunto – indicando la negatoria con un'espressione inesatta ed in tal caso del tutto gratuita quale *'vel ad alium pertinere negetur'*. Che bisogno ne avrebbero avuto, di fronte alla maggior correttezza della denominazione classica già contenuta nella rubrica?

L'altra ipotesi sarebbe che già la versione classica della rubrica, nonostante la stranezza del modo di indicare la negatoria, suonasse *'si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur'*, e che i giustiniani l'abbiano lasciata inalterata: congettura che evidentemente risolverebbe ogni problema nella maniera più lineare. Ma rimarrebbe da spiegare per quale mai ragione i bizantini sentano nei Basilici il bisogno di sostituire κολύω a *'nego'* – ἐαν χρήσιν καρπῶν ἀπαιτῆται, ἢ ἐξ ἄλλου ληφθῆναι κολύηται – alludendo così ad un'*actio prohibitoria* che non esiste in ogni caso più nel loro diritto e che viene oscuramente menzionata soltanto da due scolii (Steph sch. 6 ad Bas. 16.6.5.pr. e sch. 3 ad Bas. 60.16.6.2): anche in questa congettura, il cambiamento rimarrebbe inspiegabile e del tutto gratuito, privo di ogni ragione logico-giuridica.

L'unica spiegazione che in effetti riesce a dare un quadro completo e soddisfacente delle trasformazioni verosimilmente subite da tale rubrica è quindi quella di postulare che i classici indicassero in essa le tre azioni che – come ci suggerisce anche lo scolio di Stefano – il pretore dava per gli *iura in re aliena*, ossia la confessoria, la negatoria e la proibitoria, in una formulazione che poteva in linea di massima suonare *«si servitus vindicetur aut negetur vel ad alium pertinere prohibetur»*. Sarebbero stati i giustiniani che, nella loro avversione per la *prohibitio* e quanto le si ricollegava, ed avendo d'altra parte cancellato dal Digesto e dalla Compilazione l'*actio prohibitoria*, avrebbero cancellato la indicazione della proibitoria trasformandola – sia pur in modo non molto felice – in una menzione della negatoria, e cancellando contemporaneamente la indicazione di quest'ultima che compariva nella versione classica, risolvendo ogni problema mediante la sostituzione del verbo *'nego'* all'originario *'prohibeo'*: *'si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur'*.

Ma i compilatori dei Basilici – anche se sarebbe arduo ricostruirne le precise ragioni – ritornarono in ogni caso all'espressione classica *'vel ad alium pertinere prohibetur'*, ossia all'impiego del verbo κολύω, che era quello appunto usato nella *prohibitoria* e quindi nella versione editale della rubrica. E sembra di poter osservare come – se si rifiutasse la ricostruzione sin qui tracciata e l'esistenza stessa della *prohibitoria* nell'interpretazione ricostruttiva che le è sta-

ta data – rimarrebbe del tutto inspiegabile, ed invero assai strano, il motivo per cui i bizantini, dovendo tradurre una frase come ‘*vel ad alium pertinere negetur*’, avrebbero dovuto avere l’idea, in tal caso davvero peregrina, di ricorrere al verbo κολύω.

Questa, mi sembra, è la sola ed unica spiegazione che possa dare conto e giustificare tutti gli aspetti della non facile questione. Diversamente, rimarrebbero in ogni caso scoperti alcuni elementi che non riuscirebbero più a incastrarsi e a combaciare in una costruzione unitaria e soddisfacente.

#### 34. Il ricorso al verbo κολύω nelle corrispondenti rubriche dei Basilici (16.6 e 58.5)

Come si è visto, la rubrica dedicata alla tutela processuale dell’usufrutto in *Bas.* 16.6 riprende pressoché alla lettera la parallela intitolazione della rubrica di *D.* 7.6 (‘*si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur*’) con la sola sostituzione a ‘*negetur*’ di κολύηται:

ἐὰν χρῆσιν καρπῶν ἀπαιτῆται, ἢ ἐξ ἄλλου ληφθῆναι κολύηται,

tanto che la traduzione degli Heimbach ignora tale mutamento e traduce senz’altro «*si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur*», passando senza problema sul ricorso dei Basilici al verbo κολύω. In realtà sembra altresì da notare che la locuzione ἐξ ἄλλου ληφθῆναι (da λαμβάνω) assume una sfumatura di «*tolta ostilmente dall’altro*».

Diversa è la rubrica relativa alla tutela processuale delle servitù prediali (*Bas.* 58.5), che, senza troppo guardare alla seconda parte della corrispondente rubrica di *D.* 8.5 (‘*si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*’), reca invece:

ἐὰν δουλεία ἐκδικῆται ἢ παρ’ ἄλλου ἢ ἀρμόζουσα κολύηται

si servitus vindicetur, vel quae competit ab alio prohibeatur (Heimbach).

A parte la non facile traduzione di ἀρμόζουσα con «*quae competit*» (probabilmente basata sul fatto che ἀρμόζω al medio assume anche il significato di «*unisco a me*»), a ben vedere la seconda parte della rubrica in realtà non muta più di tanto rispetto a quella corrispondente dell’usufrutto, poiché mentre in quest’ultima la prospettiva processuale è quella dell’attore che contesta che lo *ius utendi fruendi* spetti all’avversario, ossia al convenuto, in quella relativa alla



tutela processuale delle servitù la visuale è semplicemente invertita, ed il punto di vista è quello del convenuto che si vede contestare che la servitù spetti invece all'attore, il quale evidentemente la rivendica come sua. Ma la cosiddetta sostanza non muta più di tanto.

Non sfugge certo che, prendendo alla lettera la frase *παρ' ἄλλου ἢ ἀρμόζουσα κωλύεται* il '*prohibeatur*' potrebbe essere di per sé inteso in un senso ampio, ossia non in riferimento alla sola *actio prohibitoria* ma come ricomprensivo di qualsivoglia *prohibitio* altresì stragiudiziale che giungeva a turbare – a torto o a ragione – il normale esercizio della servitù. Ma tale lettura non sembra da seguire, sia perché la *prohibitio* stragiudiziale, nei Basilici, compare scarsissime volte nel libro XVI relativo all'usufrutto ed in 58.1-8 sulle servitù, e per lo più nella prospettiva del divieto di *prohibere*\* (nei Basilici si segue infatti un'impostazione per lo più maggiormente sostanziale che processuale, e la *prohibitio* non può più destare i problemi che si sono visti suscitare da essa nel Digesto e nella Compilazione giustiniana)\*\*. Ma, soprattutto, anche se formulata in tale peculiare maniera, la rubrica *ἐὰν δουλεία ἐκδικηται ἢ παρ' ἄλλου ἢ ἀρμόζουσα κωλύεται* si inserisce comunque in un contesto in cui rimane sempre parallela a quella di *Bas.* 16.6 – *ἐὰν χρῆσιν καρπῶν ἀπαιτηται, ἢ ἐξ ἄλλου ληφθῆναι κωλύεται* – né potrebbe dimenticare le corrispondenti rubriche del Digesto (7.6 e 8.5) e il loro finale '*vel ad alium pertinere negetur*', sostituito nei Basilici da *κωλύεται*, cosicché sarebbe del tutto incongruo postulare che, sia pur formulata in maniera diversa, la rubrica di *Bas.* 58.5, possa avere un significato sostanzialmente differente da quella di *Bas.* 16.6.

L'elemento significativo che quindi emerge dalle due rubriche rimane sempre il ricorso al verbo *κωλύω*, intenzionalmente, si deduce, sostituito al verbo '*nego*' (*ἀρνέομαι*) in un contesto ove pur il lemma *κωλύω* non viene impiegato né in maniera sensibile da un punto di vista quantitativo né significativamente nella prospettiva del suo significato, trovando spazio solo in traduzioni meccaniche del testo dei *Digesta* ma senza quelle implicazioni problematiche che si è visto assumere nella Compilazione giustiniana: l'impiego del verbo *κωλύω* nelle due rubriche, dunque, si deve presumere dovuto ad altro genere di fattori, ossia, come si è tentato di mostrare, alla volontà di risalire, quantomeno per il verbo *κωλύω*, alla versione classica dell'intitolazione editale – che si può ricostruire grosso modo come «*si usus fructus petetur aut negetur vel ad alium pertinere prohibetur*» e «*si servitus vindicetur aut negetur vel ad*

---

\* Cfr. ad esempio *Bas.* 16.1.7.3 e *sch.* 4 ad h.l.e *Bas.* 16.1.15.6, nonché *Bas.* 58.2.19.1. 58.5.8.2 e 58.7.2 e 6.

