

*Arnaldo Biscardi*

## La tutela interdittale ed il relativo processo Corso di lezioni 1955-1956

*a cura e con una «nota di lettura» di Remo Martini*

*Nota di lettura*, di Remo Martini — Premessa — PARTE PRIMA: L'INTERDETTO E LA SUA FUNZIONE: I. «Auctoritatis interpositio» (1. *Intervento autoritativo del magistrato a risolvere le controversie in via principale* [Gai., inst. 4.138-139]; 2. *Decreti ed interdetti; schemi di formule*; 3. «*Formulae et verborum conceptiones*»: si tratta o no di un'endiadi?; 4. *L'interdetto e lo iudicium, entrambi decreti del magistrato; esegesi di D. 10.4.15*) — II. «*Iussa praetoris*» (5. *Ordinanze magistratuali che non sono interdetti: esame comparativo di D. 43.5.1.1 e D. 29.3.2.8*) — III. Obbligatorietà dell'interdetto (6. «*Edictum*» ed «*interdictum*»: Gai., inst. 4.141; 7. *Giustificazioni d'ordine generale del principio dell'obbligatorietà [fondamento sull' «imperium»: coazione indiretta]*); — PARTE SECONDA: IL PROCESSO INTERDITTALE: IV. Considerazioni generali (8. *Il processo interdittale e la sua autonomia*; 9. *Inapplicabilità del «rerum actus»; sospensione del procedimento ordinario quando si tratti di ricorrere all'interdetto*) — V. Come s'inizia il procedimento (10. «*Postulatio interdicti*» e «*postulatio actionis*»: *intervento statale nella citazione dell'impetrato*; 11. *La pronuncia contumaciale dell'interdetto come riprova della natura pubblicistica della «postulatio»*) — VI. Rappresentanza processuale (12. *Se ed in che senso si possa parlare di rappresentanza nella procedura interdittale*) — VII. Confessione e giuramento (13. *Inapplicabilità del principio «confessus pro iudicato habetur»; incertezze sulla possibilità di un giuramento volontario e sugli effetti di questo*) — VIII. La «*causae cognitio*» (14. *Le posizioni della dottrina rispetto al delicato problema. Rassegna esegetica delle fonti che documentano la possibilità di un esame della fattispecie da parte del pretore: a. per accertare la legittimazione passiva; b. per rendersi conto se, nella situazione prospettata, sia applicabile l'interdetto richiesto; c. per poter scegliere una piuttosto che un'altra formula; d. per meglio adattare la formula al caso concreto; e. per concedere un interdetto utile o repentino; f. per inserire nello schema una eccezione [confutazione della tesi estremista del Gandolfi]*; 15. *La pretesa assunzione di prove da parte del pretore*; 16. *La «ripetito diei» ed un caso di «remissio»*; 17. *Il significato dell'inciso «causa cognita» che talvolta si trova nei testi. Conclusione*) — IX. Il provvedimento conclusivo (18. *La «denegatio interdicti» e la questione della sua efficacia preclusiva*; 19. «*Editio interdicti*»; *confutazione della dottrina che vi scorge un atto di parte; esegesi di D. 43.3.2.4*; 20. *Rinvio*) — PARTE TERZA: EFFETTI PROCEDURALI DELLA PRONUNCIA: X. Ottemperanza all'interdetto (21. *La persistenza in dottrina della teoria dell'interdetto «pura forma»; discussione intorno alla clausola di Valerio Probo «R.A.Q.E.I.E.»; gli «interdicta secundaria»*; 22. *Come deve intendersi la testimonianza di Cicerone in «pro Tullio» 23.53*) — XI. Opposizione e trasgressione: procedimento formulare «*ex interdicto*» (23. *Letture dei passi gaiani relativi alla duplice procedura «ex causa interdicti» [inst. 4.141 e 162-166a]*; 24. *Cenni all'evoluzione storica delle due forme di processo*; 25. *L'oggetto specifico dell'indagine da parte del giudice formulare*; 26. *Il procedimento «per formulam arbitriariam» in particolare; perché esso non sia applicabile agli interdetti proibitorii; il procedimento arbitrale come processo di opposizione*; 27. *Il procedimento «per sponsionem»; le formalità necessarie all'instaurazione; lo iudicium secutorium [se vi sia clausola restitutiva in ogni caso]. Conclusioni del giudizio*) — XII. Precisioni d'ordine dogmatico e raffronto con la moderna procedura (28. *Giustificazione delle espressioni «processo interdittale» e «rapporto processuale»*; 29. *Sommarietà del procedimento interdittale*; 30. *Un parallelo con il moderno procedimento ingiuntivo*) — PARTE QUARTA: CAMPO DI APPLICAZIONE, ORIGINI E NATURA DEGLI INTERDETTI: XIII. Campo di applicazione (31. *Le classificazioni della giurisprudenza romana [Paolo in D. 43.1.2.1 e 3; Ulpiano in D. 43.1.1.pr.]*; 32. *Altre distinzioni di carattere diverso e di minore importanza; la sistemazione del Gandolfi*; 33. *Settori in cui può essere organicamente distribuito il campo di applicazione della tutela interdittale; il riscontro di essi sulla falsariga dell'editto pretorio [Otto Lenel e Salvatore Riccobono]*) — XIV. Le origini (34. *Le opinioni in dottrina*; 35. *Esame delle fonti da cui si possono dedurre dati cronologici: Livio, «Lex Cincia», i comici, «Lex Agraria», Cicerone*; 36. *Tentativo di ricostruzione con metodo induttivo. Un istituto molto suggestivo, l'«aquae et ignis interdictio». La prima forma d'interdetto come ordine di polizia. Sviluppo storico del medesimo*) — XV. La natura (37. *Questione metodologica*; 38. «*Imperium*» e «*iurisdictio*»; *le indagini intorno al secondo concetto*; 39. *L'interdetto come atto «magis imperii quam iurisdictionis»*; 40. *Altri problemi di minore importanza: se i rapporti protetti siano diritti od interessi legittimi; se si tratti di procedura ordinaria o straordinaria*) — RIEPILOGO — APPENDICE BIBLIOGRAFICA

## Nota di lettura

Quando ho cominciato a pensare all'idea di Ferdinando Zuccotti di ripubblicare *on-line* il vecchio corso senese di Arnaldo Biscardi su *La tutela interdittale ed il relativo processo* (1956), corso la cui redazione avevo curato io stesso sulla base di appunti presi alle lezioni (nel primo anno successivo a quello della mia laurea)<sup>1</sup>, confesso che all'inizio mi era sembrato un progetto da non incoraggiare, anche se faceva onore all'ultimo allievo (in ordine di tempo) del comune maestro (di cui egli ha anche pubblicato intanto un inedito sconosciuto a noi altri)<sup>2</sup>.

Innanzitutto, infatti, non si trattava nemmeno di un'opera scritta dal Biscardi, pur se ovviamente da lui rivista e corretta; poi non credevo che un modesto corso di dispense per gli studenti potesse trovare spazio nella ricerca scientifica; infine – quel che più conta – rispetto al libro del medesimo Biscardi del 1938 su *La protezione interdittale nel processo romano*, la parte più nuova di tale corso era costituita essenzialmente da diverse critiche alla recentissima ricerca del Gandolfi<sup>3</sup>, critiche che il Biscardi aveva in pari tempo condensate nella recensione al lavoro del giovane romanista milanese<sup>4</sup>.

Tutto ciò senza considerare il quasi mezzo secolo trascorso da allora, il che è soprattutto avvertibile in quello che negli anni cinquanta continuava ad essere, seppure attenuato, l'atteggiamento degli studiosi circa i sospetti di «interpolazione».

Avendomi tuttavia sempre Zuccotti chiesto di preparare una «nota di lettura» ed essendomi all'uopo preoccupato di vedere gli scritti di coloro che si erano interessati alla materia interdittale dopo quegli anni, aiutato in ciò anche da alcune indicazioni bibliografiche anticipatemi da parte di Giuseppe Falcone (rifuse ora nell'ampia «nota» aggiunta dalla Redazione della «Rivista di Diritto Romano» alla originaria scarna «Appendice Bibliografica»), non ho stentato a rendermi conto di varie cose, che mi hanno indotto a cambiare opinione.

Fondamentalmente, ho constatato che il corso di dispense del 1956 non era stato trascurato affatto nelle ricerche posteriori, trovandosi citato perfino nel prestigioso manuale processualistico di Max Kaser<sup>5</sup> e che anzi erano stati fatti anche dei rinvii specifici ad esso su qualche punto in discussione, tanto da parte di Luigi Capogrossi Colognesi nel suo ottimo articolo per l'«Enciclopedia Giuridica», del 1971<sup>6</sup>, quanto da parte di Anna Maria Giomaro nella sua ampia ed apprezzabile voce enciclopedica del 1993<sup>7</sup>. Ho avuto l'impressione, però, che perfino alla Giomaro, la quale era venuta più spesso a far riferimento come il Kaser alla ricordata recensione di «Dura», fossero stranamente sfuggiti alcuni cambiamenti di idee che il Biscardi aveva forse meglio e in maniera più distesa enunciati proprio nel corso<sup>8</sup>.

Mi è sembrato perciò che tutto sommato si sarebbe forse reso effettivamente un servizio, almeno al Biscardi, dando esecuzione al progetto di Zuccotti, e forse non solo al Biscardi, poiché a ben vedere se si esclude la trattazione di Kaser, pur sempre a livello manualistico, anche se si tratta di un manuale tedesco, e si escludono le due voci enciclopediche già ricordate di Capogrossi e della Giomaro, pubblicazioni vere e proprie di tipo monografico sugli interdetti in generale, come quella del Gandolfi, criticata dal Biscardi<sup>9</sup>, non sembrerebbe proprio che siano state più fatte.

---

<sup>1</sup>) E tutto sommato commettendo, se ho visto bene, solo una dozzina di piccoli errori, accanto, questo sì, a frequenti ribattiture. Ma andrà considerato che avevo materialmente battuto io stesso il testo a macchina, su una «Olivetti» con carrello lungo, nel quale avevo escogitato di inserire in senso orizzontale le matrici del «ciclostile», opportunamente alternate in modo da poter poi far rilegare i vari sedicesimi (in realtà ventesimi), una volta che esse erano state «tirate» ossia riprodotte, con operazione manuale, dal portiere dell'Università (un certo Beni, che mi aveva dato gentilmente e gratuitamente la sua preziosa collaborazione, e che qui mi piace ricordare).

<sup>2</sup>) A. BISCARDI, *La «indefensio» nel diritto processuale romano*, in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi), Padova, 2001, p. 327 ss.

<sup>3</sup>) *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955.

<sup>4</sup>) In «Dura», VII, 1956, p. 352 ss.

<sup>5</sup>) Cfr. ora M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, p. 408 nt. 1.

<sup>6</sup>) L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «Interdetti», in «ED.», XXI, Milano, 1971, p. 901ss., dove fra l'altro si giudicano in linea di massima «persuasive» le critiche del Biscardi al Gandolfi nella citata recensione di «Dura» (p. 913 nt. 64).

<sup>7</sup>) A.M. GIOMARO, «Interdicta», in «Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile», IX, Torino, 1993, p. 502 ss.

<sup>8</sup>) Direi infatti che la GIOMARO, *op. cit.*, p. 510, attribuisca al Biscardi ancora le idee sulla natura amministrativa degli interdetti che quest'ultimo aveva professato nel '38, ma dichiaratamente abbandonato nel corso del '56: cfr. *La tutela interdittale*, cit., p. 78 ss. (i rinvii si riferiscono alla presente edizione), dove, fra l'altro, a p. 79, capita di leggere questo *incipit*: «Non è lecito poi al Gandolfi di inchiodarci alla definizione del procedimento interdittale, come procedimento amministrativo, che noi avevamo enunciata ...».

<sup>9</sup>) Ed alla quale appaiono in ogni caso abbastanza frequenti i richiami della Giomaro.

Quello che comunque io non intendo e non posso fare in questa nota di lettura (meglio, nel mio caso, di «rilettura») è di rivedere a fondo la problematica interdittale, da cui per conto mio sono sempre rimasto lontano, salvo gli aspetti istituzionali, e salvo i contatti con il tema della *causae cognitio*, che non per niente il Biscardi, che se ne era occupato espressamente nel corso, riesaminando e ridimensionando un'idea del Gandolfi, mi aveva suggerito di approfondire su un piano di carattere generale.

Mi limiterò pertanto a poche considerazioni.

La principale è che buona parte del corso che qui si ripubblica è dedicata, come può vedersi anche dall'*indice*, ad un dettagliato esame esegetico<sup>10</sup> di moltissimi testi riguardanti quella che potremmo chiamare la fase preliminare alla emanazione dell'interdetto, esame di cui sarà utile poter disporre con questa ristampa<sup>11</sup>.

In proposito infatti il Biscardi intendeva giustamente opporsi alla tesi esasperata del Gandolfi, secondo cui il pretore in tale fase avrebbe compiuto una vera e propria indagine nel merito che si sarebbe conclusa con un provvedimento definitivo e incondizionato, e si era perciò molto dilungato su questa tematica.

Il guaio è semmai che sempre sull'onda del Gandolfi anche il Biscardi aveva creduto di poter parlare per tale indagine di '*causae cognitio*'<sup>12</sup>, intitolando addirittura così il lungo capitolo VIII<sup>13</sup>, e ciò quando nelle fonti solo in alcuni casi si parla espressamente di tale '*causae cognitio*' con l'espressione in ablativo '*causa cognita*'<sup>14</sup>. E' vero che il Biscardi si era preoccupato di rintracciare una spiegazione di questo fatto ed aveva creduto di poter distinguere fra una *causae cognitio* meramente di accertamento ed una *causae cognitio* che avrebbe comportato un apprezzamento discrezionale da parte del pretore, giungendo perfino<sup>15</sup> a schematizzare la differenza con l'uso di formulazioni simboliche del tipo di quelle che si adoperano dai cultori<sup>16</sup> della cd. logica giuridica<sup>17</sup>.

Sta di fatto però che come io stesso avevo creduto di poter dire, svolgendo la ricerca su questo tema, suggeritami come già accennato, dal Biscardi, non era né possibile né lecito adoperare l'espressione '*causae cognitio*' in quello che era il primo significato attribuitole dal Biscardi, essendo chiaro come dai testi risultasse per tale espressione un unico valore, quello di un esame delle circostanze di fatto che tuttavia comportava appunto sempre una valutazione discrezionale, pur restando problematico lo stabilire se questa *causae cognitio* fosse possibile solo quando essa era prevista nell'editto o anche in altri casi non espressamente previsti. Ma mentre non è il caso di soffermarsi ulteriormente su aspetti come quello ultimamente accennato o su altri come quello se la *causae cognitio* implicasse una limitazione o meno dei poteri del pretore che io per mio conto ho anche avuto modo di discutere altrove<sup>18</sup>, vorrei approfittare della circostanza per segnalare non senza soddisfazione che lo stesso Kaser, accennando al problema, ha avuto modo di scrivere a tutte lettere<sup>19</sup> che la cd. *cognitio* del pretore, in materia di interdetti, «in der römischen Anschauung weder zur *cognitio extra ordinem* gerechnet wird noch zur *causae cognitio*»<sup>20</sup>, aggiungendo in nota con richiamo anche alla mia ricerca: «Die Ertei-

<sup>10</sup> *La tutela interdittale*, p. 28-48.

<sup>11</sup> Rileggere dopo tanti anni un testo di dispense per gli studenti di diritto romano, che oltretutto riguardava solo il programma di un anno, così densamente intessuto sui dettami di fonti latine, anche se abbastanza spesso accompagnate da una spiegazione, se non da una vera e propria traduzione, non può non fare impressione, in confronto ai poveri programmi che si adottano al giorno d'oggi per una materia oltretutto ormai gravemente marginalizzata.

<sup>12</sup> Come per conto suo continua a fare anche Giomaro, *op. cit.*, p. 505, dove, pur parlando della posizione del Gandolfi, cui contrappone quella del Biscardi, da lei giustamente qualificata «mediana» fra l'impostazione del Gandolfi stesso, che è per la natura dell'interdetto come ordine incondizionato, e quella dei vecchi autori, secondo i quali al contrario l'interdetto non avrebbe potuto non presentarsi «in forma condizionata», dà tuttavia l'impressione di credere all'esistenza, quand'anche ne sia discutibile l'ampiezza, di una usuale *causae cognitio* pretoria in materia.