\*\* Sovente qualsiasi discorso di tipo processuale viene evitato con un semplice e oggettivo '*potest*' o '*non potest*' (*δύναιται*): cfr. ad esempio *Bas.* 16.1.15.2 e 32 nonché *Bas.* 58.1.2 e 58.2.8.E

*alium pertinere prohibetur*» –, in una lata fedeltà al dato antico che del resto appare in completa sintonia con quella volontà di tradurre il *Corpus Iuris* in un greco tendenzialmente classico, seguendo tendenzialmente una lingua letteraria «di alto registro» risalente all'Atene del V e IV secolo a.C.

Il ricorso dei Basilici al verbo κολύω, quindi, appare verosimilmente un lacerto classico della originaria rubrica edittale conservatoci dai bizantini, né, come si è visto, spiegazioni di diverso genere possono pervenire a dare una risposta soddisfacente al problema della sostituzione di tale verbo al 'negetur' usato nei corrispondenti luoghi del Digesto: sia postulando che la versione classica recasse «*si usus fructus petetur aut negetur*» e «*si servitus vindicetur aut negetur*», sia ritenendo che essa suonasse nell'editto «*si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur*» e «*si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*», infatti, come si è visto sorgono insolubili problemi che non è in alcun modo possibile superare, e che conducono senza alternativa l'analisi in vicoli ciechi. Nel primo caso, infatti, rimarrebbe inspiegabile ed anzi assurdo che i giustiniani abbiano sostituito il tecnicamente esatto 'negetur' con la curiosa locuzione 'vel ad alium pertinere negetur', errata nell'indicare la negatoria, in quanto tale da implicare che lo *ius in re aliena* appartenga ad altri ma pur sussista, mentre la negatoria nega appunto l'esistenza stessa del diritto; nella seconda ipotesi, non si potrebbe comprendere perché mai i bizantini abbiano nei Basilici introdotto, senza ispirarsi ad un modello precedente, il verbo κολύω, rinviante ad un'actio prohibitoria che nel loro diritto non esisteva assolutamente più e di cui non trattavano se non oscuramente in due soli scolii.

Il ricorso dei Basilici al verbo κολύω, invece, si spiega agevolmente, come già detto, se si congettura che la versione classica della rubrica edittale, indicando tutte le tre azioni proposte dal pretore, suonasse «*si usus fructus petetur aut negetur vel ad alium pertinere prohibetur*» e «*si servitus vindicetur aut negetur vel ad alium pertinere prohibetur*»: i giustiniani, nella loro ostilità per la *prohibitio* e tutto quanto le era connesso, avrebbero eliminato la menzione della proibitoria trasformandola in un non ben riuscito riferimento alla negatoria – 'vel ad alium pertinere negetur' –, mentre i bizantini, ponendo di nuovo il riferimento a 'prohibeo' – κολύω –, sarebbero almeno nel finale ritornati alla versione classica contenuta nell'editto della rubrica.

Per quanto non certo del tutto priva di problemi, e neppure forse soddisfacente sino in fondo, quella qui proposta appare l'unica spiegazione logica ed in qualche modo appagante delle complesse vicende storiche di tali martoriare rubriche.

35. *La lite tra due pretesi usufruttuari della res:*  
*'mibi esse ius te prohibere'*

Come si è accennato, un'azione che risolve direttamente la lite tra due pretesi usufruttuari (o titolari di servitù) che accampino un siffatto diritto sul medesimo *ius in re aliena* risulta una lacuna non lieve e difficilmente spiegabile nel sistema delle *actiones de usu fructu e de servitute*.

In teoria, si potrebbe pensare che il soggetto privato dall'altro dell'usufrutto o della servitù potesse in ogni caso agire contro il *dominus* della *res fructuaria* o del fondo servente mediante una semplice confessoria, facendo valere in tal modo le proprie ragioni: ma si è visto che tale soluzione risulterebbe in ogni caso farraginosa ed insoddisfacente, in quanto il *dominus*, una volta sconfitto, per poter realizzare la *restitutio* dovrebbe preventivamente agire con la negatoria contro l'attuale detentore dell'usufrutto o della servitù, con il rischio che l'avversario, convenuto nella negatoria, preferisse disattendere la clausola arbitraria e pagare la *litis aestimatio*, lasciando il vincitore della precedente confessoria privo dello *ius* perseguito e costretto ad accontentarsi a sua volta della *litis aestimatio*. Una soluzione certo formalmente ineccepibile, ma poco soddisfacente nella sostanza e piuttosto dilungata dal punto di vista dei ritmi processuali, con uno spreco di tempo e di risorse giudiziarie di per sé poco giustificabile.

Inoltre, si può immaginare che una simile soluzione rendesse sovente la posizione del *dominus* alquanto delicata se non debole, perché non si trattava qui di agire con la negatoria contro un terzo che si era semplicemente immesso, magari senza titolo, nella detenzione dell'usufrutto, ma di un soggetto cui in ipotesi il *dominus*, sia pure per sbaglio, aveva costituito l'usufrutto in particolare mediante una *in iure cessio*, nel caso in adempimento di un *legatum per damnationem*, e agire sostenendo l'inesistenza dell'usufrutto in questione, in base ad un errore di persona, poco tempo dopo una regolare *in iure cessio* non doveva risultare una soluzione né facile né agevolmente credibile.

Doveva quindi risultare via molto più agevole e di per sé preferibile mettere direttamente a confronto, in una apposita azione, i due pretesi titolari dello *ius in re aliena*, affinché l'accertamento della titolarità dello *ius* si svolgesse direttamente tra essi, cosicché l'attore potesse dare la prova del suo diritto nei confronti del diretto interessato. Tale soluzione del resto non creava problemi sistematici, poiché, svolgendosi il processo tra terzi, il giudicato non era comunque opponibile al *dominus*, che in ogni caso avrebbe potuto intentare la negatoria contro il vincitore di tale azione (altro problema, che non sembra qui il caso di approfondire, è se fosse concesso al soggetto sconfitto dal *dominus* nella confessoria o nella negatoria di agire poi contro l'attuale

usufruttuario con la proibitoria, possibilità che sembrerebbe da escludere, anche in vista della posizione di avente causa che l'attuale usufruttuario tende ad assumere rispetto al *dominus*: mentre alquanto più ardua è la risposta al quesito se il preteso usufruttuario sconfitto nella *prohibitoria* avrebbe potuto poi intentare la confessoria contro il *dominus*, soluzione che in ogni caso, per quanto difficile, non sembrerebbe di per sé da escludere).

Vi era poi un ulteriore problema che suggeriva l'introduzione di una simile azione direttamente esperibile tra i due pretesi titolari dello *ius in re aliena*. Come si è visto, né sembra inutile il ripeterlo, è noto infatti come gli interdetti relativi al possesso, l'*uti possidetis* e il *de vi*, oltre a tutelare la situazione di fatto esistente svolgessero altresì una funzione prodromica rispetto all'*actio* che giungeva a regolare definitivamente la questione, stabilendo chi nella *reivindicatio* dovesse essere attore e chi convenuto: per tal verso, di per sé la fase interdittale potenzialmente era solo una fase intermedia della controversia, da situare su un piano *de facto*, mentre la lite avrebbe potuto nel caso trovare la sua naturale fine, su un piano *de iure*, a livello di azione, ossia di *reivindicatio*.

Se invece fossero stati i due pretesi usufruttuari a scontrarsi con l'*utimini fruimini* o l'*interdictum* cosiddetto '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', una volta esaurita la procedura decretale, in mancanza della specifica azione qui ipotizzata non vi sarebbe stata alcuna possibilità di passare dal piano *de facto* a quello *de iure* proseguendo la controversia attraverso una qualsiasi azione, e anche se colui che era stato sconfitto nella prima fase aveva perso per contingenti motivi legati al meccanismo interdittale e alle sue prescrizioni specie legate alla *clausula vitii*, egli, non avendo un'*actio* a disposizione, non avrebbe potuto fare più nulla, benché in ipotesi dotato di un titolo valido circa lo *ius in re aliena* di cui l'avversario, pur avendo prevalso nella fase decretale, non disponeva affatto. E analogo discorso può ovviamente essere fatto circa lo scontro interdittale tra i due pretesi titolari di una servitù prediale.