<sup>13</sup> *La tutela interdittale*, cit., p. 28 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *La tutela interdittale*, cit., p. 22, 24, 44 e 46 s.

<sup>15</sup> *La tutela interdittale*, cit., p. 47.

<sup>16</sup> Si veda ad esempio A.A. MARTINO, A. CHINI, *Logica, informatica, diritto*, Milano, 2000, *passim*.

<sup>17</sup> Non sarà male segnalare che mentre la distinzione fra due tipi di *causae cognitio* era già stata fatta del Biscardi nel 1938, in *La protezione*, cit., p. 33 ss., egli aveva quivi anche sospettato d'interpolazione alcuni testi dove il richiamo esplicito '*causa cognita*' non avrebbe alluso ad una valutazione discrezionale, cosa abbandonata nel corso universitario del 1956, anzi per la verità nemmeno più accennata. Quanto ai testi in parola essi sarebbero stati D. 43.24.15.5 (*op. ult. cit.*, p. 46 s.) e D. 43.29.3.13 (*op. ult. cit.*, p. 48 ss.), per quali mi permetterò comunque di rinviare alla mia ricordata ricerca, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, rispettivamente p. 134 e 133 s.

<sup>18</sup> Essendomi soffermato sull'ultimo problema, in polemica con G.I. LUZZATTO (*Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, Bologna, 1965, p. 52 ss.), in *Causae cognitio e discrezionalità*, in «Studi G. Donatuti», II, Milano, 1973, p. 695 ss., mentre sul primo sono tornato in un abbastanza recente contributo al Convegno romanistico di Copanello: *Causae cognitio pretoria e lex Cornelia de iurisdictione*, in «*Presidia libertatis*». *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma antica* («ACOP.» 7-10.6.1992, Napoli, 1994), p. 229 ss.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 409 nt. 7.

<sup>20</sup> Dove non so, per l'esattezza, se il diniego circa la possibilità di riportare la *cognitio* in parola alla *cognitio extra ordinem* si dirige contro qualcuno, il che però non credo (anche se il Luzzatto citato sempre a proposito di questo problema, come si accenna nella nota successiva, aveva per conto suo verificato questa possibilità nel corso universitario del 1965 – *Il problema d'origine del processo extra ordinem* –, rimasto anch'esso ancora in dispense).

lung *causa cognita* wird auch bei den Interdikten nur in besonderen Fällen vorgeschrieben» e parimenti che «die *causae cognitio* ist mithin auch hier eine spezielle Ermessenentscheidung ... »<sup>21</sup>.

Se gran parte del corso del Biscardi è dedicato, come si è detto, alla indagine pretoria in vista della emanazione dell'interdetto che può essere più o meno condizionato e la valutazione del cui fondamento è essenzialmente rimessa al destinatario del medesimo, non è nemmeno trascurabile, tuttavia, la parte in cui si illustra la nota procedura formulare *ex interdicto* che può innestarsi su quella che il Biscardi chiama «procedura interdittale», qualora l'interdetto non venga spontaneamente osservato. Ma a questo proposito l'unica cosa che vorrei segnalare è una circostanza che riguarda un problema squisitamente storiografico circa il rapporto temporale fra i due tipi di procedura *ex interdicto*, quella *cum poena* o *ex sponsione* e quella *sine poena* ovvero *per formulam arbitrariam*. C'è infatti un'importante affermazione che s'incontra nel corso del Biscardi<sup>22</sup>, nel senso che la prima procedura avrebbe storicamente preceduto la seconda, affermazione che io non sono però riuscito a ricostruire su cosa egli avesse potuto basarla, non essendomi parso fra l'altro che ne avesse trattato nel libro del '38, a meno che non lo abbia indotto a pensare in questo senso il fatto stesso che nel secondo caso si sarebbe trattato di litigare *modestiore via*<sup>23</sup>.

Nella terza parte del corso di cui stiamo parlando, e che è quella più breve, sono toccati nell'ordine il problema del campo di applicazione (e della sistematica edittale), quello dell'origine e quello della natura degli interdetti, di cui la dottrina successiva ha soprattutto approfondito il secondo. Per esso qui basterà, tuttavia, rinviare alla efficace sintesi della Giomaro<sup>24</sup>, dove si giustappongono la ricostruzione del Kaser<sup>25</sup> e quella del Biscardi, la quale sarebbe stata poi «ripresa in particolare dal Labruna»<sup>26</sup>, la cui tesi, a sua volta, sarebbe stata «fatta propria» in parte dalla Bignardi<sup>27</sup>, e dove si allude altresì all'atteggiamento del Gandolfi, che non avrebbe avuto dubbi, nemmeno lui, «circa l'assoluta precedenza cronologica degli interdetti possessorii». Quanto a questi ultimi esiste del resto una ricca bibliografia successiva agli anni sessanta, che può vedersi nella *Nota Bibliografica*, tra cui spicca l'ampia e approfondita ricerca di Giuseppe Falcone del 1996<sup>28</sup>.

Remo Martini

<sup>21</sup> Quanto al seguito del discorso «mit der der Prätor seine allgemeine ediktale Verheissung einschränkt», io sono perfettamente d'accordo purché con esso s'intenda far riferimento, come sembra, ad una limitazione della promessa edittale, quando questa è subordinata a *causae cognitio* e non ad una limitazione del potere discrezionale del pretore, come aveva sostenuto il Luzzatto, anch'egli citato nella nota del Kaser, e la cui posizione io avevo, per mio conto, contrastato nell'articolo citato precedentemente.

<sup>22</sup> *La tutela interdittale*, cit., p. 56.

<sup>23</sup> Anche il CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 919 sembrerebbe, d'altronde, considerare più antica la procedura *per sponsionem*, ragionando all'incirca nel senso prospettato.

Sempre a proposito della procedura *ex causa interdicti* vorrei semmai aggiungere qui, con la dovuta cautela, alcune considerazioni che mi è venuto di fare, commentando Gaio e Giustiniano in sede didattica. Il Biscardi, contrapponendosi in ciò ad autorevoli studiosi, fra cui il Lenel, sostiene – come si è già capito – che l'interdetto sarebbe stato un ordine immediatamente eseguibile e non un espediente per poter intentare un processo ordinario. Stando tuttavia a come si esprime Gaio (*inst.* 4.141), e cioè che le cose non erano concluse subito con la emanazione dell'interdetto, dovendosi andare davanti al giudice etc., si direbbe in effetti che, almeno nella maggior parte dei casi, fosse normale il passaggio alla procedura *cd. ex causa interdicti*. E' lecito del resto supporre che il destinatario di un interdetto positivo, restitutorio o esibitorio, non avrebbe certo mancato, avendo la possibilità di chiedere una *formula arbitraria*, di far accertare il fondamento dell'ordine che il pretore gli aveva rivolto, tanto più che ciò non gli sarebbe costato nulla (procedimento *sine poena*). Quanto poi agli interdetti proibitorii, si potrebbe certamente parlare di un'ottemperanza all'ordine del pretore per chi, di fronte al divieto di recare violenza al possessore senza vizi o di fare qualcosa nei luoghi sacri (secondo gli esempi di Gai., *inst.* 4.140), si fosse astenuto da quei comportamenti. Ma nella realtà è verosimile che l'interdetto venisse richiesto contro uno che quei comportamenti già li teneva, sicché l'intervento del pretore sarebbe stato volto più che altro a far sì che, perdurando essi, si potesse risolvere la questione con la procedura *per sponsionem (cum poena)*. In proposito sembrerebbero del resto lecite, a conferma, altre due considerazioni testuali: a) quando Gaio ritorna più avanti sulla procedura *ex interdicto* (*inst.* 4.161 ss.), trattando prima degli interdetti positivi e poi di quelli negativi o proibitorii, almeno a proposito dei primi, poiché per i secondi abbiamo purtroppo una lacuna, descrive di nuovo le varie fasi senza accennare a momenti intermedi: ossia emanazione dell'interdetto, richiesta della formula arbitraria ancora prima di uscire dal tribunale (§ 164) o, altrimenti, provocazione alle reciproche *stipulationes* (§ 165); b) il modo in cui Giustiniano conclude la sua trattazione degli interdetti (*inst.* 4.15.8), dicendo che al suo tempo questi non vengono più emanati, ma si giudica come se fossero state concesse delle azioni utili *ex causa interdicti*, sembrerebbe far credere che in passato la procedura *ex causa interdicti* facesse seguito normalmente all'emanazione dell'interdetto.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 508 ss. (§ 5).

<sup>25</sup> Per conto suo criticata dal CAPOGROSSI COLOGNESI, *loc. ult. cit.*

<sup>26</sup> L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971, p. 63 ss.

<sup>27</sup> A. BIGNARDI, «*Controversiae agrorum*» e *arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto 'uti possidetis'*, Milano, 1984, *passim* e in particolare p. 21 e 77.

<sup>28</sup> G. FALCONE, *Ricerche sulle origini dell'interdetto uti possidetis*, in «AUPA.», XLIV, 1996, p. 9 ss.

## **Premessa**

Il tema che abbiamo scelto come oggetto del presente corso può certo dirsi di attualità, poiché il dibattito, che su di esso non si è mai chiuso, è stato recentemente riaperto da un giovane romanista, il Gandolfi, pubblicando in quest'anno, per i tipi di Antonino Giuffrè, un «Contributo allo studio del processo interdittale romano».

Noi ci eravamo già interessati della questione nell'ormai lontano 1938, con un volume dal titolo «Procedura interdittale romana», edito dalla CEDAM. L'insegnamento della dottrina dominante «divenuto tralaticio ristagnando in una serie di luoghi comuni», poteva allora sintetizzarsi in queste tre affermazioni:

- 1) che l'interdetto è una forma speciale di processo ordinario;
- 2) che la protezione interdittale si concreta nel procedimento *ex interdicto* ;
- 3) che laddove lo stesso rapporto è protetto per via d'interdetto e d'azione, la precedenza storica dell'interdetto sull'azione non può essere messa in dubbio.

Si aveva l'impressione, come scrivevamo nella nostra introduzione, di essere «in presenza di un punto morto da superare guardando alla protezione interdittale sotto angoli visuali nuovi, con occhi di uomini moderni, sfatati da pregiudizi di scuola», e, propostici pertanto i seguenti problemi:

- 1) che cos'è l'interdetto;
- 2) qual è il posto che esso occupa nel quadro del processo civile romano;
- 3) com'è nata e come si sviluppa questa particolare forma di procedura;

noi cercammo di dimostrare:

- 1) che la procedura interdittale, concretandosi nella pronuncia dell'interdetto e nella sua indiretta forza coattiva, non è una figura complementare del processo ordinario, bensì una forma di tutela processuale straordinaria, affidata direttamente ai pubblici poteri (*imperium* del magistrato);
- 2) che l'evoluzione dell'istituto segue una linea logica e cronologica nettamente individuabile.

Oggi il Gandolfi torna a proporre gli stessi problemi, dopo aver per parte sua constatato come «la dottrina romanistica non abbia mai dimostrato particolare interesse per lo studio di questo argomento», e non è senza personale soddisfazione che ci è dato rilevare come, a distanza di circa quindici anni, egli giunga, nella risoluzione di questi, quasi alle nostre conclusioni di allora, pur sviluppando in qualche punto i risultati già da noi raggiunti. Su una questione divergono semmai i nostri punti di vista, e cioè circa la natura degli interdetti, che noi ritenevamo amministrativa ed il Gandolfi invece considera giurisdizionale. Dobbiamo però subito precisare che si tratta di una divergenza con un punto di vista che ormai abbiamo abbandonato, poiché in seguito alle indagini condotte dalla dottrina sul concetto di '*iurisdictio*', non esitiamo anche noi ad accogliere l'opinione del Gandolfi. Sono stati infatti messi in luce due concetti di questa *iurisdictio* magistratuale, e non è certo fuori luogo ritenere che in uno di questi possa, come vedremo meglio a suo luogo, farsi rientrare anche l'interdetto.

E' d'altronde logico ed umano, oltre che connaturale alla indagine scientifica, che non si possano risolvere le questioni – riesaminandole a distanza di tempo, con una maggiore esperienza ed una più accentuata sensibilità storica e dogmatica – nella stessa maniera di quando si sono studiate per la prima volta. Diremo anzi che per noi il nostro libro costituisce uno studio al pari di tutti gli altri condotti sulla materia dai diversi autori che di essa si sono interessati.

E' con serena obiettività che pertanto imposteremo *ex novo* i problemi, senza trascurare quanto intorno ad essi è stato scritto in questi ultimi tempi, in particolare senza trascurare le opinioni espresse sul tema dal Gandolfi, e che ad essi cercheremo la dovuta soluzione. Se questa risulterà i-

dentica a quella già raggiunta quindici anni fa, potremo rallegrarci per aver già allora acquisito dei risultati che ancor oggi ci persuadono, se invece sarà diversa ciò sarà il segno certo di un progresso scientifico, poiché frutto di quel travaglio spirituale indispensabile ad attingere la verità.

Quanto poi alle fonti a nostra disposizione per lo studio dell'argomento che ci siamo proposti di trattare, esse sono assai diverse sia per mole che per qualità. La più copiosa miniera di notizie c'è offerta dal libro XLIII del Digesto, ma, a parte le interpolazioni numerose, in massima parte determinate dall'avvenuta assimilazione degli interdetti alle azioni, la più alta percentuale dei frammenti appartiene alla massa editale e specialmente ai commentari *ad edictum* di Ulpiano e Paolo, dove le esigenze di ordine sistematico sono generalmente sacrificate allo studio esegetico e quindi pedissequo della codificazione. Al di fuori della compilazione primeggia Gaio. Anche le sue informazioni però, minuziose (se si escludono le lacune del testo) per ciò che riguarda l'andamento delle varie forme di processo *ex interdicto*, sono abbastanza scarse per quel che concerne la pronuncia interdittale ed i suoi effetti immediati. Fra le fonti letterarie è di altissimo interesse Cicerone, che negli scritti filosofici e retorici, nelle lettere, nelle orazioni, rivolge frequentemente la sua attenzione di uomo di legge e la sua esperienza di avvocato all'istituto dell'interdetto. Non può però sfuggirci che le sue testimonianze si riferiscono ad uno stadio dell'istituto medesimo anteriore all'elaborazione dogmatica di esso da parte della giurisprudenza classica. Quanto ai Grammatici, nelle cui opere non mancano i riferimenti all'interdetto ed al processo in genere, a parte la unilateralità del punto di vista da cui essi si pongono, non possiamo negare l'importanza del loro contributo, informandoci essi intorno alla funzione pratica della protezione interdittale in alcune delle sue più frequenti applicazioni.

Come si vede il materiale offertoci dalle fonti è quanto mai ricco e vario, tale che è certamente possibile, anche se arduo, adoperarsi alla ricostruzione storico-dogmatica dell'istituto processuale dell'interdetto. Quello che occorre è però coordinare e valutare le singole fonti con la massima delicatezza e circospezione. Questo non dovrà mai essere dimenticato.

## **Parte prima: L'interdetto e la sua funzione**

### **I. «Auctoritatis interpositio»**

1. Il punto di partenza della nostra indagine è costituito da

Gai., *inst.* 4.138-139: Superest ut de interdictis dispiciamus. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione contenditur. et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta *decreatae* vocantur (vel *accuratius interdicta decretae*): vel *accuratius interdicta decretae*).

E' appena opportuno rilevare la schematicità della trattazione gaiana e ricordare la divisione del commentario quarto, in cui si parla prima delle azioni in senso specifico (*legis actiones* e processo formulare), poi delle eccezioni e delle *praescriptiones*, per comprendere come con il § 138 si affronti, con quel '*superest ut dispiciamus*', l'ultimo argomento di maggior respiro in tema processuale, quello appunto degli interdetti (i successivi, sui litiganti temerari e sulle forme di citazione, non hanno certo la stessa importanza).

«Ricorrendo determinati rapporti – ci dice dunque Gaio – il pretore interviene con la sua *auctoritas* a definire le controversie (da tali rapporti nascenti) e ciò egli fa soprattutto circa il possesso od il quasi possesso. In sostanza o comanda che sia fatta qualcosa o proibisce che sia fatta. Quanto alle formule o pronunce cui ricorre, esse si chiamano interdetti o decreti».

Questa, tralasciando per il momento le altre lezioni, l'interpretazione letterale del passo, che ora, data la sua importanza, dovremo soffermarci a commentare.

Che si parli di *'certis ... ex causis'* si capisce agevolmente poiché l'intervento del magistrato non avviene a capriccio, bensì quando ricorrono determinati presupposti, per lo più, è da ritenere, previsti nell'editto. Ciò che può suscitare invece qualche meraviglia è l'espressione *'praetor aut proconsul'*. Perché parlare accanto al pretore solo di proconsole? Non tutti i governatori provinciali sono all'età del principato proconsoli, essendo tali soltanto quelli delle provincie senatorie, abbiano o meno rivestito in precedenza il consolato. A dire il vero ci saremmo aspettati pertanto che Gaio parlasse più genericamente di *'praeses'*, come del resto fa spesso nel corso delle sue istituzioni. Sarà stato però un caso oppure un proposito a far uscire dal suo stile questa espressione? Può darsi che egli abbia usato il termine *'proconsul'* in senso generico, ma anche che abbia voluto espressamente limitare il potere di cui parla ai governatori delle provincie senatorie. Gli studiosi intendono di solito *'proconsul'* come sinonimo di *'praeses'*, ma si può benissimo pensare che siano stati solo i magistrati delle provincie senatorie ad emanare un editto, sulla falsariga di quello del pretore urbano, e che invece nelle provincie imperiali, dove la giurisdizione era tutta quanta amministrata nei sistemi *extra ordinem*, non si applicassero affatto gli interdetti. In ogni modo anche noi ci limiteremo alla interpretazione tradizionale, senza neppure tentare di risolvere il dubbio, che ci basta di aver sollevato.

Si sarà notato poi che nella traduzione del passo non abbiamo reso il senso dell'espressione tecnica *'auctoritas'*. Questo termine infatti involge uno dei concetti più ardui e più discussi della dogmatica romana, assumendo i più svariati significati a seconda dei casi di applicazione (basti pensare all'*auctoritas* del tutore, a quella del senato, etc.). Alla base di questi diversi significati c'è di certo un substrato comune per ricercare il quale bisogna risalire nel tempo, fino a gettare lo sguardo verso le oscurità della preistoria, ma questa interessantissima ricerca, ove ricorrono sia elementi giuridici che etici, esula indubbiamente dai limiti del presente corso.

Nel nostro caso, avendo rilevato che accanto alle varie figure di *auctoritas* v'è nelle fonti romane anche l'*auctoritas* del pretore, potremo interpretare l'espressione nel senso di potere discrezionale.

A ben guardare vedremo poi come questa *auctoritas* sia riferibile non solo al processo interdittale, ma alla *iurisdictio* in generale del magistrato.

Scopo dell'*auctoritatis interpositio* è infatti, come ci dice Gaio, la definizione delle controversie, ma *'controversia'* nella terminologia romana indica qualunque conflitto d'interessi e di pretese, che sbocchi in una lite. Di «controversia possessoria» ci parlano infatti D. 43.17.3.2 (Ulp. 69 *ad ed.*):

Hoc interdictum sufficit ei qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

e Frontino (*controver.* I: Lachmann, p. 16, ll. 3 s.):

De possessione controversia est, de qua ad interdictum, hoc est iure ordinario litigatur.

In materia petitoria troviamo usata la stessa espressione in

D. 43.17.1.3 (Ulp. 69 *ad ed.*): Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores ...

ed ancora in Frontino (*controver.* I: Lachmann, p. 15, ll. 1 s.):

De proprietate controversia est plerumque: uti in Campania ...

Se dunque è così generico il significato di questo termine, come si fa ad affermare col Gandolfi, che con gli interdetti e solo con questi il magistrato interviene per definire la controversia in forza del suo potere discrezionale? Non vi sono difficoltà a comprendere che ciò potrebbe anch'essere vero, se il testo di Gaio non aggiungesse quel *'principaliter'* che abbiamo sin qui volutamente trascurato.

Ora di un tale avverbio, su cui avevano già in passato puntualizzata la loro attenzione gli scrittori, vi sono due interpretazioni, l'una facente capo al Rudorff, allo Schmidt ed all'Ubbelohde, nel senso di «fin dal principio», quindi «prima della produzione delle prove», l'altra, affacciata dal Bethmann-Hollweg, ripresa da Leist e dal Karlowa, seguita da Scialoja, da Bertolini, poi da Carrelli, Brasiello e, prima di questi ultimi, anche da noi, secondo la quale *'principaliter'* vorrebbe invece dire «in prima linea» o «in maniera preponderante». La dimostrazione di questa seconda tesi è fondata sulla corretta etimologia dell'avverbio *'principaliter'*. Infatti dalla radice *'pri'* (dove *'prior'* e *'primus'*) deriva anche *'princeps'*, che vuol dire «primo» («capo»). Da esso si formano in modo indipendente fra loro, da una parte l'avverbio *'principaliter'* e dall'altra il sostantivo *'principium'*, da cui l'aggettivo *'principalis'*, nel senso di «originario», «primitivo», e l'avverbio *'principaliter'* che è proprio quello che vuol dire «fin dall'inizio». Quindi fra *'principium'* e *'principaliter'* non v'è, come si vede, alcuna derivazione.

Volendo però anche il sussidio di argomenti filologici, leggiamo alcuni passi.

D. 3.2.4.2 (Ulp. 6 *ad ed.*): Ait praetor: qui lenocinium fecerit. lenocinium facit qui quaestuarium mancipia habuerit: sed et qui in liberis hunc quaestum exercet, in eadem causa est. sive autem *principaliter* hoc negotium gerat, sive alterius negotiationis accessione utatur (ut puta si caupo fuit vel stabularius ...) lenocinii poena tenebitur.

Ulpiano, commentando la clausola edittale relativa al lenocinio, dice: «fa lenocinio chi fa mercato del corpo dei propri schiavi o di persone libere, sia che questo esercizio sia autonomo o rappresenti una attività accessoria».

D. 50.17.194 (Modest. 6 *diff.*): Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes constitunt, non minus heredes intelleguntur, quam qui *principaliter* heredes existunt.

Si allude alla trasmissione del patrimonio attraverso successive generazioni. «Quelli che sono eredi indiretti – dice Modestino – non sono meno eredi di quelli che hanno ereditato in via principale, cioè dal capostipite».

*Iust. inst.* 4.7.8: Illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si *principaliter* cum ipso negotium gestum esset.

Si tratta delle azioni «*adiecticiae qualitatis*». Il passo è semplice: «verificandosi questa fattispecie (*actio quod iussu*), il terzo creditore potrà agire – si dice – contro il padre, come se avesse direttamente contrattato con lui».

Uno storico e geografo del terzo secolo dell'era volgare, C. Giulio Solino (*mem.* 27.12), scrive poi:

Interna eius (*sc.* Africae) plurimae quidem bestiae, sed *principaliter* leones tenent.

Dopo l'esame di queste fonti non crediamo si possa ancora sostenere che il significato di *principaliter* sia quello di «fin dal principio».

Torniamo allora a Gaio. Qual è il valore che assumono le sue parole con l'inserzione di questo avverbio? Ma evidentemente quello che nella protezione interdittale l'intervento del pretore è preponderante (avviene cioè in via principale!). In qualsiasi processo formulare il magistrato interviene infatti a dare una formula, su cui le parti contesteranno la lite, ma non si può parlare certo d'intervento «preponderante», poiché è necessaria la *litis contestatio* e quindi il giudizio perché la controversia venga definita. Con l'emanazione dell'interdetto invece, almeno provvisoriamente, la controversia è chiusa. Vi potrà essere, come vedremo, un'ulteriore fase processuale, ma si tratta allora di un ben distinto procedimento.

Quest'intervento magistratuale avviene poi per lo più in materia possessoria e, stando alla lettera di Gaio, quasi possessoria. Quanto però alla *quasi possessio* è certamente da escludere che i clas-

sici abbiano elaborato questo concetto, e, molto probabilmente, l'inciso è un glossema (vi sono due motivi per sospettarlo: prima di tutto in epoca classica non si sarebbe dovuto richiedere, come avviene, la dimostrazione del diritto di servitù nell'applicazione dell'interdetto «*de itinere actuque privato*», e poi nei paragrafi successivi di Gaio non si trova più traccia di questa 'quasi possessio').

In definitiva il pretore emana un ordine ricorrendo a '*formulae et verborum conceptiones*', che prendono il nome ora di «decreti» ed ora di «interdetti». Secondo lo Huschke si dovrebbe dire invece che essi si chiamano «interdetti o meglio interdetti e decreti» (ed anche: «interdetti o decreti»).

Ora contro questa ricostruzione non c'è nulla da eccepire dal punto di vista sostanziale ma formalmente è molto strano che Gaio, il cui lessico non è molto vario, abbia usato l'avverbio '*accuratius*' (anche se della buona latinità), il quale, come può vedersi sfogliando il «Vocabolario» dello Zanzucchi, non s'incontra in nessun altro passo delle Istituzioni. Inoltre, osservando il manoscritto veronese, non sembra possibile inserire questa ricostruzione nel breve spazio della lacuna, e pertanto preferiamo la lezione '*interdicta decretave vocantur*'.

2. La portata di questa distinzione fra decreti ed interdetti c'è poi offerta nel paragrafo successivo a quelli sin qui esaminati, dicendo che si ha propriamente un decreto quando il pretore comanda che sia fatta qualcosa o che qualcosa sia restituita, cioè quando emana un ordine positivo, mentre si può parlare d'interdetto quando l'ordine del magistrato si concreta nel divieto di fare alcunché, sia di recar violenza a chi eserciti una sua facoltà legittima, sia di tenere un qualsiasi altro comportamento. Ecco il passo:

Gai., *inst.* 4.140: *Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, veluti cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur, interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco publico aliquid fiat.*

Alcuni esempi chiariranno meglio la distinzione. Per la categoria dei decreti sarà sufficiente ricordare lo schema dell'interdetto esibitorio '*de homine libero exhibendo*' (Lenel, *Ed. perp.* § 261):

Quem liberum dolo malo retines, exhibeas,

e dell'interdetto restitutorio '*de vi armata*' (Lenel § 245.b):

Unde ut illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Per i veri e proprii interdetti in senso stretto, la formula del proibitorio '*uti possidetis*' (Lenel § 247.a):

Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, adversus ea vim fieri veto,

e '*de loco sacro*' (Lenel § 235):

In loco sacro facere inve eum immittere quid veto.

Teniamo però presente, come si ricava dallo stesso § 140 di Gaio in cui – dopo aver accennata la distinzione fra le due categorie, si conclude in modo apparentemente alquanto strano col dire '*unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur*' – e come ci informa Giustiniano, che il termine «interdetto» entrò largamente in uso ad indicare tutti quanti gli ordini magistratuali positivi o negativi, anche se ciò non sia proprio avvenuto per il motivo che egli mostra di credere, quando appunto scrive

*Iust. inst.* 4.15.1: ... sunt tamen qui putant proprie interdicta vocari quae prohibitoria sunt, quia interdi-

cere est denunciare et prohibere, restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari, sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

3. Resta ora da domandarci, per quanto riguarda l'espressione '*formulae et verborum conceptiones*' incontrata sopra, se si sia o meno in presenza di un'endiadi. Astrattamente potrebbe infatti accogliersi sia l'una che l'altra soluzione. Con essa Gaio avrebbe potuto voler dire «formule pronunciate oralmente» (gli interdetti sono infatti formule orali), sia distinguere le *formulae*, come schemi edittali, dalle *conceptiones verborum*, come interdetti concreti resi caso per caso. Riteniamo però che sia da accogliere la seconda ipotesi, poiché, anche nella terminologia del processo formulare, con '*formula*' si indica preferibilmente lo schema, il modello edittale (la «Musterformel» del Wlassak), e si usa invece il termine '*iudicium*' per significare la formula adattata al caso concreto dal pretore. Se poi confrontiamo l'espressione usata da Gaio parlando del processo formulare

Gai, *inst.* 4.30: ... itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per *concepta verba*, id est per formulas, litigemus ... ,

con quella dal medesimo impiegata per riferirsi al procedimento *per legis actiones*

Gai, *inst.* 4.29: Ex omnibus autem istis causis *certis verbis* pignus capiebatur et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse ... ,

appare chiaramente quale sia il valore e la portata dell'espressione '*conceptiones verborum*' di cui ci stiamo interessando. Essa non può infatti avere un significato molto diverso da quella '*concepta verba*', che indica appunto le parole preparate sul momento, secondo l'opportunità della fattispecie concreta, in contrapposto ai '*certa verba*', alle formule cioè predeterminate, immutabili ed essenziali delle *legis actiones*.

4. Il parallelismo che però in certo modo abbiamo istituito fra *iudicia* ed *interdicta* non deve recare meraviglia. Cos'è il provvedimento del pretore, negli schemi edittali visti sopra, se non un decreto (*decretum*), un atto fondato cioè sull'*imperium* del medesimo? Prendiamo in esame alcune delle più note formule processuali per confrontarne poi il paradigma con quello degli interdetti. Azione reale tipica è la *reivindicatio* :

Titius iudex esto. Si paret fundum Capenatem quo de agitur, Ai Ai esse ex iure Quiritium, neque is fundus arbitrio tuo A° A° restituitur, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° condemna, s.n.p. absolve.

Per i crediti aventi ad oggetto un *certum* si esperisce, come sappiamo, la *condictio* :

Titius iudex esto. Si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° HS X milia dare oportere, iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° HS X milia condemna, s.n.p. absolve.

Un esempio di azione *in factum* potrebbe essere quello della formula offerta al depositante:

Titius iudex esto. Si paret A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A° A° redditam non esse, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° condemna, s.n.p. absolve.

Anche queste formule sono schemi di decreti, di ordini che il magistrato rivolge al giudice ('*condemna*' ... '*absolve*'). Questa che sembra una verità tanto semplice ha tardato molto purtroppo ad affermarsi nella scienza romanistica. E' stato il Carrelli, riprendendo quanto vi era di esatto nella tesi del Keller – superata per ciò che concerne la *litis contestatio* da quella del Wlassak (che ne aveva posta

in luce la natura convenzionale) – a dare per primo la spinta verso questa conquista, sostenendo la eguaglianza fra formule e decreti. Oggi tuttavia, benché i contrasti non siano del tutto sopiti, noi possiamo ormai considerarla una meta raggiunta. L'unica differenza che esiste fra interdetto e *iudicium* (entrambi decreti) è dunque la seguente: con l'interdetto il magistrato emana un ordine immediatamente esecutivo, mentre la eseguibilità del *iudicium* è condizionata alla *litis contestatio* (accordo delle parti sulla formula in concreto) ed al conseguente giudizio del giudice.

Possiamo così spiegarci come e perché nella casistica delle fonti romane risalenti all'età classica, *actio* ed *interdictum* siano sempre contrapposti, pur essendo due concetti paralleli. Essi non possono mai identificarsi perché la differenza sta proprio nella minore o maggiore preponderanza dell'intervento del magistrato (con ciò non si vuol negare che vi siano altre differenze, fra l'altro quella che all'*actio* corrisponda sempre un diritto soggettivo, diversamente da quanto accade per l'interdetto, per il quale ultimo si è anche parlato di interessi legittimi, ma su ciò avremo modo di ritornare). Una conferma del nostro assunto la troviamo in un passo dalle Pandette, in cui si pone l'alternativa fra *interdictum* e *iudicium* come modi di risoluzione di una medesima controversia:

D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*): Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo malo feceris quominus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare *vel interdictum vel iudicium* ita dari, ut, si per me non stetit quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quominus eum thensaurum effodiam tollam exportem. quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest.

Si parla, come si vede, di un tesoro (non nel senso tecnico della parola) occultato dal proprietario o anche da altri in un fondo che non è del sedicente proprietario del tesoro stesso. Il giurista Labeone rileva in via preliminare che non si può agire con l'*actio furti*, in quanto non risulta che vi sia stata una '*contrectatio invito domino*' da parte del proprietario del fondo, né con l'*actio ad exhibendum*, mancando il presupposto del *dolus malus* della spoliazione del possesso, tanto più poi che il proprietario del fondo può addirittura ignorare l'esistenza del tesoro. Sembrerebbe non esservi alcun mezzo di tutela, quand'ecco che si suggerisce una soluzione ispirata all'equità. Il *postulans* deve prestare prima il *iusiurandum calumniae* ed a sua volta il pretore potrà concedere un interdetto od un'azione, subordinati tuttavia all'ulteriore condizione che il *postulans* stesso presti la *cautio damni infecti* o quanto meno che la mancanza di una *cautio* non sia a lui imputabile. Tentiamo di ricostruire la formula e l'interdetto di cui si parla. Quanto al secondo (è un caso d'interdetto repentino, che non trova cioè corrispondenza negli schemi edittali), il suo schema potrebbe essere all'incirca il seguente:

Quo minus ille thensaurum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> quo de agitur effodiat, tollat, exportet, si per eum non stetit quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, vim fieri veto.