Anche questo è un forte iato sistematico nella complessiva tutela degli *ius in re aliena*, che nella realtà quotidiana avrebbe potuto facilmente portare a risultati aberranti e a situazioni di patente ingiustizia se non vi fosse stata l'azione qui ipotizzata esperibile tra i due pretesi titolari dell'usufrutto o della servitù prediale. In effetti, la tutela interdittale si fonda e decide in base a semplici elementi fattuali che chiudono provvisoriamente la controversia – a parte quelli che *proprietas causam continent* – fondandosi su alcuni ma non su tutti gli elementi che nel loro insieme compongono la controversia, ossia sul mero aspetto *de facto* che consente appunto una veloce soluzione della questione per così dire preliminare e molte volte è sufficiente in concreto a far cessare la materia del contendere. Ma questo è appunto possibile, né può

portare ad ingiustizie, in quanto è sempre possibile adire una ulteriore fase processuale – l'*actio* – in cui dopo gli elementi *de facto* vengono presi in considerazione gli aspetti invece *de iure* della controversia, completando così sotto ogni aspetto l'esame dei vari elementi della lite. Ma è evidente che se invece l'esame processuale si ferma alla prima fase *de facto* si tagliano fuori e si ignorano tutti gli ulteriori aspetti che tale fase, programmaticamente, non può prendere in considerazione, e la controversia, privata dell'esame degli ulteriori elementi *de iure*, non può che risultarne monca e sostanzialmente alla fine inutile per quanto riguarda l'analisi del complessivo insieme degli elementi di fatto e di diritto che vi hanno dato luogo. Ed è questo che inevitabilmente accadrebbe se, dopo l'espletamento della procedura interdittale, i due pretesi titolari di uno *ius in re aliena* si dovessero per forza fermare e fosse loro precluso l'esame giudiziario di ogni ulteriore aspetto della materia del contendere.

Tra l'altro, si può aggiungere che, in mancanza di un'azione che come la proibitoria consentisse nella lite tra due pretesi usufruttuari un'ulteriore fase *de iure* dopo la fase *de facto* rappresentata dall'interdetto, si creerebbe una evidente sperequazione tra la lite che vedesse il *fructuarius* opposto nell'interdetto al proprietario-possessore, ove, se sconfitto, il primo avrebbe in ogni caso ancora a disposizione la confessoria, e la lite che si svolgesse invece tra due pretesi usufruttuari, dove invece la parte soccombente non avrebbe alcuna possibilità di proseguire la controversia in sede di *actio*: una distonia della costruzione giuridica che sarebbe arduo giustificare nella sua logica sistemica, specie se si tiene altresì presente come sia comunemente ammesso che gli interdetti relativi all'usufrutto derivino e prendano a modello quelli relativi al possesso, mentre del resto un diverso regime degli interdetti relativi all'usufrutto, per quanto riguarda la possibilità di un'ulteriore *actio*, a seconda della contingente controparte interdittale con cui si svolgono non avrebbe alla fine soverchio senso nella geometria giuridica sottesa a tali problemi.

Anche sotto tale ulteriore aspetto, dunque, l'assenza di un'azione che mettesse direttamente a confronto i due pretesi titolari di uno *ius in re aliena* creerebbe non lievi problemi sistematici, ed anzi darebbe luogo a questioni non facilmente spiegabili di ingiustizia sostanziale.

Questa azione fu dunque concretizzata nella formula '*si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui*', secondo la testimonianza di Stefano, e prese il nome di *prohibitoria*. Rispetto alle locuzioni cui ricorrono la confessoria e la negatoria, basate su parole che accertano o escludono una volta per tutte l'esistenza del diritto di cui è causa, la formulazione dell'*intentio* della *prohibitoria* suona in effetti un poco strana, dato che il '*prohibere*' risulta parola indicante semmai l'atto di impedire di fatto l'esercizio dello *ius in re aliena*, ed ha in realtà ben poco

a che vedere con l'accertamento del diritto. A rigore, anzi, una formula mirante ad accertare a quale dei due contendenti lo *ius utendi fruendi* ovvero la servitù prediale andasse assegnata sarebbe stata più esattamente espressa con i termini '*mibi esse ius*' o '*tibi non esse ius*', ma ovviamente tali parole non potevano venire impiegate in essa poiché già comparivano nella confessoria e nella negatoria, ed anzi implicavano un accertamento definitivo dello *ius* che poteva avvenire esclusivamente nei confronti del *dominus*.

La soluzione un poco di compromesso cui si ricorse pare dunque sia stata il ricorso al verbo '*prohibere*', che pur avendo un significato relativamente univoco conosceva tuttavia una serie piuttosto diversificata di impieghi a seconda delle situazioni in cui veniva adottato: dalla *prohibitio* stragiudiziale, con cui si inibiva un esercizio dello *ius in re aliena* che si sosteneva non conforme alle regole, alla *prohibitio* che, nell'*interdictum* '*si uti frui prohibitus esse dicitur*', privava il soggetto della detenzione dell'usufrutto in maniera persino analoga alla *deiectio*, sino alla locuzione '*ius prohibendi*' che compare nei rapporti tra condomini e nell'*operis novi nuntiatio*.

Ma fu forse proprio tale varietà di concretizzazioni che suggerì e permise il ricorso al verbo in questione nell'azione volta a dirimere la lite tra i due pretesi titolari dello *ius in re aliena*, appunto in quanto, anche se inserito in un'*actio* come '*ius prohibendi*', per un verso esso non andava a toccare, nelle sue radici legate alla *quaestio de facto*, il diverso problema dell'esistenza in sé del diritto, accertabile solo nei confronti del *dominus* in una formula basata sul '*ius esse*' o '*ius non esse*', e d'altra parte, inserito in una formula simile a confessoria e negatoria, e quindi tendenzialmente relativa alla *quaestio de iure* («*si paret A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> ius esse prohibendi fundo q..d.a N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> uti frui neque ea res arbitrio C<sup>o</sup> A<sup>o</sup> iudicis A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C<sup>us</sup> A<sup>us</sup> index N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato, si non paret absoluto*»), era in ogni caso sufficiente a dirimere la materia del contendere assegnando la *res* in maniera tendenzialmente definitiva ad uno dei contendenti, salva la posizione del *dominus* che avrebbe sempre potuto intentare contro il vincitore la *negatoria*.

Una soluzione quindi appunto di compromesso, ed eminentemente stipulatoria – dato che il significato della formula poteva essere del tutto chiaro soltanto conoscendone il fine per cui era stata introdotta – ma tuttavia inevitabile nell'assenza di qualsiasi altra possibile formulazione che rinunciava al ricorso al verbo '*prohibere*': infatti, escluse le locuzioni '*ius esse*' o '*ius non esse*' ed un'*intentio* imperniata direttamente sull'appartenenza del diritto, sarebbe risultato pressoché impossibile ricorrere ad un'altra locuzione, mentre in ogni caso '*prohibere*' già di per sé rinviava direttamente alle liti relative all'esercizio dello *ius in re aliena* e quindi alla possibilità di usarne legittimamente, e per tal verso esprimeva grosso modo la reale controversia oggetto della formula.

L'*actio prohibitoria*, così, entrò a far parte, sia pur su di un piano minore rispetto a confessoria e negatoria, del quadro delle *actiones de usu fructu e de servitute*, colmando una sensibile ed effettiva lacuna di cui il diritto romano non poteva non sentire l'estrema problematicità: la controversia tra i due pretesi titolari dello *ius in re aliena* trovava così finalmente una specifica soluzione processuale.

### 36. L'effettiva funzione dell'*actio prohibitoria*

Vista come azione spettante ad un preteso titolare di uno *ius in re aliena*, l'*actio prohibitoria* appare dunque acquistare una sua precisa logica e una sua virtuale funzione nel quadro della tutela di servitù e usufrutto, risolvendo in maniera semplice e diretta la controversia tra i due litiganti senza ricorrere alla via più lunga ed insicura della confessoria seguita da una negatoria, e facendo dunque venir meno una notevole lacuna del sistema dei diritti reali su cosa altrui di cui sarebbe altrimenti alquanto arduo darsi ragione.

Ed anche il sistema della tutela interdittale ne risultava completato, consentendo una ulteriore fase contenziosa dopo che questa procedura aveva provveduto a decidere sugli aspetti *de facto* della controversia: così come nel possesso agli interdetti *uti possidetis* e *de vi* poteva logicamente seguire l'esperimento della *reivindicatio* in quanto non era affatto detto che la situazione *de facto* ristabilita dall'interdetto corrispondesse alla situazione *de iure* ed era quindi necessario affrontarla mediante un'*actio*, allo stesso modo anche negli interdetti relativi a servitù e usufrutto, che tra l'altro risolvevano in prima istanza la lite tra i due pretesi titolari su di un piano sempre di fatto, la controversia poteva con la proibitoria proseguire anche qui su un ulteriore livello *de iure* affrontando cioè quegli aspetti contenziosi che giocoforza la procedura decretale non aveva potuto affrontare perché estranei al suo oggetto.

Se questo conduceva a risolvere la lite tra i due pretesi titolari dello *ius in re aliena*, non è poi da credere che la circostanza che tale sentenza non fosse opponibile al *dominus*, che poteva sempre agire con la negatoria contro chi avesse prevalso nella proibitoria e quindi si fosse visto assegnare l'usufrutto o la servitù, dovesse normalmente condurre ad un duplice esame della questione, prima in sede di proibitoria tra i due pretesi titolari e poi a livello di negatoria tra il *dominus* e il vincitore della precedente: in effetti, se ad esempio la controversia aveva ad oggetto un errore di persona nel testamento in cui il *dominus* era l'erede, o in ogni caso nella sua esecuzione, che poteva aver condotto a costituire lo *ius in re aliena* in capo ad un soggetto sbagliato, tale que-

stione veniva già affrontata compiutamente nella proibitoria, per cui, nella normalità dei casi, difficilmente il *dominus* avrebbe preteso un nuovo esame di tutta la questione intentando a sua volta la negatoria contro chi aveva prevalso nella proibitoria. Certo, non si può ovviamente escludere che talvolta ciò accadesse, ma non sembra che dovesse essere questa la normalità dei casi.

Del resto, a ben vedere, l'eventuale controversia tra due soggetti che si pretendessero entrambi del medesimo diritto di usufrutto ovvero della stessa servitù non doveva certo costituire un'eventualità facile a realizzarsi, e le liti di questo tipo dovevano essere in realtà estremamente contenute. L'*error in persona*, in particolare, poteva certo verificarsi, specie in un legato, ma in ogni caso doveva trattarsi di un'ipotesi alquanto marginale.



## VI.

# Conclusioni

### 37. *Il sistema di tutela qui ipotizzato*

Il peccato per così dire originale nello studio dello *ius utendi fruendi* è senz'altro stato il voluto e programmatico trascurare ed anzi ignorare il fondamentale aspetto della tutela interdittale inerente a tale istituto.

Il non vedere che quasi tutti gli aspetti del suo esercizio quotidiano erano regolati e disciplinati da svariati interdetti ha non solo portato a non accorgersi di come elementi quali il corretto uso della cosa e quindi i rapporti tra *fructuarius* e *dominus* trovavano già una adeguata e pressoché completa protezione nel sistema interdittale – basti pensare alla *refectio* e ai limiti di sfruttamento della *res fructuaria* – ma altresì come anche i rapporti con i vicini – e in particolare l'esercizio delle servitù costituite a favore del fondo – erano perfettamente regolati dall'ordinamento attraverso la procedura decretale, né in linea di massima abbisognavano di altra forma di controllo giudiziario – e in particolare di un'*actio* – al di fuori di questa. La tutela interdittale tendeva quindi a coprire senza problema pressoché tutto l'aspetto fattuale dell'esercizio concreto dell'usufrutto, e come si è visto lo faceva nella maniera più semplice e lineare, fondandosi su meri elementi di fatto e con i risultati più veloci ed efficaci. La *prohibitio*, quale atto di formale autotutela privata o come semplice impedimento di fatto, mossa dal *dominus* o da terzi, e l'accertamento del suo carattere giustificato o meno tramite la procedura decretale, era sistema agile e flessibile che permetteva di porre fine nel modo più veloce alle liti in materia portando a termine la controversia e provvedendo anche per il futuro, tramite *cautiones*, affinché tali problemi non si ripetessero. Se si pensa ad esempio alla questione della *refectio* e ai tanti tentativi ricostruttivi cui ha incautamente dato luogo e, per contro, alla semplicità della soluzione prevista dal diritto romano classico, in cui la mancata manutenzione della cosa legittimava il *dominus* a inibire l'esercizio dell'usufrutto, in maniera tale che la controparte potesse riprenderlo solo impegnandosi formalmente a prov-

vedervi, non può non stupire come una tale soluzione, alla fine persino banale, sia stata tanto a lungo ignorata preferendovi costruzioni improbabili e teorie indimostrabili.

E l'ignorare l'aspetto fondamentale della tutela interdittale dell'usufrutto, soltanto accennata per un conato di completezza in margine alle trattazioni in materia, non ha solo condotto a una mancata visione accettabile di quegli aspetti che più direttamente concernevano tale protezione decretale dell'esercizio dello *ius utendi fruendi*, ma – molto di più – ha influenzato in maniera fuorviante e distorcente ulteriori aspetti dell'istituto, apparentemente non in modo immediato e necessario collegati ad essa. Si pensi in particolare alle *actiones de usu fructu*, snaturate nei loro fini, e soprattutto negli aspetti di legittimazione attiva e passiva relativi ad esse, da una ricostruzione che sentiva il bisogno, al di là del loro scopo di mero accertamento del diritto, di caricarle indebitamente di ulteriori fini, primo tra tutti quell'assicurare al *fructuarius* una tutela contro chiunque *non patiatut uti frui*, così da estendere – in buona parte contro lo stesso esplicito dettato delle fonti – la legittimazione passiva alla *petitio usus fructus* dal *dominus* a qualsivoglia possessore della *res fructuaria*: cosa che non sarebbe avvenuta se gli interpreti avessero conosciuto e tenuto presente come verso il terzo possessore – e discorso analogo vale ovviamente altresì per le *actiones de servitute* – il *fructuarius* era già adeguatamente tutelato dalla procedura interdittale, che si rivolgeva appunto contro chi *non patiatut uti frui*, ossia elevava impedimenti di fatto al suo esercizio (*quaestio de facto*) a motivi di controversia decretale, mentre viceversa scopo della confessoria e della negatoria – e della loro *intentio* «*ius esse*» o «*non esse*» – era ben diversamente quello del puro accertamento della sussistenza del diritto (*quaestio de iure*). Ed in effetti, come si è almeno in parte visto, non poche delle vicende che hanno segnato nel secolo scorso l'impostazione ricostruttiva di tali azioni nascono in buona sostanza dal fatto che si studiava l'*actio* ignorando del tutto l'elemento strettamente complementare ad essa, ossia l'interdetto, e con ciò i fondamentali confini che delimitavano i due rispettivi ambiti di operatività.

Anche le strane espressioni usate dai giustinianeî – *per arbitrum cogere fructuarium* – o le curiose azioni che essi propongono, come la *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis*, avrebbero in ogni caso dato luogo a minori problemi e sarebbero state verosimilmente più agevolmente risolte nella loro problematicità, se solo si fosse tenuto conto che anche qui la soluzione classica non era che ancora una volta quella interdittale, e che dunque dove i giustinianeî parlano di *per arbitrum cogi* o di *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis* i giuristi romani si riferivano invece, com'era per loro ovvio, alla *prohibitio* ed alla conseguente procedura interdittale. Ne risultava, nel com-

plesso, uno studio monco se non mutilato di tali problemi, privo di elementi essenziali per giungere ad una effettiva soluzione, ed in ultima analisi dettato dalla presunzione di pensare che l'aspetto interdittale, per quanto parte senz'altro integrante della disciplina complessiva dell'usufrutto, in fondo non fosse importante e potesse tranquillamente venire trascurato se non ignorato pressoché del tutto.