La formula dell'*actio in factum* potrebbe invece ricostruirsi così:

Si paret thensaurum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> in fundo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> esse eumque invito N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> effodi, tolli, exportari ab A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> non potuisse, si per A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> non steterit quo minus N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> damni infecti nomine caveatur, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condema, s.n.p. absolve.

La cosa più importante per noi è che l'interdetto e l'*actio in factum* siano posti l'uno a fianco dell'altra, perché questo può spiegarsi appunto solo ammettendo, come abbiamo sostenuto, che sia nell'una che nell'altra ipotesi, il provvedimento del magistrato si concreti sempre in un decreto, in un ordine, anche se diversi ne siano i destinatari e diverse le conseguenze immediate. Secondo l'Huvelin l'ultima parte del frammento ('*quod ... potest*') sarebbe una parafrasi, poiché l'ipotesi è estranea alla fattispecie discussa, essendosi già prima scartata la possibilità di esperire l'*actio furti*, ed anche perché, da un punto di vista formale, è molto sospetto il modo in cui la medesima viene introdotta con '*quod si*

*etiam*’. Non sono però da escludere le congetture avanzate da Lenel e da Pampaloni, secondo i quali potrebbe qui trattarsi di un’*actio furti* esperibile per il caso di *furtum prohibitum* (Lenel) o di *furtum conceptum* (Pampaloni): anzi esse potrebbero addirittura combinarsi. Infatti sul medesimo presupposto che la cosa si trovi presso qualcuno, si ha *furtum conceptum* quando questa venga rinvenuta in seguito a perquisizione, se il proprietario del fondo non vi si opponga, anche se egli non ne sia il ladro, e *furtum prohibitum* invece quando vi sia opposizione e per trovare la cosa si sia dovuto perquisire il luogo in forma solenne (*lance licioque*) o in sostituzione di questa forma di autotutela privata, si sia esperita l’*actio furti prohibiti* (*in quadruplum*). Se pertanto di parafrasi si vuol parlare, riteniamo si tratti di una abbreviazione, di un sunto del dettato originario del passo e non già di una aggiunta. Per la critica di quest’ultimo inciso riteniamo però che quanto abbiamo detto sia più che sufficiente. Quello su cui è utile semmai il soffermarsi è il sospetto di interpolazione sollevato dal Beseler per quanto concerne le parole ‘*vel*’ e ‘*vel iudicium*’. Il suo dubbio si origina dal fatto che nel discorso che segue si fa esplicito riferimento ad un ordine proibitorio (*‘ne vim facias mihi’*), ciò che fa pensare più all’interdetto che non all’*actio in factum*. Ma a parte che il Beseler è stato un po’, come tutti sanno, un cacciatore d’interpolazioni, qui c’è un argomento molto probante per confutarlo e cioè che i postclassici ed i giustinianeî, per i quali non c’è più differenza fra interdetti e *iudicia* – gli interdetti sono soltanto dei meri espedienti processuali per intentare un *iudicium* –, non avevano alcun plausibile motivo per introdurre una differenziazione che molte volte nella compilazione si sono anzi curati di far scomparire.

## II. «*Iussa praetoris*»

5. Con gli interdetti non sono da confondere né i provvedimenti magistratuali quali la *missio in possessionem*, la *restitutio in integrum* etc., né certe ordinanze che il magistrato può emanare e che possono essere più o meno direttamente collegate con la procedura interdittale. Questi ordini pretorî si contrappongono, come vedremo, sia agli interdetti che alle azioni. Cominciamo con l’esaminare

D. 43.5.3.9 (Ulp. 68 *ad ed.*): Exhibere autem apud praetorem oportet, ut ex auctoritate eius signatores admoniti venirent ad recognoscenda signa: et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a praetore debere.

Se coloro che hanno fatto da testimoni ad un testamento si rifiutano di venire a riconoscere i sigilli apposti sulle tavole testamentarie, il pretore dapprima rivolgerà loro un invito in forza del suo potere discrezionale (questo vuol dire ‘*ex auctoritate eius ... admoniti*’), indi se l’invito sia disatteso, li costringerà a presentarsi in tribunale (*‘coerceri eos debere*’). Qual è il provvedimento cui nella specie il pretore fa ricorso? Certamente si tratta di un *decretum*, ma non di un *interdictum*, e non per la differenza di contenuto che può intercorrere fra i due atti – differenza che potrebbe anche essere solo apparente –, ma per un motivo ben diverso che comprenderemo meglio esaminando altri passi.

Si legga attentamente

D. 43.5.1.1 (Ulp. 69 *ad ed.*): Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, iubendus est exhibere, et tempus ei dandum est, ut exhibeat si non potest in praesentiarum exhibere. sed si neget se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit.

Sofferamoci un momento sul ‘*competit*’, che avremo spesso modo di ritrovare. Questa espressione è stata infatti molto probabilmente interpolata in sostituzione di un ‘*redditur*’ o ‘*datur*’ originario (all’epoca della compilazione l’editto è ormai divenuto una legge al pari delle altre ed i provvedimenti in esso previsti non si fondano più sul potere del magistrato), ma sicuramente non si può e non si deve essere troppo drastici su questo punto, poiché non è da escludere, come vedremo, che ‘*competit*’, il cui significato non è del resto univoco, sia talvolta genuino, benché non si possa di sicuro dire quando sia usato in riferimento ad interdetti utili o repentini. Passiamo poi al contenuto del fram-

mento.

Si hanno qui, come si vede, due provvedimenti distinti, previsti per due fattispecie diverse che però esamineremo meglio fra poco: provvedimenti che sono, il primo un semplice comando perché si esibiscano le tavole, ed al quale si può anche accompagnare un termine per l'esibizione, il secondo un vero e proprio interdetto. Confrontiamo ora il passo con

D. 29.3.2.8 (Ulp. 50 *ad ed.*): Si quis non negans apud se tabulas esse non patiatur inspicere et describere, omnimodo ad hoc compelletur; si tamen neget penes se tabulas esse, dicendum est ad interdictum rem mitti (*rem remitti*: Ruecker) quod est de tabulis exhibendis.

Di solito si sostiene che i due testi riguardino lo stesso oggetto (così anche Gandolfi). Noi avevamo invece già messo questo secondo frammento accanto ad altri, in cui si trovano contrapposti il 'compellere' del magistrato e l' 'interdicere', dimostrando come in tutti sia interpolato appunto l' accenno al 'compellere', che starebbe ad indicare la *executio iure potestatis*, con la quale in epoca giustiniana si raggiungeva il medesimo scopo pratico cui da prima si mirava con gli interdetti, ormai del tutto parificati alle azioni. Ne avevamo anzi fatta la ricostruzione esponendo tutte le parole comprese fra 'omnimodo' e 'tamen' e inserendo al loro posto un 'sive', che faceva suonare il passo così:

Si quis non negans apud se tabulas esse non patiatur inspicere et describere sive neget penes se tabulas esse, dicendum est ad interdictum rem mitti, quod est de tabulis exhibendis.

Il testo così ricostruito poteva altresì essere conciliato con D. 43.5.1.1. Ora però esamineremo di nuovo la questione.

In passato si è per lo più ritenuto che l'interdetto '*de tabulis exhibendis*' non fosse applicabile al caso di *confessio in iure*; in questa ipotesi il pretore ne avrebbe fatto a meno provvedendo altrimenti ad ottenere la esibizione del testamento. Taluni (come lo Schmidt ed il Bethmann-Hollweg) hanno pensato che il pretore intervenisse, già all'ultimo scorcio dell'epoca classica, *manu militari*. Altri (come l'Ubbelohde e lo Pfersche) han ritenuto si facesse invece ricorso a mezzi ordinari di coercizione del magistrato (*multae dictio, pignoris capio*), come sanzioni per la inosservanza all'ordine del pretore (soluzione questa applicabilissima in ogni tempo). Vi è tuttavia oggi qualcuno (Pugliese) che, pur riconoscendo l'inapplicabilità, in caso di *confessio*, dell'interdetto '*de tabulis exhibendis*', pensa pur sempre che lo *iussus* del magistrato fosse costituito da un interdetto. Per primo il Biondi, nel 1930 affermava invece che D. 29.3.2.8 era interpolato, sostenendo che anche il diritto alla *inspectio* del testamento fosse protetto dall'interdetto '*de tabulis exhibendis*' al pari della semplice pretesa di esibizione, e che pertanto la differenza fra le due fattispecie fosse opera dei compilatori.

Anche noi, come già detto, ci pronunciamo a favore dell'interpolazione, pur distaccandoci dal Biondi non tanto nella ricostruzione del passo, quanto nella via seguita, per aver preso cioè in esame il frammento non isolatamente, ma riaccostandolo a tutta una serie di altri passi, interpolati con la contrapposizione fra l'interdetto '*de tabulis exhibendis*', ormai divenuto '*actio tamquam ex interdicto*', ed una procedura sommaria avente le finalità pratiche del processo interdittale scomparso. Il Gandolfi segue ora una via diversa, nell'interpretazione dei due brani, suggeritagli dallo stesso Biondi, che, nel *Trattato delle successioni*, ha modificato il suo punto di vista, sostenendo che D. 29.3.2.8 non deve ritenersi interpolato, poiché la fattispecie cui il testo si riferisce è diversa da quella di D. 43.5.1.1. Altro sarebbe la necessità di ottenere la esibizione delle tavole ed altro la necessità di *inspicere aut describere* le tavole stesse. La prima ipotesi si verificherebbe solo anteriormente all'apertura delle tavole, e per questo scopo sarebbe applicabile l'interdetto '*de tabulis exhibendis*'; la seconda si potrebbe invece presentare in un momento qualsiasi, anche successivo, ed in questo caso si farebbe ricorso ad un provvedimento *extra ordinem*.

Riesaminando il problema, noi ci sentiamo invece di sostenere ancora l'interpolazione di D. 29.3.2.8, poiché la fattispecie in esso prevista, anche se vicina, non è affatto identica, come si vorrebbe, a quella esaminata in D. 43.5.1.1. La costruzione del Biondi, seguita dal Gandolfi, è invero

alquanto artificiosa. La esigenza di farsi esibire le tavole non è detto che si manifesti sempre prima dell'apertura, ma può concretizzarsi anche molto tempo dopo. Se è vero che a partire dalla legge *Iulia vicesimarum* si faceva copia dei testamenti presso l'ufficio fiscale (*statio*), non si può però affermare che l'originale venisse sempre depositato, cosa che non avveniva neppure prima. Quindi per ogni questione che potesse eventualmente sorgere e per la quale occorresse avere *in iure* le tavole testamentarie, si poteva benissimo ricorrere all'interdetto '*de tabulis exhibendis*'.

Del resto si può fare l'ipotesi di tre situazioni diverse, ove cioè la persona da cui si pretende l'esibizione delle tavole

- 1) dica di averle e di esser disposto ad esibirle;
- 2) dica che non le ha;
- 3) dica che le ha, ma non ha l'obbligo di esibirle.

Di queste tre ipotesi solo la prima configura il caso di *confessio in iure*, poiché nella terza, pur ammettendosi di avere le tavole, si nega qualcosa, si nega cioè l'obbligo di doverle esibire. Tanto nel secondo caso che nel terzo sembra ovvio perciò che sia necessario ricorrere all'interdetto. Resta solo da esaminare il primo caso. In questo non c'è bisogno d'interdetto ed il pretore si limiterà ad un invito ad esibire, anche se sempre attraverso uno *iussus*. Analizziamo infatti i due passi dal cui confronto abbiamo preso le mosse. In D. 43.5.1.1 sono previste tre ipotesi corrispondenti a quelle da noi prospettate: il caso in cui il possibile destinatario dell'ordine pretorio (diciamo così genericamente) '*confiteatur penes se esse testamentum*', il caso invece in cui egli '*neget se exhibere posse*', il caso infine in cui '*neget se exhibere oportere*', ammettendo implicitamente di averlo. Solo nel primo caso si farà ricorso allo *iussus*, negli altri all'interdetto. Vediamo ora D. 29.3.2.8. In esso sono previste due sole ipotesi. La seconda in cui il destinatario '*neget penes se tabulas esse*' e questa corrisponde alla seconda esaminata di sopra e la soluzione è identica: si farà uso dell'interdetto (le due letture possono andar bene entrambe: '*rem mitti*' o '*rem remitti*'). La prima però, in cui pur '*non negans apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi*', non corrisponde affatto, come si potrebbe a prima vista supporre, alla prima del passo precedente, bensì all'ultima; non è un caso di *confessio*, ma di opposizione palese, come quando si neghi '*se exhibere oportere*'. Ma se così è non vi possono essere più dubbi sulla interpolazione del passo, tanto più che entrambi i frammenti sono escerpiti dalla stessa opera di Ulpiano e dobbiamo logicamente ritenere che egli non dicesse in essi cose fra di loro contrastanti. I compilatori hanno interpolato il brano con una finalità pratica precisa. Quando l'impetrato ammetta qualcosa (nel caso, di possedere le tavole), ma ponga delle riserve, invece di accertare la loro fondatezza, si potrà subito, in modo più spiccio, ordinare di consegnarle, e solo nella ipotesi in cui neghi addirittura di averle sarà necessario accertare prima se ciò sia o no corrispondente alla realtà.

Concludendo, vi sono accanto agli interdetti degli ordini incondizionati, che possono avere lo stesso contenuto di quelli, ma la loro differenza consiste in ciò che gli ordini (*iussa*) intervengono quando non v'è controversia da risolvere, gli interdetti quando invece una controversia vi è.

### III. Obbligatorietà dell'interdetto

#### 6. Prendiamo ora in esame

Gai., *inst.* 4.141: Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur. et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur.

A questo passo hanno fatto appello tutti coloro (Huschke, Keller, Lenel, etc.) i quali hanno sostenuto che l'interdetto non fosse un comando concreto, eseguibile, ma un precetto formale e cioè un

espediente introduttivo del processo ordinario *per formulas*. Se però il passo gaiano stesse veramente a documentare che nulla si conclude con la pronuncia dell'interdetto e che è necessario addivenire alla instaurazione di un processo formulare *ex interdicto*, saremmo indotti a dubitare (con Solazzi) della autenticità del manoscritto veronese. Gaio sarebbe infatti in contraddizione con se stesso dal momento che nel § 139 ci parla, come sappiamo, dell'interdetto come di un atto rivolto a risolvere una controversia. Dovremmo poi domandarci perché mai i classici avessero sentito il bisogno di ricorrere a questo mezzo, anziché più semplicemente alle azioni *in factum*, e l'interdetto fosse davvero un semplice espediente processuale. Ma se noi invece cerchiamo di interpretare puntualmente questo passo, ci accorgiamo che Gaio non dice affatto ciò che gli si vorrebbe far dire. Ecco l'esatto valore delle sue parole: «Quando tuttavia il pretore abbia ordinato di fare qualcosa o abbia proibito di farlo, non immediatamente l'affare è concluso, ma si va dal giudice o dai recuperatori e ivi, previa emanazione di una formula (il giro di frase *'ibi editis formulis'* è certo poco felice, ma nessuno, credo, vorrà fraintenderlo pensando che la *editio* si faccia davanti al giudice!) e previa *litis contestatio* su di essa, si accerta in contraddittorio se sia stato fatto alcunché contro l'editto del pretore ...». Fermiamoci per il momento a questo punto. «Editto» potrebbe infatti essere quello dell'albo pretorio, intendendo l'espressione in senso generico. Ma il termine non ha solo questo significato. Esso ha anzi una accezione *anceps*, come *'formula'* (che può indicare sia lo schema editale che il *'iudicium'*), e potrebbe quindi voler dire anche lo schema della clausola editale dell'interdetto adattato al caso concreto. Una eloquente dimostrazione di ciò possiamo trarla dal confronto di un passo del *pro Caecina* di Cicerone (29.82), dove si legge:

Restituere te dixi: nego me ex decreto praetoris restitutum esse,

con un altro di Quintiliano (*inst. or.* 9.3.22), dove, riferendosi proprio le parole di Cicerone, esse divengono:

Restituisse te dixi: nego me ex *edicto* praetoris restitutum esse.