La stessa *actio prohibitoria usus fructus*, nelle sue misteriose finalità che le fonti a disposizione sembrano volutamente nasconderci, sarebbe rimasta forse meno oscura se si fosse tenuto presente come l'aggettivo '*prohibitorius*' in realtà si ricollegli immediatamente a tutta una serie di figure e istituti di ambito interdittale, dalla *prohibitio* allo *ius prohibendi* sino agli *interdicta prohibitoria*, prospettiva che forse sarebbe risultata non poco illuminante anche a proposito della fantomatica *actio prohibitoria*. Poiché essa non è certo un'azione volta a incanalare nel diritto giustiniano le reazioni specie del *dominus* prima fatte valere attraverso una *prohibitio* stragiudiziale (poiché in tal caso i compilatori ne tratterebbero diffusamente, né si limiterebbero a menzionarla cripticamente una sola volta), una volta che viceversa la si situi nel diritto classico avrebbe dovuto sorgere immediata e spontanea una domanda: cosa mai poteva farsene il *dominus* di un'azione volta a far valere il proprio *ius prohibendi* quando aveva già a disposizione una *prohibitio* stragiudiziale molto più immediata ed efficace, cui seguiva una più veloce procedura interdittale di per sé idonea a risolvere ogni problema relativo all'esercizio dell'usufrutto? Forse una tale domanda avrebbe incanalato su basi più sicure la ricerca, rendendo quantomeno opinabile che tale azione competesse al *dominus*, come ci dicono le scarsissime fonti in materia, e avrebbe così consentito un dilatarsi delle prospettive di ricerca aperto a prendere in considerazione altresì ipotesi di altro genere.

Ma, appunto, l'aspetto interdittale dell'usufrutto appariva del tutto secondario se non peggio e tale da poter essere senza problema del tutto ignorato. E questo purtroppo ha segnato significativamente gli studi in materia di un lunghissimo periodo della romanistica.

È parso quindi ovvio e naturale in questa ricerca prendere le mosse dalla *prohibitio* e dalla conseguente tutela interdittale relativa all'usufrutto, oltre che alle servitù prediali, per poter così rimettere un poco d'ordine in tali questioni riguardanti l'esercizio quotidiano dello *ius utendi fruendi* e quindi quei problemi di semplice uso della *res* che contrapponevano il *dominus* al *fructuaris*, nonché quest'ultimo in particolare ai vicini che dovevano una servitù al *fundus fructuaris*, ricostruendo così il sistema interdittale di cui l'usufruttuario si poteva avvalere: e indagandoli brevemente, dall'*utimini fruimini* all'*interdictum 'si uti frui prohibitus esse dicitur'* sino ai vari altri mezzi decretali specie *de servitu-*

te, ne è agevolmente emerso un sistema di tutela *de facto* idoneo a risolvere con efficacia gli svariati problemi che potevano sorgere nella vita di ogni giorno dello *ius utendi fruendi*. In particolare, per tal via è risultato alquanto più lineare e facile da risolvere il problema della *refectio*, che rimane centrale nelle fonti in materia e che la dottrina aveva tentato di risolvere – senza troppo distinguere tra mezzi processuali volti al risarcimento di un danno già verificatosi e strumenti giudiziari destinati ben diversamente ad evitare che il danno si compia – nei più svariati modi ma senza mai por mente al fatto che una *prohibitio* del *dominus*, seguito da un interdetto promosso dal *fructuarius*, era il sistema più idoneo per risolvere in modo pratico e veloce tale problema.

Anche il fatto che l'usufruttuario fosse semplicemente tutelato dagli appositi interdetti nell'uso delle servitù vantate dal fondo era aspetto per lo più ignorato dalla romanistica, con il risultato, come si è visto, di snaturare le *actiones de usu fructu* e *de servitute* con scopi di tutela fattuale che non erano loro assolutamente propri, mentre spesso rischiava di essere dimenticata la struttura di tali azioni e il loro fine esclusivamente volto al puro accertamento del diritto controverso. E altresì in tale questione è emerso come le fonti fossero chiarissime nella distinzione tra i due tipi di tutela, dichiarando nella maniera più esplicita, in particolare, che '*alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur*' (D. 8.5.2.3), e come quindi l'usufruttuario dovesse in tema di servitù limitarsi alla tutela *de facto*, ossia all'interdetto, anche se tali affermazioni, forse proprio perché relative alla protezione interdittale, non sono state colte dalla letteratura in tutta la loro importanza.

Ne è alla fine uscito un sistema di tutela semplice ed efficace che ha permesso di risolvere sul mero piano interdittale non poca parte dei problemi relativi all'esercizio dell'usufrutto, sgravandone così l'elemento dell'*actio*, spesso invocato a torto quale panacea di ogni problema ed anzi come unico concreto rimedio a qualsivoglia questione che potesse sorgere nell'esercizio dell'usufrutto, così da dilatare i fini e la natura stessa delle *actiones de usu fructu* e *de servitute* fino all'individuare, ad esempio, nell'*actio arbitrariam in factum* lo strumento con cui si sarebbe costretto il *fructuarius* a provvedere ai propri obblighi positivi come la *refectio*, con tutte le altre soluzioni consimili che si sono incontrate, tutte dovute, nella loro genesi ultima, al trascurare come inesistente l'aspetto interdittale di tali questioni.

Quanto all'*actio prohibitoria usus fructus*, trascurando gli inesistenti dati che ci vengono forniti dalle due sole fonti in argomento conservateci (D. 7.6.5.pr. e Steph. *sch.* ad *Bas.* 16.6.5), si è preferito muovere da un problema che, in una visione astratta e un poco teorica della questione, emergeva dal sistema della tutela dei diritti reali, ossia dall'assenza di un'azione idonea a risolvere il problema dell'appartenenza dello *ius utendi fruendi* tra due pretesi titolari, una

lacuna che lasciava per vari versi stupiti e coinvolgeva altresì il sistema interdittale, dove, a differenza di quelli relativi al possesso, nell'usufrutto una volta esaurita la procedura decretale relativa alla *quaestio de facto*, nella lite tra due pretesi usufruttuari non esisteva alcuna azione idonea ad esaminare gli ulteriori elementi *de iure* giocoforza ignorati dalla fase interdittale. E benché tale ipotesi potesse a prima vista apparire piuttosto gratuita e fantasiosa nella sua logica soltanto astratta, si è invece potuto rintracciare un elemento di prova piuttosto solido in tal senso nella rubriche del Digesto e dei Basilici, che parlando di un diritto di usufrutto o di servitù di cui si nega o meglio proibisce la spettanza ad altri, mostravano con una certa fondatezza come una lite di tal genere, ossia una contesa tra due pretesi usufruttuari o due pretesi titolari di una servitù, doveva pur effettivamente essere esistita nel diritto romano, un'azione cui si diede il nome di *prohibitoria* per riallacciarsi alla *prohibitio* ed allo *ius prohibendi*, così da ancorarla, se non su un piano meramente *de facto*, ad un livello in ogni caso differente da quello della confessoria e della negatoria, volte all'accertamento *de iure* della sussistenza del diritto e quindi esperibili esclusivamente nei confronti del *dominus rei* ovvero tra i proprietari dei due fondi. Un'azione che, in ogni caso, era perfettamente idonea al suo scopo, ossia a dirimere la questione dell'appartenenza dello *ius in re aliena* tra i due contendenti.

### 38. *Congruità logico-giuridica di tale ricostruzione*

Il punto fondamentale di tale ricostruzione si incentra sul fatto che – a parte ovviamente l'*actio prohibitoria usus fructus* – la più parte degli aspetti che hanno creato problemi ricostruttivi in ordine al regime dell'usufrutto sono in realtà meri problemi di fatto, ossia risolvibili sulla base della situazione esistente e senza alcun bisogno di essere propriamente affrontati dal punto di vista delle reciproche posizioni di diritto.

Il fatto che l'usufruttuario debba provvedere alla *refectio*, o astenersi da determinati usi illeciti della cosa, o ancora che possa usare delle servitù a favore del fondo, sono tutti problemi che nel diritto romano venivano visti nel loro aspetto fattuale, e quindi risolti attraverso quell'insieme di interdetti che l'ordinamento disponeva a tale specifico fine. Che il *fructuarius* dovesse poter usare una servitù non era per nulla subordinato ad una dimostrazione *de iure* di tale diritto, ossia ad un'esperimento della confessoria e alla verifica processuale dell'affermazione '*mibi esse ius*', ma era una facoltà che si fondava semplicemente sulla circostanza che il *fructuarius* – o il *dominus rei* prima di lui – si

era regolarmente avvalso di essa in passato, cosicché il soggetto poteva vantare quell'*usus servitutis* attuato '*hoc anno*' in maniera *non vitiosa* ('*nec vi nec clam nec precario*') che lo legittimava ad esperire l'interdetto e quindi ad essere tutelato dall'ordine pretorio '*vim fieri veto*' se il titolare del fondo servente avesse tentato di impedirgli l'esercizio di tale servitù. Analogamente, se il *dominus rei* si sentiva danneggiato perché il *fructuarius* non provvedeva a obblighi positivi quali la *refectio* ovvero sfruttava la cosa in maniera che egli riteneva non consentita, gli era sufficiente esperire quell'atto stragiudiziale di autotutela privata che era la *prohibitio* affinché il *fructuarius*, per poter continuare a usare della cosa *non vi non clam non precario*, fosse costretto ad intentare l'interdetto in cui sarebbe appunto stata valutata la legittimità o meno di tale *prohibitio*, col risultato che, se lo fosse stata, il *fructuarius* avrebbe dovuto impegnarsi tramite *cautio* a provvedere alla *refectio* ovvero ad astenersi dal comportamento contestato, mentre in caso contrario sarebbe stato invece il *dominus rei* a dover prestare sempre una *cautio* garantendo che non avrebbe più molestato in tal senso e senza ragione il *fructuarius*.

Questo era il normale ed immediato modo per risolvere le diatribe che potevano sorgere tra proprietario e usufruttuario, nonché con il vicino e così via, attraverso uno strumento particolarmente efficace nella sua velocità che dunque serviva anche a risolvere la lite prima ancora che, in ipotesi, il comportamento scorretto del *fructuarius* potesse pervenire a far danni definitivi. Ed è quindi ovvia la differenza di funzione propria dell'interdetto, e la sua più pronta utilità, rispetto ad altri mezzi giudiziari che, dalla *cautio fructuaria* all'*actio legis Aquiliae*, avevano il diverso scopo di risarcire un danno già verificatosi una volta per tutte. Se solo il mancato approfondimento della tutela interdittale dell'usufrutto ha potuto condurre a confondere tali due ben distinti piani, a maggior ragione tale carenza informativa ha potuto portare a ipotizzare mezzi giudiziari fantasiosi – quali in particolare un'*actio prohibitoria usus fructus* avente lo scopo di costringere l'usufruttuario alla *refectio* –, ovvero soluzioni viste da certa dottrina come necessarie e inevitabili, ma in realtà prive di ogni ragione pratica, come ad esempio la necessità che il *fructuarius*, per essere tutelato riguardo alle servitù del fondo, dovesse disporre di un'azione *in rem* analoga alla confessoria, azione di cui in verità egli non doveva sentire menomamente la mancanza.

Viceversa, il sistema interdittale giungeva soddisfacentemente a coprire la maggior parte dei problemi cui l'esercizio dell'usufrutto poteva dare luogo, risolvendoli in base a meri elementi di fatto e con la celerità che gli era propria. E rimane incomprensibile come la romanistica abbia teso sì può dire programmaticamente ad ignorarlo, creando una voragine in cui lo studio di non pochi aspetti dell'istituto ha finito inevitabilmente per sprofondate.

Proprio per questo l'indagine ha preso le mosse dagli aspetti interdittali dello *ius utendi fruendi*, gettando, si spera, una nuova luce su molti dei problemi in materia, e arrivando così forse ad illuminare altresì i rimedi talvolta misteriosi che su tali punti ci vengono prospettati dai giustinianeî, che avevano i loro fondati motivi per non parlare più, se non in misura minimale, della protezione decretale dell'istituto.

Ovviamente resta a sé l'indagine intorno all'*actio prohibitoria*, che com'è naturale non ha nulla a che vedere con tale sistema interdittale se non il mero *nomen*, tratto dalla *prohibitio* e dallo *ius prohibendi* ma senza alcuna ulteriore implicazione costruttiva che lo collegasse ad esso. Anche qui, le scarse fonti a disposizione non dicono nulla a proposito della natura e degli scopi di tale azione, ma è stato sufficiente rendersi conto della grave lacuna rappresentata dall'inesistenza di un qualsiasi mezzo giudiziario volto a risolvere la lite sull'appartenenza dello *ius utendi fruendi* e mettere tale questione in rapporto con il dettato delle relative rubriche del Digesto (*'ad alium pertinere negetur'*) e dei Basilici (che sostituiscono *'nego'* con *κόλυω*) per poter giungere ad una ipotetica soluzione che sembra spiegare il progressivo tenore di tali rubriche nei diversi contesti temporali e quindi la funzione che l'*actio prohibitoria* assumeva nel diritto classico. Una soluzione forse audace e non priva di una certa dose di immaginazione, ma che tuttavia si presenta come coerente da un punto di vista logico-giuridico ed in relativa sintonia con le fonti in materia.

### 39. L'impostazione classica e le ragioni degli interventi giustinianeî

Anche il trattamento dei testi in materia da parte dei compilatori, per quanto in apparenza caotico e misterioso, può trovare una falsariga esplicativa sufficientemente coerente in questa prospettiva, ad iniziare dall'ostilità verso la *prohibitio* e la conseguente procedura interdittale dell'epoca postclassica e giustiniana, alquanto più forte e sensibile a proposito dello *ius utendi fruendi* rispetto alle servitù prediali in quanto vertente in non poca parte sugli obblighi positivi dell'usufruttuario, e quindi tale da condurre facilmente ad una inibizione dell'esercizio del suo diritto e al blocco dello sfruttamento del fondo.

Se pur lasciano sopravvivere taluni e non del tutto scarsi accenni al *prohibere*, i giustinianeî creano un sistema di tutela ove gli *interdicta de usu fructu* in pratica scompaiono, e questo è del tutto consono alla loro diversa prospettazione giuridica e, com'è naturale, al nuovo contesto processuale che si è sostituito a quello formulare, dove gli interdetti sono al massimo considerati dei tipi speciali di azioni e d'altra parte la *cognitio extra ordinam* lascia loro facil-

mente agio di ignorare il tecnicismo dell'*ordo iudiciorum* e di limitarsi ad indicare i mezzi giudiziari attraverso empiriche indicazioni descrittive.

Ne è esempio tipico l'espressione '*per arbitrum cogere fructuarium*', che leggendo i testi in materia si comprende facilmente – specie, come si è visto, dalle reiterate menzioni del '*prohibere*' – essere una locuzione volta a mascherare l'originaria menzione di una procedura interdittale, che appunto aveva come normale scopo quello di costringere l'usufruttuario a fare o non fare alcunché, e costituiva un onesto e pratico modo per sorvolare su tale procedura sostituendola con una descrizione concreta ed atecnica del fine cui qui mirava tale mezzo giudiziario: né è colpa dei giustiniani se i moderni – ancora una volta a causa del loro trascurare del tutto l'aspetto interdittale – si sono per così dire incaponiti nel tentare di rintracciare in tale '*per arbitrum cogere fructuarium*' un preciso mezzo giudiziale classico, magari identificandolo in un'*actio arbitraria* o magari addirittura nella stessa *actio prohibitoria* visti come strumenti volti a costringere l'usufruttuario a provvedere ai suoi obblighi circa la conservazione della cosa. Ma questa è una lettura delle fonti parametrata al diritto classico, che ignora del tutto le esigenze di ordine altresì empirico in base alle quali procedevano i compilatori.