Non vi è dubbio pertanto che proprio in questo senso sia da intendere l'espressione usata da Gaio nel § 141.

Riprendiamo ora l'interpretazione di questo al punto in cui l'abbiamo lasciata, in parte correggendola dopo quanto abbiamo detto: «... se sia stato fatto alcunché contro l'interdetto del pretore, ovvero se non sia stato fatto ciò che egli abbia ordinato di fare». Specialmente del secondo termine dell'alternativa (se non servisse quanto abbiamo detto a proposito di *'edictum'*) appare chiaramente l'allusione alla trasgressione dell'interdetto emanato da parte del suo destinatario. Ma se così è, si può mai far leva su questo passo per dire che una volta pronunciato l'interdetto non siamo giunti a nulla? La risposta negativa ci sembra s'imponga. Si noti bene, non si dice affatto che è necessario ricorrere alla procedura formulare in ogni caso, ma solo quando l'interdetto sia stato trasgredito! Se volessimo definire questa situazione in termini moderni, lo potremmo fare dicendo: «vediamo cosa avvenga quando la controversia non sia esaurita, con l'ottemperanza all'ordine, etc.».

Accanto a questo procedimento fondato, come abbiamo detto, sulla trasgressione dell'ordine da parte del destinatario, si prevede però un'altra possibilità – anche se, come vedremo fra poco, limitata al caso degli interdetti positivi – quella dell'opposizione da parte del destinatario, opposizione che a sua volta aprirà la via ad un procedimento formulare. Volendo anche minimamente sofisticare, possiamo riconoscere che v'è una certa non concordanza fra la prima e la seconda parte del § 141. Dopo averci infatti detto che si può andare di fronte al giudice o ai recuperatori per accertare se vi sia stata o meno ottemperanza all'ordine del magistrato (procedimento che, come egli stesso lo definisce, dicesi *'per sponsionem'*), Gaio continua alquanto impropriamente: «ed ora si agisce con pena, ora senza pena, con pena come quando si agisce *per sponsionem*, senza pena come quando si chiede un arbitro», precisando poi che «si agisce invero sempre *per sponsionem* sulla base di interdetti proibitorii, mentre per gli interdetti restitutorii o esibitorii si suole agire ora *per sponsionem* ora con la

formula detta appunto arbitraria». Ad una lettura superficiale può sembrare infatti che questi siano due modi diretti entrambi ad accertare ‘*an aliquid adversus praetoris edictum factum sit vel an factum non sit quod is fieri iusserit*’, quando invece questo è l’oggetto solo del giudizio *per sponsionem* e non di quello per opposizione (per formula arbitraria), come a suo tempo meglio accerteremo.

E’ questo quindi senz’altro un sillogismo, dovuto forse al desiderio di completezza di Gaio e al fatto che egli a questo punto si propone propriamente di parlare delle azioni e gli interdetti che gli interessano, solo in quanto da essi può derivare un giudizio *per formulas*. In ogni caso non crediamo però che ciò ci autorizzi a lanciare anatemi ed a parlare di glossema.

7. La concreta obbligatorietà dell’interdetto si giustifica poi in base a due considerazioni, la prima che esso è un atto fondato sull’*imperium* del magistrato, la seconda che l’interdetto si risolve in una forma di coazione indiretta.

Il suo fondamento sull’*imperium* è suffragato dallo stesso codificatore dell’editto perpetuo in

D. 43.8.7 (Iul. 48 *dig.*): Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioqui inane et lusorium praetoris imperium erit.

L’attività anti giuridica di colui che abbia edificato contro l’ordine del pretore è considerata infatti una menomazione dell’*imperium* magistratuale (che qui ‘*edictum*’ voglia dire «interdetto» è certo poiché la costruzione sul suolo pubblico è considerata anti giuridica e si può giungere alla demolizione dell’edificio solo quando essa venga fatta dopo una *prohibitio*, cioè dopo che sia stato emanato un interdetto proibitorio). Ma se l’*imperium* è reso *inane* e *lusorium* dalla violazione dell’interdetto, non si può non ritenere che l’interdetto sia vincolante, cioè eseguibile, poiché altrimenti una frase come quella di Giuliano non avrebbe senso. Una conseguenza del fatto che gli interdetti siano ordini fondati sull’*imperium* è poi quella che essi non possono venir emanati dai magistrati municipali. Ciò risulta da:

D. 50.1.26.pr. (Paul. 1 *ad ed.*): Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest

Quando la *iurisdictio* è delegata come accade per i magistrati municipali, è da intendersi infatti che sia *iurisdictio* in senso stretto e non in senso lato e, come avremo modo di vedere meglio anche per questo punto in seguito, gli interdetti non vi rientrano.

Quanto poi all’influenza concreta che l’interdetto può esercitare sul destinatario – inducendolo a tenere quel comportamento positivo o negativo che il precetto medesimo impone, ove ricorrano i requisiti previsti per la condizionale efficacia del comando – basterà leggere alcuni testi.

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 ...

L’interdetto ‘*de vi*’ è un mezzo, si dice, con il quale ‘*cogitur*’, cioè si costringe l’autore dello spoglio, a reintegrare il *deiectus* nel possesso.

D. 43.12.1.12 (Ulp. 68 *ad ed.*): Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, *coercet* praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat ...

Qui troviamo un esplicito riferimento alla *coercitio* derivante dall’interdetto e cioè all’efficacia coattiva che l’interdetto ‘*ne quid in flumine publico fiat*’ può avere, in relazione a certe situazioni, in quanto attraverso questo l’*imperium* del magistrato viene a sanzionare certi comportamenti dei privati.

D. 42.8.6.8 (Ulp. 66 *ad ed.*): Hoc edictum eum *coercet*, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat ...

Si tratta dell'interdetto '*fraudatorium*' – per cui è necessario il requisito della *scientia*, da parte del destinatario, della frode perpetrata ai danni del creditore – ed anche qui si parla di '*coercere*'.

D. 43.16.9.1 (Paul. 17 *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 costituere.

Paolo discute l'applicabilità dell'interdetto '*si quis uti frui prohibitus esse dicetur*' a carattere recuperatorio, ed afferma che in forza di questo il destinatario '*cogendus erit restituere*'.

Come appare da questa breve rassegna di passi, in cui si scolpisce lapidariamente la forza coattiva dell'interdetto, '*cogere*' non equivale a '*coercere*', anche se i due concetti si integrano a vicenda. Il concetto complessivo che ne risulta potrebbe essere quello che l'interdetto ha per fine di sanzionare un determinato comportamento, attraverso la coazione indiretta. Il provvedimento del magistrato può infatti essere considerato sotto un duplice profilo: come fine, cioè, e come mezzo. '*Coercere aliquid*' è il fine che si identifica con la causa stessa della protezione accordata a questa od a quella situazione in astratto, '*cogere aliquem*', nel senso di coazione specifica, è lo scopo immediato della pronuncia interdittale in concreto.

Come si può, dopo tutto quanto abbiamo detto, continuare a sostenere che l'interdetto non ha una propria efficacia obbligatoria? L'energia coattiva dell'interdetto non è certo inferiore a quella spiegata dall'azione, anzi, come abbiamo già più volte messo in luce, l'interdetto è un decreto immediatamente eseguibile (si ricordi il '*principaliter*'), mentre la formula, *iudicium*, è un decreto destinato per sua natura a dar luogo ad un processo, e valevole come ordine per il giudice, solo dopo la *litis contestatio* effettuata dalle parti.

## ***Parte seconda: Il processo interdittale***

### ***IV. Considerazioni generali***

8. Parlare di procedimento interdittale è conforme alle nostre premesse. Se infatti l'interdetto è un decreto del magistrato, che serve a porre fine ad una controversia, non può non essere l'atto conclusivo di un processo, di una serie cioè organica di atti che sbocca in un provvedimento definitivo. La *communis opinio* non è mai stata però orientata in questo senso ed anzi, polarizzando la sua attenzione sul processo *ex interdico* – che può, come abbiamo accennato, seguire o meno all'interdetto stesso – ha negato recisamente l'esistenza di un procedimento interdittale autonomo. Anche quegli scrittori disposti già in passato a non considerare l'interdetto come un puro espediente processuale, pur riconoscendo che esso è un ordine suscettibile di osservanza, non hanno tuttavia mai ammesso che si potesse parlare di processo per la fase che ne precede l'emanazione.

Ora noi non abbiamo invece mai dubitato della autonomia di questa forma di procedura, ed anche se non giungeremo forse alle precise medesime conclusioni di quando scrivemmo il nostro libro del 1938 (dove parlammo appunto di forma straordinaria di procedura), ci sentiamo disposti a sostenere ancora ed a dimostrare la fondatezza di questa affermazione. Se si possa tuttavia parlare di rapporto processuale, anche se storicamente ed esegeticamente può dimostrarsi l'autonomia del procedimento interdittale, è questione sulla quale torneremo in seguito. Intanto si può preliminarmente osservare che l'autonomia di questa forma di processo non risulta soltanto dall'esame analiti-

co, ma emerge già da una serie di considerazioni generali che sarà opportuno premettere.

9. La dottrina è concorde nel ritenere che l'emanazione di un interdetto potesse aver luogo in qualsiasi momento, cioè che non fosse affatto vincolata né ai *'dies fasti'* né al *'rerum actus'*. Già infatti nei primi secoli della repubblica il pretore non poteva dare corso ad una *legis actio* nei *dies nefasti* (*'quibus fari non potest'*). Successivamente, con la sostituzione alle *legis actiones* della procedura formulare legittima, il divieto di compiere atti di *iurisdictio* s'intese riferito appunto a questa procedura. D'altronde venne presto a stabilirsi una specie di calendario delle udienze del magistrato, un *'rerum actus'*, che ammetteva nei giorni non compresi in esso solo i provvedimenti fondati sullo *imperium*, fra i quali appunto l'interdetto. Ma se la dottrina è concorde su questo punto, ciò non costituisce forse un prezioso suffragio alla tesi dell'autonomia del procedimento interdittale? Se esso infatti rientrasse nell'orbita della procedura formulare, non si comprende perché mai non dovrebbe seguire le sorti di un qualsiasi altro procedimento ordinario. D'altronde che il procedimento interdittale fosse del tutto svincolato dal *'rerum actus'* non solo si desume dai principii («interdetto» = «atto d'impero»), ma altresì da qualche esplicito accenno testuale:

D. 11.7.9 (Gai. 19 *ad ed. prov.*): Liberum est ei qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vim fieri, aut alio inferre et postea in factum agere ...

La possibilità di chiedere immediatamente l'emanazione dell'interdetto non solo risulta dalla contrapposizione netta fra *'statim'* e *'postea'*, ma dalla natura stessa della controversia. E' infatti evidente che, anche per ragioni d'igiene, la tumulazione di un cadavere deve farsi in breve tempo e non può essere convenientemente differita ad un momento qualsiasi. Come potrebbe allora un intervento del magistrato (con l'interdetto *'de mortuo inferendo'*) essere vincolato all'osservanza del *'rerum actus'*?

Per gli stessi motivi pertanto ci sembra da rigettare la congettura del Gandolfi, secondo il quale, ai procedimenti interdittali sarebbero stati destinati giorni speciali. Sarebbe inutile infatti aver svincolato la procedura interdittale dall'osservanza del *'rerum actus'* e poi stabilire dei giorni determinati per il compimento di questa. Esaminiamo il testo su cui il Gandolfi pensa di potersi fondare:

Cic., *Caec.* 13.36: Qui *dies totos* aut vim fieri vetat aut restitui facta iubet, qui de fossis de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicat ...

Egli fa leva sulla espressione *'dies totos'* che interpreta nel senso di giorni «fissi». Ma Cicerone dice ben altro. Alludendo alla grande diffusione della tutela interdittale esclama appunto: «come potrà il pretore esitare ad intervenire, egli che non fa che passare giornate *intere* ad emanare interdetti?».

Ora ci sembra per certo che da una frase del genere non può desumersi che vi fossero giorni fissi per la procedura interdittale.

Un altro argomento di carattere generale a sostegno dell'autonomia di questa procedura si ricava poi dal fatto che tutte le volte che si presenta, nel corso di un processo formale, l'opportunità di risolvere una questione per mezzo di un interdetto, il processo ordinario viene sospeso e si fa rinvio a quello interdittale. Leggiamo

D. 43.17.1.3 (Ulp. 69 *ad ed.*): Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. si convenit, absolutum est: ille possessoris comodo quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur uter possideat quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc si res soli sit in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

Se non si può accertare, o meglio non si è d'accordo nello stabilire chi sia il possessore del fondo intorno al quale si vuole instaurare la controversia, poiché questo è un elemento necessario per determinare chi sia da considerarsi attore e chi convenuto, si sospenderà il processo, disponendo il

rinvio ad altra udienza per l'applicazione dell'interdetto *'uti possidetis'*. Qualora non vi fosse differenza fra i due procedimenti non vi sarebbe invece certo bisogno di sospensione di sorta e di conseguente *'remissio'* (*'ad hoc interdictum remittetur'*).

Analogo è il caso in cui il possessore assuma un atteggiamento ostruzionistico, rifiutandosi di collaborare alla *litis contestatio*. Il pretore potrà ricorrere, come mezzo indiretto per risolvere la controversia, qualora oggetto di questa sia una cosa immobile, all'interdetto *'quem fundum'*, ma per far ciò dovrà ovviamente interrompere la procedura e disporre con rinvio. Lo stesso si verifica poi quando, in un procedimento ereditario, sorga la necessità di prendere visione delle tavole, come c'è documentato da un passo già a noi noto (anche se il discorso può non sembrare troppo chiaro), e si faccia ricorso all'interdetto *'de tabulis exhibendis'* (D. 29.3.2.8: *'rem mitti'* o *'rem remitti'*; si veda *supra*, p. 13 s).

Una situazione inversa a quelle sin qui prospettate c'è offerta invece da Ulpiano in

D. 43.29.3.7 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Plane si dubitat utrum liber an servus sit vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto et agenda causa libertatis.*

Se durante il procedimento interdittale per l'emanazione dell'interdetto *'de homine libero exhibendo'* sorga cioè una questione di stato, dovrà essere sospeso questo procedimento per farsi luogo alla *'causa libertatis'*.

Quanto abbiamo detto acquista maggior risalto se si consideri come tutto ciò non avvenga quando, nel corso di un procedimento ordinario, si presenti l'opportunità di applicare un'azione diversa. Nella stessa udienza infatti l'attore potrà mutare la domanda ed il pretore accordare la nuova azione. Ciò si apprende da una costituzione di Severo e Caracalla, contenuta in

C.I. 2.1.3 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Valenti*, a. 202): *Edita actio speciem futurae litis demonstrat quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas.*

Sarà opportuno rilevare come la *'edita actio'*, di cui si parla, indichi la notificazione preliminare e non l'*'edictio actionis'* in senso tecnico. Per il rimanente l'interpretazione è chiara: «è lecito che si addivenga ad una emendazione o mutazione dell'azione notificata preliminarmente, in aderenza alle disposizioni dell'editto o sulla base dell'equo giudizio del pretore». La documentazione non potrebbe essere più probante.

Richiamiamoci però anche ad un passo dei gromatici, i quali, anche se più tecnici che giuristi, possono in questa materia offrirci un'utile testimonianza.

Agenn. Urb. (*contr. agr.*: Lachmann, p. 74, ll. 29 ss.): *De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet dum cetera ex interdicto diligenter peragantur: magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima. si vero possessio minus firma est, mutata formula iure Quiritium peti debet proprietatis loci.*

La questione discussa è proprio di quelle su cui è più adatto il tecnico che il giurista a giudicare la convenienza di uno o di un altro procedimento. Se ad un certo punto, dice Agennio Urbico (commentatore di Frontino), stando per iniziare il processo formulare *ex interdicto possessorio*, l'attore s'accorga di non avere molte possibilità di riuscire a dimostrare il suo possesso, sarà più conveniente per lui recedere dalla via intrapresa e con una semplice mutazione dello schema processuale (*'mutata formula'*) agire con azione reale.

## V. Come s'inizia il procedimento

10. Il procedimento interdittale s'inizia con una *postulatio* :

D. 43.7.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium*

pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet *postulante* de his interdicatur.

Cic., *pro Tull.* 23.53: ... si odie *postulem*, quod vi aut clam factum sit ...

Cic., *ep. ad fam.* 15.16.3: ... *postulabimusque*, ex qua οἰπίσει vi hominibus armatis deiectus sis, in eam restituare.

Da tutti questi passi appare chiaramente l'esattezza di quanto abbiamo affermato, senza bisogno di speciale commento. Basterà semmai dire, per quanto si riferisce alla testimonianza epistolare di Cicerone, che in essa egli parla scherzosamente di una '*postulatio interdicti*' (rivolgendosi all'amico che non risponde alle sue lettere, lo assicura che, se per caso lo disturbasse troppo sottraendolo alle sue meditazioni, potrebbe fargli ottenere un interdetto restitutorio), ma che non per questo è per noi meno importante.

E' lecito invece domandarci, dal momento che accanto alla *postulatio interdicti* noi conosciamo la *postulatio actionis*, se, sotto questo profilo, vi sia o meno differenza fra il processo ordinario e quello interdittale, tanto più che in D. 3.3.35.2 si parla cumulativamente delle due forme di *postulatio* :

D. 3.3.35.2 (Ulp. 9 *ad ed.*): Non solum autem si *actio postuletur* a procuratore, sed et si praeiudicium vel *interdictum* vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caveri: debebit absentem defendere ...

Già a prima vista ci sembra però di poter affermare che fra le due forme di *postulatio* esiste una notevole differenza, considerando che chi postula un interdetto esercita senz'altro un mezzo processuale di difesa, mentre chi postula l'azione tende ad ottenere l'autorizzazione ad esperire un mezzo di difesa. D'altronde se la *postulatio actionis* presuppone normalmente la *in ius vocatio* o il *vadimonium* stragiudiziale (entrambi atti privati), può dirsi lo stesso per la *postulatio interdicti*? Prestando fede alla dottrina dominante dovremmo rispondere di sì, ma noi non siamo affatto di questo parere.

Rileviamo anzitutto come fra i molti sinonimi che nel linguaggio tecnico ha l'espressione '*postulare interdictum*' (fra cui '*agere interdicto*' – che non deve far meraviglia, poiché '*agere*' non vuol dire necessariamente «esperire un'azione» – '*interdicto experiri*', '*interdicto conveniri*' – D. 39.3.4.3 –, etc.) vi sia la locuzione '*interdicere*' (se il soggetto sia il pretore allora essa vuol dire «emanare l'interdetto», ma questo non ci interessa). Confrontiamo poi un passo di Frontino (*contr. agr.* II: Lachmann, p. 36, ll. 14 s.):

Videbimus tamen an interdicere quis possit de eiusmodi possessione,

con un altro del suo commentatore Agennio Urbico (*contr. agr.*: Lachmann, p. 63, ll. 13 s.), che, si può dire, in questo punto lo ripete quasi fedelmente:

Videbimus tamen an interdicere possit, *hoc est ad interdictum provocare*, de eiusmodi possessione.

Mentre dal secondo passo si ricava una equiparazione molto interessante fra '*interdicere*' e '*ad interdictum provocare*', il confronto ci consente di prevenire ogni eventuale obiezione circa la tecnicità dell'espressione introdotta da Agennio Urbico, poiché si deve credere che per fare quel chiarimento, che altrimenti non avrebbe senso, egli si sia dovuto ispirare al linguaggio del foro. Ora è proprio questa espressione a denunciare chiaramente la differenza fra processo ordinario e interdittale, tanto è vero che i compilatori l'hanno fatta sparire dalle fonti. Infatti '*provocare*' nel linguaggio corrente allude a procedimenti pubblicistici, che vengono affidati al magistrato o al funzionario imperiale, perché essi stessi direttamente li decidano, e, come il suo sinonimo '*evocare*', indica un modo di citazione in giudizio in cui c'è ingerenza da parte dello stato ('*evocatio denuntiationibus, litteris, edictis*'). Né sono di ostacolo quei passi della compilazione, in cui '*provocare*' è usato in riferimento al processo privato, poiché lì esso è interpolato, e non a torto, dal momento che tutti i processi si iniziano con le stesse forme. La conclusione cui dobbiamo giungere è pertanto che anche la citazione del procedimento interdittale si facesse con l'intervento del magistrato, a differenza di quanto avveniva per i modi privatistici d'introduzione dei procedimenti formulari. A suffragio di questa tesi, esaminiamo

un passo richiamato da Gandolfi.

D. 43.14.1.8 (Ulp. 68 *ad ed.*): Si quis velit interdictum tale movere, ut locus deprimatur pecoris appellendi gratia, non debet audiri: et ita Mela scribit.

La fattispecie è la seguente. Un tale si è messo a scavare in prossimità del fiume in modo da poter più agevolmente condurre il bestiame ad abbeverarsi. Mentre così sta lavorando, qualcuno cerca d'impedirglielo. Pensa allora di rivolgersi al pretore e di chiedere l'interdetto '*ut in flumine publico navigare liceat*', la cui formula (riportata nel principio del frammento) può infatti sembrare adattabile, nella sua seconda parte ('*quo minus per ripam eius onerare exonerare liceat*'), ad una situazione come questa, trattandosi di opera sulla riva. Sul punto di diritto viene però richiesto il parere di un giureconsulto (Fabio Mela), e questi risponde invece che non è lecito invocare l'interdetto per un caso del genere, e che colui che ne ha fatto richiesta non deve neppure essere ascoltato. Interessantissimo è il linguaggio (probabilmente dello stesso Mela), specie nelle espressioni '*movere*' e '*debet audiri*'.

Nella prima di esse, molto affine a quella documentataci dai gromatici ('*provocare*'), si ha infatti la testimonianza di un altro modo di indicare la fase introduttiva del procedimento interdittale. La seconda ci fa comprendere poi, in modo non equivocabile, che il procedimento stesso s'inizia con un ricorso al pretore e non con una *in ius vocatio*, cui si ricorre solo dopo che il magistrato abbia concesso udienza all'impetrante.

In quale forma avvenisse questa citazione non siamo in grado di specificare. Ci basta poter affermare che la *postulatio*, atto introduttivo del procedimento, non presuppone un *vadimonium*, e che solo dopo l'accoglimento della *postulatio* vien fatta la citazione. Anziché ad una forma del tutto ufficiale, preferiamo in ogni modo pensare ad una forma semiufficiale, ad una citazione cioè con semplice intervento del magistrato, che avrà benissimo potuto consistere in un'autorizzazione alla notifica di copia del ricorso, trattandosi di ricorso scritto, o nell'eventuale concessione di valersi di un *apparitor*, nel caso di ricorso in forma orale.

11. La riprova decisiva di quanto abbiamo sostenuto sin qui c'è offerta da un importantissimo testo, anche se breve, e cioè da

D. 43.29.3.14 (Ulp. 71 *ad ed.*): Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit, sed si non defendatur, in bona eius eundum ait.

Anche questa decisione contenuta nel commento ulpiano risale a Labeone. In questo testo si prevedono due fattispecie distinte:

1) che l'impetrato sia assente *in iure* (contumace), nel qual caso potrà egualmente impetrarsi l'interdetto;

2) che, una volta emanato l'interdetto, venga nuovamente chiamata *in ius*, coi mezzi ordinari, la controparte, per la instaurazione del processo *ex interdicto*, e questa non si presenti, nel qual caso si dovrà concedere la *missio in bona*.

Non vi ha infatti dubbio che '*rogare*' significhi chiedere, domandare l'interdetto, allo stesso modo di '*postulare*', di cui è fino ad un certo punto sinonimo («VIR.»: '*rogare interdictum*' = '*petere interdictum*'; Heumann, nell'*Handlexicon*, usa per tradurre '*rogare*' l'espressione «beantragen»). Se però l'interdetto può essere chiesto contro il contumace, non vi sono difficoltà ad ammettere che esso possa anche essere pronunciato contro di lui. Non sarà male ricordare che se la lezione corretta è appunto '*rogandum*' («Florentina»), i manoscritti della «Vulgata» ci danno peraltro la lezione '*irrogandum*', che chiaramente allude al dovere d'ufficio di concedere quel provvedimento. Del resto la lezione '*rogandum*' non cambia gran che le cose. Basti pensare alle *leges rogatae*, parlando delle quali si presuppone ovviamente che siano anche state votate e non solo proposte ai comizi. Quanto alla seconda parte del testo poi, a parte la formale cesura espressa con '*sed*', in esso si allude chiaramente alla *litis contestatio* con l'espressione tecnica '*defendere*' (= '*accipere iudicium*'), e la *litis contestatio* è del tut-

to estranea al procedimento interdittale.

Ma come potrà concepirsi la possibilità di una pronuncia contumaciale dell'interdetto, se non ammettendo l'obbligo per l'impetrato di comparire *in ius*?

La pronuncia in contumacia, come avviene nella procedura *extra ordinem* (nel processo ordinario, imperniato tutto sulla *litis contestatio*, non può concepirsi procedimento in contumacia), rappresenta infatti una sanzione per la mancata comparizione, ma ciò può ammettersi solo quando la citazione di parte sia per lo meno autorizzata dal magistrato (contumacia viene infatti da *'contemnere'*).

Resta solo da chiarire un punto e cioè da eliminare il dubbio che può sorgere dal fatto che qui si parla di impetrabilità dell'interdetto, in contumacia del destinatario, con riferimento al solo interdetto *'de homine libero exhibendo'*. Crediamo però che si possa agevolmente dimostrare che la nozione qui esposta è riferibile a qualsiasi altro interdetto. A parte la considerazione generica che potrebbe farsi sulla mancanza di *litis contestatio* per ogni procedimento interdittale, e sulla impossibilità d'altronde di giustificare una norma di diritto singolare a questo proposito, noi dovremo esaminare la testimonianza offertaci dal § 14 di D. 43.29.3 nel complesso del frammento.

§ 12: Si tamen plures sunt qui experiri volent, eligendus est a praetore ad quem maxime res pertinet vel is qui idoneior est: et est optimum ex coniunctione, ex fide, ex dignitate actorem hoc interdicto eligendum.

Dal punto di vista critico si potrebbe osservare che la casistica offertaci non è certo genuina, in quanto il riferimento alla *'dignitas'* ci riporta alle distinzioni sociali caratteristiche del Basso Impero. Tuttavia il testo ci permette egualmente di accertare che, potendo questo interdetto (popolare) essere chiesto da più persone, il magistrato deve scegliere a suo prudente arbitrio quella più adatta ad agire.

§ 13: Si tamen posteaquam hoc interdicto actum est alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum. nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est quam si praevagationis fuerit damnatus prior accusator. si tamen reus condemnatus malit aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdictum experiri vel eidem sine exceptione vel alii.

Anche su questo testo sono stati avanzati certi sospetti di non genuinità. Decisivi al riguardo gli studi di Scialoja e di Betti. Il torto del Betti è però quello di non essersi reso conto che il testo prevede distintamente due ipotesi:

- 1) quella in cui voglia iniziarsi una seconda volta il procedimento per l'interdetto *'de homine libero exhibendo'*, dopo che già una prima volta questo sia stato emanato;
- 2) quella invece in cui si chieda la rinnovazione del procedimento dopo che vi sia già stato il processo *ex interdicto*.

A parte questo, però, gran parte delle conclusioni del Betti sono accettabilissime e possiamo farne tesoro. Il giurista dunque, configurando la questione che al procedimento interdittale *'de homine libero exhibendo'* possa volersi far ricorso più d'una volta, considera anzitutto il caso in cui esso sia stato emanato e che esso non abbia avuto seguito (né opposizione, né ottemperanza, né processo *'ex interdicto'*). Quanto all'inciso *'itaque ... movendum'*, esso ha tutta l'aria di un'intrusione che spezza la continuità dell'ordine logico. Se esso sia però un glossema (Betti) o un'interpolazione, vedremo meglio in seguito. Nella ipotesi particolare che a chiedere di nuovo l'interdetto sia una persona diversa da quella che lo ha ottenuto per la prima volta, il procedimento non potrà rinnovarsi, dice Ulpiano, senza una particolare ragione (*'non facile dandum'*). Entra evidentemente in gioco un principio analogo a quello del *'ne bis in idem'* che vige in materia di processo formulare. Qui si fa però richiamo piuttosto ai giudizi criminali dove pure *'non permittitur amplius agi quam semel actum est'*, pur con qualche eccezione, come accade appunto per il caso di prevaricazione. Nel caso in esame però non c'è bisogno di prevaricazione. E' sufficiente un atteggiamento di mala fede, basta che *'de perfidia prioris potuerit aliquid dici'* perché si possa rinnovare il procedimento. Nella seconda ipotesi si è avuto invece, come dicevamo, il procedimento *ex causa interdicti*, conclusosi con la condanna del destinatario,

il quale però piuttosto che *exhibere* ha preferito pagare la *litis aestimatio*.

E' sorta in tal modo una situazione illegale (poiché non è certamente ammissibile che, pagando la *litis aestimatio*, si acquisti il diritto di tenere presso di sé un uomo libero) ed a chiunque sarà lecito cercare di rimuoverla. Il giurista ritiene non contrario all'*aequitas* concedere la rinnovazione del procedimento, tanto nel caso che a richiederla sia il medesimo promotore, che un terzo. Per il primo caso sarà sufficiente la concessione di una nuova formula *ex interdicto*, per il secondo sarà necessario anzitutto la emanazione di un nuovo interdetto. Ma l'atteggiamento di colui che detiene l'uomo libero, sia che egli non abbia ubbidito all'ordine, sia che abbia preferito subire la *litis aestimatio*, una volta condannato nel processo *ex interdicto*, potrà essere quello di non presentarsi una seconda volta *in ius* per la reiterazione dell'interdetto. Potrà allora l'interdetto essere pronunciato in contumacia? Questa è la questione che può sorgere, e quello che segue (*'hoc interdictum esse rogandum'*) ne è la risposta, almeno secondo Labeone, il quale appunto ritiene che l'interdetto possa benissimo essere emanato in contumacia, anche quando sia stato già pronunciato una prima volta.

Se questa è l'interpretazione che deve darsi ai paragrafi esaminati, non vi sono allora difficoltà ad ammettere che la norma esposta in questo § 14 sia di carattere generale, poiché essa è qui richiamata non astrattamente in riferimento ad un singolo interdetto, bensì al caso molto particolare di emanazione di esso per la seconda volta, e se anche in questo caso può aversi pronuncia in contumacia, ciò significa appunto che in quelli consueti essa costituisce la normalità. Ciò spiega anche il silenzio delle fonti su questo punto, che ha tutta l'aria di essere stato incontrovertito.

## VI. La rappresentanza processuale

12. Si ritiene in dottrina che anche per la procedura interdittale fosse ammissibile la rappresentanza processuale, con funzioni ed effetti analoghi a quella del processo ordinario. Ora è certo che di *'procurator'* si parla più volte nelle fonti, ma, prima di passarle in rassegna, non sarà male richiamare le nozioni istituzionali in tema di rappresentanza processuale. Sappiamo infatti che tanto il *cognitor* che il *procurator* assumevano la funzione di parte ed erano essi a contestare la lite, mentre il loro nome veniva inserito nella formula, ed a loro favore e a loro carico era pronunciata la sentenza. Vi era quindi una vera e propria sostituzione di persona.

Che questi medesimi effetti si producessero in materia interdittale sembra, anche a prima vista, difficile ad ammettersi. Anzitutto manca la *litis contestatio*; in certi interdetti non è neppure citato il nome dell'impetrante; è addirittura inconcepibile poi che l'ordine possa essere rivolto ad una persona diversa da quella che ha tenuto il comportamento, o si trova nella situazione, per cui è stato creato l'interdetto, dal momento che le norme sulla legittimazione passiva appaiono molto precise nello stabilire contro chi esso debba essere diretto. A cosa vogliono alludere allora le fonti in cui si parla di funzioni procuratorie nel processo interdittale? Non dimentichiamo che di *'procurator'*, oltre che in senso specifico, si può parlare e si parla in senso lato, meno rigoroso, ad indicare il postulante *'pro alio'*. Il concetto molto vasto di *'postulare'* c'è offerto con queste parole da Ulpiano in

D. 3.1.1.2 (Ulp. 6 *ad ed.*): Postulare autem est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum qui iurisdictioni praest exponere vel alterius desiderio contradicere.