Anche per quanto riguarda la *petitio usus fructus* usata come *vindicatio servitutis*, del resto, sembra doversi anche qui sforzare di lasciare da parte i canoni classici che identificavano tali azioni nell'*intentio 'mibi esse ius uti frui'* o '*ire agere*', e dimenticare il tecnicismo in cui le regolava il processo formulare: per i giustiniani, che ragionano in termini di *cognitio extra ordinem* e non si peritavano di usare talora con una certa libertà espressioni classiche, parlare di *petitio usus fructus* in funzione di *vindicatio servitutis* non doveva essere che un modo per descrivere empiricamente, senza parlare dell'interdetto qui usato classicamente, il far valere il proprio diritto da parte del *fructuarium* affinché il vicino cessasse di impedirgli l'uso della servitù, senza alcun tecnicismo formulare e, forse, senza alcun bisogno di una dimostrazione *de iure*, ma basandosi semplicemente, credo, sul fatto che in passato la servitù era stata normalmente usata dal *dominus* e poi dal *fructuarium* e quindi doveva essere ancora usata normalmente, così come tempo addietro avveniva nella normale procedura interdittale. Le stesse ben poco tecniche descrizioni di tale fenomeno ('*verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui*': D. 7.6.1.pr., Ulp. 18 *ad Sab.*), depongono in effetti in tal senso e sembrano di per sé escludere qualsiasi esattezza processuale di ordine formulare da tale esposizione (tra l'altro, l'espressione '*teneri ei*' appare aver ben poco a che fare con un'*actio in rem*).

Come si diceva, se non si chiede ai compilatori più di quanto essi siano in grado di darci e soprattutto non si pretende di leggere ogni riga del Dige-



sto come se risalisse al diritto classico e all'esattezza tecnicistica del processo formulare, essi in ultima analisi ci offrono una soddisfacente descrizione del regime dell'usufrutto ai tempi di Giustiniano, efficace nel disciplinarne i vari aspetti e sufficientemente chiara nell'indicare le modalità processuali attraverso cui essa si realizzava: i problemi nascono quando si vogliono leggere locuzioni quali *per arbitrum cogere fructuarium* nei termini di un preciso istituto classico, o interpretare l'idea di far valere la qualità di usufruttuario per ottenere l'esercizio della servitù secondo i parametri delle *actiones in rem* formulari, creando in tal modo problemi difficilmente risolvibili che del resto appaiono esulare del tutto dalle prospettazioni dei compilatori. Leggendo tutto il Digesto come se l'avessero esclusivamente scritto i giuristi classici tutto diventa più complicato e sovente senza soluzione possibile.

Quanto all'*actio prohibitoria usus fructus*, essa rimane semplicemente un la-certo erudito lasciato in un frammento (D. 7.6.5.pr.) ove rimane mal collegato grammaticalmente e sintatticamente al contesto che la contiene, ed è chiaro come i compilatori tendano molto più a celare che a dirci qualcosa in ordine a tale azione. Anche qui, cioè, sarebbe inane pretendere di rintracciare nel Digesto una spiegazione di questo mezzo di tutela, per la semplice ragione che non era affatto intenzione dei giustinianeî il fornircela. E se per altre vie si può come si è visto arrivare ad una soluzione forse soddisfacente, è chiaro come i compilatori non abbiano nulla a che fare con tutto ciò.

Nel complesso, dunque, la trattazione giustiniana dell'usufrutto risente pesantemente dell'esigenza di porre quanto più possibile sotto silenzio il procedimento incentrato sulla *prohibitio* e sul conseguente interdetto, istituti non più per tal verso consoni al nuovo contesto giuridico, cosa che tra l'altro porta a mascherare la loro antica operatività con locuzioni generiche e empiricamente descrittive, tali da risultare perfettamente accettabili nel diritto del sesto secolo ma da creare problemi irrisolvibili se rapportate al diritto classico e al suo tecnicistico processo. Distinguere quindi il livello classico dal piano bizantino diventa com'è ovvio, per quanto riguarda l'usufrutto in particolare, una esigenza fondamentale ed imprescindibile.

#### 40. *La razionalità della sistematica del diritto romano quale strumento ermeneutico-ricostruttivo*

Il normale romanista potrebbe però essere a questo punto ancora stupito e poco convinto della dimostrazione che qui si è tentato di dare dell'*actio prohibitoria* come azione volta a dirimere la lite tra due pretesi titolari di uno

*ius in re aliena*, risolvendo così un problema di cui in realtà la letteratura in materia non aveva mai sentito la presenza, ed anzi aveva completamente ignorato. Sensazione per così dire di spaesamento che del resto non può che venire rafforzata dal lato uso del vecchio metodo interpolazionistico di cui qui ci si è avvalsi, anche se è da sperare con una certa misura e prudenza.

In realtà, studiando l'*actio prohibitoria*, basarsi sul solo dettato delle fonti sarebbe assurdo e non condurrebbe a nessun apprezzabile risultato, dato che i due soli testi in materia – D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) ed il corrispondente di Steph., *sch. ad Bas.* 16.6.5 – ci presentano un lacerto di un discorso su di essa che, oltre ad essere nel primo grammaticalmente e sintatticamente fuori posto nel primo, verosimile segno di un intervento cassante dei giustinianeî, soprattutto non reca alcuna notizia circa la natura e gli scopi di tale azione, appiattita sulla negatoria ed anzi presentata come una sorta di malcerto doppiato di essa.

Per giungere a una soluzione soddisfacente, dunque, si imponeva di andare al di là della testimonianza diretta delle fonti in materia, ragionando deduttivamente in base a dati estrinseci ma non per questo meno importanti: e per tal verso la scomparsa dalla Compilazione ed in particolare dal Digesto di pressoché tutta la materia della tutela interdittale dell'usufrutto forniva un riscontro di massima alla verosimiglianza di un intervento «censorio» dei giustinianeî, di cui tale incredibile lacuna e gli strani strumenti che in parte sostituiscono la protezione decretale dell'istituto – dal *per arbitrum cogere fructuarium* alla *petitio usus fructus* usata in funzione di *vindicatio servitutis* – costituivano la miglior riprova e la giustificazione di un metodo di indagine che tendeva appunto ad andare oltre le fonti, pur ovviamente tenendole presenti, per tentare di arrivare a risultati più appaganti.

E per tal verso, se l'assenza di un'azione che risolvesse la controversia tra due pretesi titolari di uno *ius in re aliena* si imponeva in tutta la sua congruità logica nel sistema delle *actiones in rem* relative ai diritti reali su cosa altrui, in quanto la sua assenza creava problemi costruttivi non indifferenti proiettandosi altresì sulla completezza della tutela offerta dagli *interdicta* specie *de usu fructu*, a questo punto una conferma della bontà di tale linea di ricerca giungeva dalle rubriche del Digesto (7.6 ed 8.5) relativa alla tutela processuale di usufrutto e servitù prediali, che parlando di '*ad alium pertinere negetur*' lasciavano scorgere un'azione il cui scopo non era, come nella negatoria, il contestare la stessa sussistenza dello *ius in re aliena* (*ius non esse uti frui invito me*), bensì quello di affermare la non appartenenza dello *ius in re aliena* all'avversario, affermando con ciò la spettanza di tale diritto all'attore stesso. E poiché le rubriche dei Basilici (16.6 e 58.5) sostituivano '*negetur*' con *κωλύεται*, ricorrendo quindi al corrispondente greco del verbo '*prohibeo*', ne risultava

implicitamente l'estrema verosimiglianza della già prospettata ipotesi della *prohibitoria* come azione volta a risolvere la controversia sulla spettanza dello *ius in re aliena* tra due pretesi titolari.

Il metodo seguito, quindi, pur partendo da elementi deduttivi, incontrava nelle fonti, sia pur non direttamente relative a tale azione, precisi riscontri testuali, che consentivano di ricostruire con una certa sicurezza ed in maniera sembrerebbe fondata la natura e lo scopo dell'*actio prohibitoria*.

Ed in effetti, se si superano i pregiudizi per metodi una volta del tutto normali alla ricerca romanistica – e non parlo soltanto dell'interpolazionismo – ma ormai pressoché obliati nel sempre più diffuso appiattimento sull'attuale dettato delle fonti, che si tende a vedere come pressoché intangibile evitando il più delle volte di andare oltre a una più o meno onesta parafrasi del testo, risulterà chiaro che in certi casi, dove le fonti non sono sufficienti, è giocoforza dover procedere oltre esse, in una ricostruzione deduttiva forse un po' pericolosa, ma certamente più efficace se tenuta sempre sotto controllo e nei giusti limiti.