In una tale definizione potrà farsi rientrare certamente sia la richiesta dell'interdetto a favore di un'altra persona (proposizione dell'istanza introduttiva, svolgimento delle argomentazioni a favore di colui che dovrebbe essere il vero impetrante), sia la difesa dell'impetrato con controdeduzioni, richiesta di *exceptiones*, etc. In ogni caso è evidente che il provvedimento non contemplerà mai direttamente il *procurator*, la cui funzione pertanto non è molto lontana da quella di un moderno difensore. A riprova di quanto abbiamo detto esaminiamo

D. 3.3.40.pr. (Ulp. 9 *ad ed.*): Pomponius scribit non omnes actiones per procuratorem posse quem insti-

tuere. denique ut liberi qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare aiti nisi, ut Iulianus ait, causa cognita, id est si et nominatim ei mandatum sit et pater valetudine vel alia iusta causa impediatur.

Come appare dal passo, Giuliano, Pomponio ed Ulpiano sono tutti concordi nell'ammettere che il *procurator pro alio* possa chiedere l'interdetto *'de liberi ducendis'* solo nel caso di un legittimo impedimento dell'interessato. La giustificazione offerta non è sminuita qualora si tolga l'inciso *'id est ... impediatur'*, sospettato dalla critica. Quanto poi alla prima frase dove si parla di *'actiones'*, i dubbi sollevati non hanno buon fondamento. Prima di tutto qui non si fa minimamente equiparazione fra azioni e interdetti e poi può pensarsi che Pomponio parlasse di alcune azioni, per negare la possibilità per esse della rappresentanza, soffermandosi in altro punto sull'interdetto in questione (*'denique'* è molto indicativo), ed Ulpiano abbia invece riunificato le due testimonianze.

Da ciò si possono inoltre trarre interessanti conclusioni per quanto riguarda il regime delle *cautiones*. La *communis opinio* ritiene infatti applicabili anche in questo caso le regole ordinarie. Ma i testi citati servono proprio a dimostrare il contrario.

D. 3.3.45.2 (Paul. 9 *ad ed.*): Si procuratori opus novum nuntiatum sit isque interdicto utatur ne ei vis fiat aedificanti defensoris partes eum sustinere nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum Iulianus ait, et si satisdederit, non animadverto, inquit Iulianus, quo casu stipulatio committatur.

Parlandosi del *'procurator'*, cui sia stata fatta denuncia di nuova opera e che voglia ottenere l'interdetto *'ne vis fiat aedificanti'* (avendo offerto cauzione contro i danni), si dice chiaramente che egli non potrà essere costretto a prestare la *'cautio rem ratam dominum habiturum'* e che se poi la presta, ciò non avrà alcun effetto. Il testo nega insomma che il *procurator* possa essere costretto a prestare la cauzione, come avviene invece nel procedimento formulare. L'Ubbelohde se ne rende conto, ma ritiene che si tratti di un'eccezione ai principii.

D. 39.1.5.20 (Ulp. 50 *ad ed.*): Si procurator autem opus novum mihi nuntiaverit et satis acceperit deinde interdicto adversus eum utar, ne vim mihi faciat, quo minus aedificem, ex interdicto eum oportet iudicatum solvi satisdare, quia partes sustinet defensoris.

Qui si afferma certo che il rappresentante processuale è tenuto a prestare la *cautio*, ma siamo nel processo *ex interdicto*, non nel procedimento interdittale. Le cauzioni relative alla rappresentanza potranno quindi essere richieste soltanto nell'udienza di comparizione, con cui s'inizia il processo formulare *ex causa interdicti*.

Le testimonianze in tema d'interdetti popolari confermano poi quanto abbiamo sostenuto in tema di rappresentanza. Si legge in

D. 43.8.6 (Iul. 43 *dig.*): Ei qui hoc interdicto experitur ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur, quamvis de loco publico interdicat, nihilo minus procuratoris dandi facultas est.

Ma questo non è il regime tipico delle azioni popolari, per le quali la rappresentanza processuale è concessa di regola solo a favore del convenuto:

D. 47.23.5 (Paul. 3 *ad ed.*): Qui populari actione convenietur ad defendendum procuratorem dare potest: is autem qui eam movet, procuratorem dare non potest.

Ciò può evidentemente spiegarsi solo ammettendo che di rappresentanza processuale negli interdetti si parli in senso molto più elastico.

E la questione potrebbe dirsi chiusa, se non si trovasse adombrata un'altra spiegazione in

D. 3.3.42.pr. (Paul. 9 *ad ed.*): Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito eum qui de via publica agit et privato damno ex prohibitione adficitur quasi privatae actionis

dare posse procuratorem.

Questa possibilità però di costituire un procuratore per l'interdetto 'de via publica', posta come eccezione al sistema generale, denuncia l'interpolazione. Inoltre qui si asserirebbe che l'impetrante deve risentire un danno proprio, onde la situazione sarebbe assimilabile alle azioni private. Ma una giustificazione del genere è senz'altro compilatoria, presupponendo la identificazione degli interdetti e delle azioni. Per i classici non c'era bisogno, come abbiamo visto, di una tale giustificazione per poter creare un *procurator*, che ha solo le vesti del *postulator pro alio*. I giustinianeî invece, non volendo escludere la possibilità di creare un procuratore negli interdetti popolari e dovendo offrire un motivo plausibile a questa, che costituirebbe una deroga al sistema delle azioni popolari («interdetto» è ormai eguale ad «azione»), fanno leva sui riflessi privatistici dell'interdetto popolare medesimo. A parte tutto questo e gli indizi formali, come l'espressione 'tamen dictum est merito' (si veda Guarneri Citati), l'interpolazione è resa evidente dalle parole 'ex prohibitione', che si riferiscono ad un'epoca in cui l'interdetto ormai si è cristallizzato in una norma giuridica, generale ed astratta, e non è più un comando concreto che s'ispira alla falsariga dell'editto.

Volendo concludere su questo punto, ci sembra legittimo pertanto affermare l'autonomia del procedimento interdittale anche sotto il profilo della rappresentanza.

### VII. Confessione e giuramento

13. In qualunque processo formulare di accertamento possono verificarsi dei fatti che escludono il processo medesimo o provocano quanto meno una deviazione di esso, quali sono appunto la confessione e il giuramento. Quando infatti il convenuto riconosca le pretese dell'attore, o il processo si arresta, per farsi luogo alla procedura esecutiva se eventualmente il convenuto non tenga un comportamento conseguente alla *confessio*, oppure verrà emanata una nuova e diversa formula, che tenga conto dell'avvenuto riconoscimento delle pretese attoree. Nel caso poi di giuramento, o il processo di accertamento non avrà più luogo, in quanto il pretore denegherà l'azione (giuramento prestato dal convenuto) o, trattandosi di giuramento volontario (stragiudiziale), si concederà una formula diversa sulla base del giuramento stesso (formula con *exceptio* per il caso che a prestarlo sia stato il convenuto; formula 'ex iureiurando' se invece lo abbia prestato l'attore). Dobbiamo ora vedere se questi istituti trovino applicazione e con quali effetti nel processo interdittale.

Cominciamo dalla *confessio* ed esaminiamo subito un passo che sembra deporre per la soluzione affermativa.

D. 42.2.6.2 (Ulp. 5 de omni. trib.): Sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis perinde habebis atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset. et si alia quacumque actione civili vel honoraria vel *interdicto* exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio, dum quis convenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi Marci debere et omne omnino quod quis confessus est pro iudicato habere. dabitur igitur ex his actionibus ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur lis aestimabitur.

Questo testo costituisce una vera croce per gli interpreti. Dalla interpretazione letterale appare chiaramente la norma del diritto giustiniano. Qualunque sia la natura del processo di accertamento (anche *tamquam ex interdicto*), la *confessio in iure* ha lo stesso effetto del giudicato. Il principio 'confessus pro iudicato habetur' non ha quindi eccezioni. Nel caso poi che l'azione esperita implichi per il convenuto l'obbligo di una restituzione, il giudice gli concederà un limite di tempo e, solo nel caso di mancata restituzione nel termine assegnato, si farà luogo a *litis aestimatio*. Le difficoltà cominciano quando noi passiamo alla interpretazione storico-critica. Può il dettato di questo passo corrispondere al diritto classico? Prima di addentrarci in questa questione si potrà segnalare come il frasario del testo sia tale da suscitare veramente i nostri più gravi sospetti (espressioni come 'in omnibus', 'omne omnino' sono caratteristiche del linguaggio compilatorio).

Senza contare poi che questo discorso s'incontra in un'opera di Ulpiano che non riguardava minimamente il processo formulare, quanto da esso si ricava non si accorda affatto con le altre sicure nozioni, che noi possediamo relativamente allo *confessio*. All'inizio del frammento si fa una contrapposizione fra '*confessio certi*' ed '*incerti*':

Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit,

che non è accettabile per il diritto classico, poiché non esisteva una dicotomia, ma una tripartizione fra '*certa pecunia*', '*certa res*' e '*incertum*'. Ora per quanto riguarda la '*confessio certae pecuniae*', non vi ha dubbio che il principio '*confessus pro iudicato habetur*' valesse fin dalle Dodici Tavole:

Tab. III.1-2: Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito ...

Se il convenuto riconosceva il '*dare oportere*' non vi era infatti più necessità di una sentenza del giudice e si poteva far luogo all'esecuzione, concedendo un certo tempo (trenta giorni) per adempiere. La *lex Rubria* ribadì il principio in riferimento al processo formulare. Si poteva subito, in caso di *confessio*, far luogo all'*actio iudicati* ed in mancanza di *defensio* alla *ductio* e alla *missio*. Lo stesso ci testimonia una quantità di scritti della giurisprudenza che non è il caso di passare in rassegna. Avrà potuto però un tale principio essere applicabile anche alle altre due ipotesi, classicamente formulabili, di '*confessio certae rei*' e di '*confessio incerti*'? La risposta negativa evidentemente si impone. Se il convenuto con un'*actio in rem, certae rei* o anche *incerti*, riconosce la pretesa attorea, non si può infatti passare subito all'esecuzione, che non è ammessa in forma specifica, ed è in ogni caso necessaria una *litis aestimatio*. Una valutazione del giudice, non sull'*an* ma sul *quantum* non potrà pertanto evitarsi e ci dovrà essere egualmente una *formula* ed una *litis contestatio* su di quelle.

Quanto poi afferma D. 42.2.6.2 dicendo '*sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis perinde habebis atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset*' è assolutamente inconcepibile! Potrà giustificarsi semmai da un punto di vista sostanziale, non certo sotto l'aspetto processuale. Quando infatti è il giudice che accerta il fondamento della pretesa, egli liquida l'equivalente e condanna il convenuto; quando invece vi sia una *confessio in iure* nessuno potrà, senza una adeguata formula, provocare questo accertamento dell'equivalente da parte del giudice. Noi non conosciamo questa formula, ma potremmo immaginare che il suo tenore fosse, per esempio, questo:

Quod N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> hominem Stichum se dare oportere confessus est (*oppure*: fundum Cornelianum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse ex iure Quiritium), q.d.r.a., quanti ea res erit, iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna (nisi restitatur), s.n.p., absolve,

dove il '*si non paret absolve*' si riferisce semplicemente alla eventualità che la *confessio* non abbia avuto luogo.

Dunque per il diritto classico il principio '*confessus pro iudicato habetur*' potrà trovare applicazione solo per il caso di '*confessio certae pecuniae*'. Dopo quanto abbiamo detto appare evidente come i principii in materia di *confessio* non potessero trovare applicazione nella procedura *extra ordinem*, cui appunto si riferiva originariamente l'opera di Ulpiano (*de omnibus tribunalibus*) da cui è escerpito il passo che ci sta interessando.

E' lecito congetturare allora che l'*oratio divi Marci* sia proprio intervenuta per cercare di uniformare il regime della *confessio* nei due sistemi, formulare e straordinario. E' dubbio infatti che la '*confessio certae pecuniae*' avesse in questa seconda forma processuale lo stesso valore di una *iudicatio* del magistrato giudicante. Può darsi che egli volesse anzi o dovesse sempre pronunciarsi in merito, tenendo conto s'intende della *confessio*.

Per la '*confessio certae rei*' d'altronde, essendo ammessa nella procedura *extra ordinem* la *condemnatio in ipsam rem*, non aveva ragione di esistere quel procedimento estimatorio, di cui abbiamo parlato

per il processo formulare. Non essendovi quindi più differenze fra la *'certa pecunia'* e la *'certa res'* si sarebbe potuti giungere in ogni caso alla procedura esecutiva, seguendo il processo il suo corso normale invece per il caso di *'confessio incerti'*, anche se in forma più spedita. Tornando pertanto al nostro problema, possiamo escludere che il testo originario di Ulpiano si occupasse di procedimento interdittale. Esso esaminava forse solo il caso di una pretesa *in rem* fatta valere *extra ordinem*, ed invocava l'*oratio divi Marci*, auspicando una soluzione analoga a quella del processo formulare. La parte centrale del frammento, in cui si parla dell'interdetto, è quindi senz'altro interpolata.

Il passo che descrive puntualmente invece l'ipotesi di *confessio* nel procedimento interdittale noi lo conosciamo già (si veda *supra*, p. 12 ss.). Esso è

D. 43.5.1.1 (Ulp. 68 *ad ed.*): Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, iubendus est exhibere et tempus ei dandum est ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere. sed si neget se exhibere posse vel oportere interdictum hoc competit.

Basterà richiamare il principio ispiratore della decisione. Se l'impetrato ammetta di aver presso di sé le tavole e non si opponga alla loro esibizione, poiché la lite viene a dissolversi, non vi sarà bisogno di procedimento interdittale. Sarà sufficiente uno *iussus*, un'ordinanza, concedendo un lasso di tempo per l'esibizione. Come si vede, è questa una soluzione analoga a quella per il caso di *'reivindicatio'* esperita *extra ordinem*, di cui ci siamo occupati poco sopra.

Concludendo, la *confessio* può aver luogo in un procedimento interdittale con l'effetto di escludere il normale svolgimento della procedura. Il magistrato potrà e dovrà emanare un'ordinanza da non confondersi con l'interdetto. Ciò però non significa che sia applicabile alla materia interdittale il principio *'confessus pro iudicato habetur'*, che del resto non vale sempre neppure per il procedimento formulare.

Sul giuramento decisorio in materia d'interdetti esiste una sola testimonianza delle fonti. Prima di esaminarla sarà però opportuno richiamare qualche nozione relativa al giuramento nel processo formulare, lasciando ben inteso da parte il giuramento *'apud iudicem'*. Le fonti ci hanno conservato il ricordo di un *'iusiurandum in iure'* in antitesi ad un *'iusiurandum extra ius'*. Per secoli si è ritenuto che questa distinzione corrispondesse all'altra, pure documentataci, fra *'iusiurandum necessarium'* e *'iusiurandum voluntarium'*. Soltanto sul finire dell'Ottocento la dottrina romanistica ha cominciato ad avanzare dei sospetti sulla classicità di queste distinzioni. E' merito soprattutto del Demelius l'aver mostrato che, se il giuramento necessario ha sempre luogo *in iure*, non può però sostenersi che quello volontario abbia sempre luogo *extra ius*. Il Biondi più tardi ha spezzato più di una lancia in favore della tesi secondo cui fra le due forme di giuramento non vi sarebbe affatto la differenza sostenuta dai vecchi interpreti. Se giuramento necessario e giuramento volontario differiscono, è semmai negli effetti, e non nella natura. Da ultimo Amirante è andato alquanto oltre, sostenendo che in fondo la distinzione fra *iusiurandum in ius* e *extra ius* è probabilmente da cancellare per quanto riguarda il diritto classico. Quello che importa distinguere è se il giuramento decisorio è un giuramento volontario o necessario, cioè se esso viene prestato unicamente *'ex pactione utriusque litigatoris'* (accordo delle parti prima di accedere al tribunale), o venga invece deferito perché vi sono delle norme che prevedono e disciplinano questa possibilità (giuramento che in certi casi può essere deferito, ma non riferito, e nei quali il non giurare porta gravi e sfavorevoli conseguenze). In definitiva quello che conta è che il giuramento *'ex pactione'* venga prestato prima della *litis contestatio*. Questo si riflette sugli effetti, non la distinzione fra *iusiurandum in ius* e *extra ius*.