Del resto, il diritto romano, essendo un diritto giurisprudenziale dove la costruzione giuridica non può il più delle volte essere giustificata qualsiasi sia dall'*ipse dixit* del legislatore, ma dovendo invece motivare in base alla loro congruità logico-sistematica le scelte costruttive attraverso cui i *prudentes* avanzano nel loro percorso, come si è già accennato, si presta ottimamente altresì a uno studio deduttivo che cerchi appunto di colmare le lacune esistenti sulla base del generale impianto logico dell'insieme normativo in cui esse si situano, in una metodologia ove la loro stessa adeguatezza logica alla globalità del sistema può entro certi limiti costituire essa stessa una compiuta prova della loro fidabilità: specie se, ovviamente, questo è accompagnato, come avviene nel caso dell'*actio prohibitoria*, quantomeno da indiretti ma relativamente precisi riscontri della interpretazione fornita dalla ricerca.

In questo senso, i risultati cui si è qui pervenuti mi sembrano sufficientemente convincenti, ed allo stato delle fonti non appare possibile, credo, giungere a ipotesi ricostruttive migliori. Ovviamente questa è solo un'opinione personale, ma penso sufficientemente comprovata da precisi riscontri. Se altri sapranno giungere a risultati più convincenti, ne sarò ovviamente felice per l'ulteriore progresso della ricerca romanistica.



# Indice delle fonti

## GAI INSTITUTIONES

4.3 86; 114  
4.154 76 nt. 1; 78

## FRAGMENTA VATICANA

90 36; 37; 38; 50  
91 37; 38; 50; 53  
92 37  
93 37  
90-93 15; 36

## CODEX THEODOSIANUS

2.26.2 62  
11.39.1 63

\* \* \*

## DIGESTA

7.1 67  
7.1.1 65  
7.1.7.2 30; 70; 77; 78  
7.1.7.3 29; 31; 45; 70; 72; 74;  
77; 78  
7.1.9.pr. 69  
7.1.13.pr. 45  
7.1.13.1 71; 102  
7.1.13.2 27; 72; 73; 74  
7.1.15.3 33  
7.1.15.6 30; 31; 46; 71  
7.1.15.7 100  
7.1.17.1 59  
7.1.19.1 51; 52  
7.1.25.6 38

7.1.27.4 99  
7.1.27.5 60  
7.1.45 60  
7.1.48.pr. 77  
7.1.60.pr. 28; 36  
7.1.60.1 30; 46; 47  
7.1.64 77  
7.1.66 60  
7.4.6 27  
7.6 114; 131; 136; 137;  
154  
7.6.1.pr. 83; 89; 105; 108; 152  
7.6.5.pr. 10; 90; 114; 115; 117;  
121; 123; 124; 126;  
128; 129; 130; 131;  
134; 148; 153; 154  
68; 83; 89; 105  
7.6.5.1 33  
7.6.5.3 48  
7.8.10.4 60  
7.8.12.6 48; 61  
7.8.15.1 49  
7.8.16.1 33  
7.9.9.1 123  
8.2.26 114; 130; 131; 136;  
137; 154  
8.5 91  
8.5.2.pr. 88; 129  
8.5.2.pr.-1 28  
8.5.2.2-3 99; 100; 101; 106; 109;  
110; 148  
8.5.2.3 89  
8.5.6.3 88  
8.5.8.1 119  
8.5.8.5 28  
8.5.9.pr. 87; 108  
8.5.10.pr.-1 113; 118; 121; 122;  
123  
8.5.11 123



16.6.5.pr.            127; 135

\* \* \*

CODICE CIVILE TEDESCO (BGB)

1004                94  
1027                94

CODICE CIVILE ITALIANO (1865)

439                 94

CODICE CIVILE ITALIANO (1942)

949                 94  
1012                95  
1079                94; 96  
1168 ss.            96  
1171 s.             96  
2043 ss.            96





# Indice degli Autori

- Albertario, E.: 32 nt. 6  
Arangio-Ruiz, V.: 90; 92  
Biondi, B.: 114  
Biscardi, A.: 9; 9 nt. 2; 13  
Bortolucci, G.: 113  
Branca, G.: 16 nt. 18  
Brandsma, F.: 12 nt. 7; 114  
Brugi, B.: 94  
Burdese, A.: 94  
De Ruggiero, R.: 27 nt. 1  
De Simone, M.: 16 nt. 18  
Fargnoli, I.: 11 nt. 2; 39 nt. 12; 41 nt. 13  
Gardini, M.: 27 nt. 1; 28 nt.2; 35 nt. 10  
Garofalo, L.: 11 nt. 1  
Grosso, G.: 27 nt. 1; 28 nt. 2; 29 nt. 3; 30 nt. 4; 31 nt. 5; 34; 35 nnt. 8-9; 72; 91; 92; 95  
Guarino, A.: 20  
Henle, R.: 12 nt. 3; 113  
Lantella, L.: 26 nt. 25  
Lenel, O.: 10; 50; 53; 113  
Lokin, J.H.A.: 12 nt. 4  
Mommsen, Th.: 38  
Penta, M.: 12 nt. 5  
Rudorff, A.: 51; 53; 61  
Scialoja, V.: 12 nt. 5  
Ubbelohde, A.: 35  
Zachariae, K.E.: 113; 114; 127;  
Zuccotti, F.: 9; 9 nnt. 1-3; 10; 12 nt. 3; 13 nt. 8; 22 nt. 24; 41 nt. 13; 42 nt. 14

## COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

Fondata da Ferdinando Zuccotti

Diretta da Iole Fagnoli

<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/collana.html>

- Pierfrancesco Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, 2013
- Pierfrancesco Arces, *Ricerche sulle tecniche di scrittura delle «Istituzioni» di Gaio*, 2020
- Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, 2011
- Basilicorum Libri LX, Tomus I (lib. I-XII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1833.  
Ristampa digitale a cura di Michele Antonio Fino. Prefazione di Fausto Gorìa, 2002
- Basilicorum Libri LX, Tomus II (lib. XIII-XXIII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1840.  
Ristampa digitale a cura di Michele Antonio Fino, 2003
- Basilicorum Libri LX, Supplementa Editionis Basilicorum Heimbachianae*. Ediderunt C.E. Zachariae a Lingenthal, Lipsiae 1846, e E.C. Ferrini et J. Mercati, Lipsiae-Mediolani 1897. Ristampa digitale a cura di Massimo Miglietta, 2008
- Arnaldo Biscardi: *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*.  
Ristampa emendata della seconda edizione a cura di Ivano Pontoriero e Ferdinando Zuccotti, 2019
- Mariateresa Carbone, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*, 2017
- Valentina Casella, *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, 2018
- Paola Ombretta Cuneo, *Anonymi Graeci Oratio Funeris in Constantinum II*, 2012
- Paola Ombretta Cuneo, *Sequestro di persona, riduzione in schiavitù e traffico di esseri umani. Studi sul «crimen plagii» dall'età diocleziana a Costantino II*, 2018
- Lucia Di Cintio, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*, 2013
- Lucia Di Cintio, *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I-II*, 2016
- Lucia Di Cintio, «Ordine» e «ordinamento». *Idee e categorie giuridiche nel mondo romano*, 2019
- Lucia Di Cintio, *Archivio di Babatha: un'esperienza ai confini dell'impero romano. Sul processo nelle province*, 2021
- Filippo Gallo, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»?», 2005*
- Fabrizio Lombardo, *Studi su «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, 2020
- Lauretta Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, 2006
- Gianluca Mainino, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, 2012
- Gianluca Mainino, *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, 2019
- Annamaria Manzo, «Magnum munus de iure respondendi substinebat». *Studi su Publio Rutilio Rufo*, 2016
- Mariangela Ravizza, *Pontefici e Vestali nella Roma repubblicana*, 2020
- In ricordo di Remo Martini*, 2021
- Raffaella Siracusa, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Sacramentum Civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Della transazione, purtroppo*, 2018
- Ferdinando Zuccotti, *Paelex. Note sulle unioni coniugali in Roma arcaica*, 2022
- Ferdinando Zuccotti, «Actio prohibitoria ususfructus» e tutela del corretto esercizio dello «ius utendi fruendi». *Saggio di critica interpolazionistica*, 2023

Il catalogo aggiornato di LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto è consultabile all'indirizzo web <https://www.lededizioni.com>, dove si possono trovare anche informazioni dettagliate sui volumi sopra citati: di tutti si può consultare il sommario, di alcuni vengono date un certo numero di pagine in lettura, di altri è disponibile il testo integrale. Tutti i volumi possono essere ordinati online.