Siamo in grado di leggere ora

D. 12.2.3.1 (Ulp. 22 *ad ed.*): Quicumque autem actione quis conveniatur, si iuraverit, proficiet ei iusiurandum, sive in personam, sive in rem sive in factum sive poenali actione vel quavis alia agatur sive de interdicto.

Siccome nella clausola edittale che qui si commenta si parla, come si può leggere all'inizio del fram-

mento, molto genericamente di colui che essendo convenuto (*cum quo agetur*) '*condictione delata iuraverit*', è certo che questo giuramento può essere di qualsiasi specie tranne che un giuramento *apud iudicem*. Orbene, la vecchia dottrina ha ritenuto che, come in ogni altro processo, il giuramento si applicasse con gli stessi effetti anche negli interdetti. Ma soprattutto Albertario ha attaccato fortemente il frammento che abbiamo ora letto, sostenendo che da '*sive in personam*' in poi sarebbe tutta quanta «un'appiccatura triboniana». Per parte nostra anzitutto vogliamo osservare che qualora la testimonianza fosse valida, essa si riferirebbe non al procedimento interdittale, ma al processo *ex interdico* (non ha ragione il Krüger che vuol togliere il '*de*' di fronte ad '*interdicto*'). Contrariamente a Gandolfi poi, riteniamo che l'Albertario abbia rettamete intravista l'interpolazione nella seconda metà del testo. Che ragione infatti c'era di aggiungere quella casistica, quando si era detto '*quacumque actione*'? L'aggiunta farebbe anzi quasi pensare ad una restrizione. L'interpolazione invece ha avuto un suo scopo e cioè quello di approfittare ancora una volta dell'occasione offerta per assimilare gli interdetti alle azioni, quando invece, come chiaramente si ricava da Giustiniano, tale distinzione non esisteva più:

*Iust. inst.* 4.15.pr.: Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae pro his exercentur. erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum ...

Potrà sembrare una ripetizione sovrabbondante, ma è certo anche prudente, perché l'interprete non possa aver dubbi sulla avvenuta parificazione, anche in tema di giuramento. Cadendo dunque quest'unica testimonianza, quale opinione possiamo noi farci circa l'applicabilità del giuramento al procedimento interdittale? Non resta che prendere la via della congettura, e, poiché non vi è nessun motivo che c'induca ad escluderne l'applicazione, possiamo benissimo presumere che il giuramento venisse prestato anche nel processo interdittale. Questo, s'intende, solo per il giuramento volontario, poiché è evidente che, se le parti erano d'accordo, non si poteva certo impedir loro di far ricorso al giuramento. Per quanto riguarda poi gli effetti del giuramento stesso, tenuto conto:

- 1) della natura autoritativa del procedimento,
- 2) dell'interesse pubblicistico che poteva esservi in molte controversie risolubili per interdetti, saremmo restii ad ammettere che esso avesse la stessa efficacia decisoria, che aveva nel processo formulare, dove poteva importare per esempio la *denegatio actionis* :

D. 12.2.7.pr. (Ulp. 22 *ad ed.*) Ait praetor: eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo ...

Per la *confessio* abbiamo visto che essa dava luogo ad un'ordinanza; nel caso plausibile della prestazione di giuramento da parte dell'impetrato, il magistrato avrà dunque potuto decidere caso per caso dell'opportunità di concedere l'interdetto nonostante il giuramento, qualora ad esempio l'interesse pubblico fosse stato prevalente su quello privato.

### VIII. La «*causae cognitio*»

14. Veniamo ora alla '*causae cognitio*', che è senza dubbio una delle questioni più ardue e delicate che si debbono affrontare nello studio di questo tema.

Lo stato della scienza romanistica al riguardo può riassumersi in questi termini. Da un lato la vecchia teoria, seguita ancora dalla maggioranza degli studiosi odierni, ritiene che di '*causae cognitio*' nel procedimento interdittale non sia da parlarsi se non in quei casi previsti espressamente dall'editto. Dall'altro lato si può collocare la tesi già da noi sostenuta, per cui, alla *denegatio* o alla *editio* dell'interdetto non si potrebbe arrivare se non in seguito ad una '*causae cognitio*'.

Noi abbiamo peraltro sempre riconosciuto che la *causae cognitio* magistratuale non esclude, almeno in molti casi, la natura condizionale o ipotetica dell'interdetto. Il magistrato avrà potuto fino

ad un certo punto rendersi personalmente conto della fondatezza delle richieste delle parti, ma, non giungendo a formarsi un convincimento, avrà potuto egualmente emanare l'interdetto, demandando al giudice l'accertamento dei presupposti di esso. Per questo abbiamo parlato di processo sommario e di *'cognitio'* sommaria.

Ora è invece intervenuto nella discussione il Gandolfi, facendosi alfiere di una tesi molto estremista. Egli è giunto a sostenere che la *'causae cognitio'* costituiva un esame definitivo, che poteva portare o meno alla concessione dell'interdetto, come ordine concreto incondizionato.

Volendo ritornare qui sull'argomento, dovremo trattare di nuovo tutta la questione, con un esame esegetico di tutte le fonti, accurato ed approfondito.

Prima d'iniziare questo esame, vogliamo però avvertire che è ancora aperto il più ampio problema della *'causae cognitio'* del magistrato nel processo in genere, di cui quello che qui c'interessa costituisce soltanto un capitolo. E' infatti certamente un pregiudizio ritenere, come si fa, che il pretore non potesse compiere una *'causae cognitio'* se non nei casi previsti dall'editto. Per concedere adeguata tutela alle più svariate situazioni, egli avrà dovuto certo entrare sempre più o meno profondamente nel merito. In ogni caso però non si deve credere che i due problemi, quello generale e quello di cui ci occuperemo in questa sede, per quanto connessi, postulino le medesime conclusioni. Alla fine infatti del processo relativo, l'interdetto interviene a risolvere la controversia, mentre il decreto-formula del processo ordinario segna solo uno stadio di transizione, poiché la questione sarà risolta solo dal giudice.

Dopo queste premesse iniziamo senz'altro il nostro esame esegetico. Poiché i passi che potremmo passare in rassegna sono molto numerosi, noi ci limiteremo a quelli più istruttivi ed interessanti, raggruppandoli in varie categorie.

a). La prima di queste è costituita da quei testi relativi alla legittimazione passiva. Il problema è quello di stabilire a chi spettava l'accertamento relativo alla esperibilità del singolo interdetto contro l'impetrato, se al pretore o al giudice della *actio ex interdicto*, essendo astrattamente configurabile tanto l'una quanto l'altra ipotesi. Esaminiamo D. 43.8.2 (Ulp. 68 *ad ed.*) nel *principium* e in alcuni paragrafi.

pr.: Praetor ait: ne quid in loco publico facias inve eum immittas qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principium tibi concessum est, de eo quod factum erit interdictum non dabo.

Ulpiano ci riferisce la clausola relativa all'interdetto *'ne quid in loco publico facias'*. Occorre il ricorso immediato per ottenere la sospensione dell'opera, poiché questo è un interdetto proibitorio e non potrà emanarsi se l'opera sia stata portata a termine.

§ 13: Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri Labeo putat.

Si nega in un'ipotesi come questa la legittimazione passiva, poiché non vi era diritto a ricevere le acque, alle quali l'*opus* o l'*immissio* compiute impediscono di defluire. Manca cioè un danno. Annotiamo l'espressione impiegata ad esprimere ciò: *'interdicto non teneri'*.

§ 14: Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit.

In questa fattispecie invece il danno privato c'è, perché l'*insula* ha perduto una parte della luce di cui godeva, e – si dice – *'interdictum competit'*.

§ 15: Idem ait si in publico aedificem, deinde hoc aedificium ei obstet, quod tu in publico aedificaveras, cessare hoc interdictum, cum tu quoque illicite aedificaveris, nisi forte tu iure tibi concessio aedificaveras.

Chiaro, anche per questo caso, attraverso la giustificazione *'illicite aedificaveris'*, il motivo della inespugnabilità dell'interdetto, espressa con le parole *'cessare hoc interdictum'*. Con il § 35 viene preso in esame un altro interdetto, in certo modo analogo al precedente, interdetto però restitutorio e non proibitorio (§ 36), che può dirigersi (§ 37) contro chi è in possesso, o quanto meno ha la detenzione (§ 38), dell'opera costruita sulla via pubblica, o dalla quale la via stessa ha risentito un danno. Diamo però la parola ad Ulpiano:

§ 35-38: Praetor ait: quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas. Hoc interdictum ex eadem causa proficiscitur ex qua et superius: et tantum interest, quod hoc restitutorium, illum prohibitorium est. Hoc interdicto non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit, sed is, qui factum habet. proinde si alius fecit, alius factum habet, is tenetur qui factum habet: et est hoc utilius, quia is potest restituere qui factum immissum habet. Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit, sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisit.

Per indicare il passivamente legittimato si usano le espressioni *'non is tenetur'* ... *'is tenetur'*.

§ 39: Unde Ofilius putat eum, qui pro derelicto reliquit id opus quod fecit, si viam publicam corrumpit et reliquit, non teneri hoc interdicto, non enim habet quod fecit. sed an in eum actio debeat dari videbimus, et puto utile interdictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat.

L'inciso *'si viam ... reliquit'* è una ripetizione inutile e sgrammaticata. Più sospetta ancora è però la seconda parte del frammento da *'sed an'* sino alla fine, dove ci si chiede se possa usarsi un'*actio* e si risponde che è possibile esperire un interdetto. Non è da escludere tuttavia che il testo originale parlasse veramente di un'*actio utilis* o di un interdetto utile, senza peraltro confondere le due categorie. In ogni caso è certo qui da espungere il *'competere'* usato in riferimento ad un interdetto utile. Quanto alla prima parte, invece, ne è chiaro il senso: si ritiene non esperibile l'interdetto *'de via publica'* contro colui che si è spogliato per derelizione dell'opera dannosa. La giustificazione è che *'non habet quod fecit'*. Ai fini della nostra indagine segnaliamo l'espressione, che del resto abbiamo già incontrata, *'non teneri hoc interdicto'*.

§ 40: Si ex fundo tuo arbor in viam publicam sic ceciderit, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas, non teneri Labeo scribit: si tamen, inquit, actor sua impensa arborem tollere paratus fuerit recte tecum acturum interdicto de via publica reficienda. sed si pro derelicto non habeas recte tecum agi hoc interdicto.

Come si vede, c'è però anche un interdetto proibitorio, con cui diffidare dal porre impedimenti a chi volesse far riparazioni sulla via pubblica. Se infatti il proprietario dall'albero caduto sulla strada lo abbandona non avendone più la detenzione, non sarà tenuto con l'interdetto di cui si tratta nei paragrafi precedenti. Quando però l'altra parte, voglia, come abbiamo detto, rimuovere l'albero ed il proprietario vi si opponga, si potrà esperire contro di lui un apposito interdetto. Registriamo anche qui le espressioni: *'non teneri'*, *'recte tecum acturum'* e *'recte agi'*.

Prima di passare all'esame di altre fattispecie relative ad interdetti diversi da quelli di cui ci siamo per adesso interessati, è preferibile richiamare altri casi concernenti l'interdetto restitutorio *'de loco publico'*, ed anzitutto un testo fuori della *sedes materiae*:

D. 8.5.17.2 (Alf. 2 *dig.*): Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescibat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

Il testo deve essere interpretato come se, al posto di *'consulebatur'*, fosse scritto *'consulebat'*. O infatti siamo in presenza di un errore dell'*amanuense*, o questo è uno dei pochi casi in cui il verbo *'consulo'*

è usato al deponente. La fattispecie è questa. Un tizio ha fatto un letamaio a ridosso della parete dell'edificio altrui. Per effetto di ciò la parete ha cominciato a trasudare, infradiciando. Il proprietario dell'edificio si rivolge al giurista per sapere quale mezzo potrà chiedere al pretore, ed il giurista risponde che bisogna prima di tutto vedere se il letamaio si trova in un fondo pubblico o privato. Nel primo caso si potrà agire con interdetto restitutorio *'de loco publico'*, nel secondo si potrà chiedere un'azione negatoria di servitù. Notiamo l'espressione *'per interdictum cogi posse'*.

Ed esaminiamo ancora due paragrafi di D. 43.8.2 (Ulp. 68 *ad ed.*).

§ 7: Si quis quod in publico loco positum habuit reficere voluit, hoc interdicto locum esse Aristo ait ad prohibendum eum reficere.

§ 17: Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum non restitutorium.

I due passi prevedono la medesima fattispecie: è il caso di taluno che abbia costruito abusivamente in luogo pubblico, senza incontrare alcuna proibizione. Dal primo passo si ricava che potrà farsi luogo all'interdetto proibitorio contro il costruttore che voglia compiere opere di riparazione, mentre non potrà essere concesso l'interdetto restitutorio, e ciò si desume invece dal secondo testo, se in precedenza un interdetto proibitorio, come nella specie, non sia stato emanato. In essi incontriamo l'espressione *'interdicto locum esse'* e quella *'cogendum esse'*, che deve essere interpretata alla luce del testo edittale, che suona appunto: *'interdictum non dabo'*.

Ultimi della serie, in tema di legittimazione passiva, D. 11.8.1.8 e D. 43.24.15.pr.

D. 11.8.1.8 (Ulp. 68 *ad ed.*): Aedificare videtur prohibere et qui prohibet eam materiam convehi, quae aedificatio necessaria sit. proinde et si operi necessarios prohibuit quis venire, interdictum locum habet, et si machinam alligare quis prohibeat, si tamen eo loci prohibeat qui servitutem debeat: ceterum si in meo solo velis machinam ponere non tenebor interdicto, si iure te non patiar.

Si prevedono tre fattispecie: che taluno proibisca il trasporto di materiale, oppure l'accesso agli operai, o in fine il collocamento di una macchina, tutte cose necessarie per la costruzione di un sepolcro. Sempre nei due primi casi – nel terzo solo se chi ostacola il collocamento della macchina sia proprietario del fondo servente – potrà applicarsi l'interdetto *'de sepulcro edificando'*.

Segnaliamo anche qui le espressioni *'interdictum locum habet'* e *'non tenetur interdicto'*.

D. 43.24.15.pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): Semper adversus possessorem operis hoc interdictum competit, idcircoque, si quilibet inscio vel etiam invito me, opus in fundo meo fecerit, interdicto locus erit.

Si tratta, come appare anche dal testo, dell'interdetto *'quod vi aut clam'*. Poiché questo deve essere sempre diretto contro il possessore dell'*opus*, se nel mio fondo un terzo abbia costruito, a mia insaputa o contro la mia volontà, un *opus* da cui può derivare danno, il vicino potrà agire contro di me. Da notare anche qui l'espressione *'interdicto locus erit'*.

Cerchiamo a questo punto di trarre delle conclusioni. Abbiamo incontrato varie espressioni atte ad indicare la legittimazione passiva o meno di un interdetto. Cominciamo dalla locuzione tecnica che abbiamo visto ricorrere più di frequente: *'interdictum (non) tenet'*, *'interdicto (non) teneri'*. Noi la abbiamo intesa come «vi è – o non vi è – responsabilità ai sensi dell'interdetto», cioè «l'interdetto è esperibile oppure no», «il destinatario è obbligato o meno». Ma essa vuol dire che l'accertamento della legittimazione passiva vien fatto dal pretore oppure dal giudice? Il parallelismo fra questa espressione e quella *'teneri actione'* prova troppo per essere accolto senza riserva. *'Teneri actione'* vuol dire infatti che il pretore, ricorrendo determinati presupposti, deve emanare la formula. E' equivalente cioè ad *'iudicium dandum'*. Se ci contentassimo di ciò, *'interdictum teneri'* vorrebbe dire allora che l'interdetto deve essere emanato. Non si può però accogliere questa conclusione, poiché altro è l'emanazione del *decretum-formula*, altro l'emanazione dell'interdetto. Nel primo caso, anche ammet-

tendo, come noi facciamo, che il magistrato potesse esaminare il caso sottoposto alla sua giurisdizione, per meglio adattargli la formula, questa non risolve affatto la lite, ma segna i limiti entro i quali dovrà svolgersi il giudizio. Con la emanazione dell'interdetto invece, come ormai abbiamo visto, la controversia viene risolta, anche se sull'interdetto possa poi aprirsi un nuovo procedimento.

Per questi motivi appunto non ci sembra accettabile supinamente il parallelismo che abbiamo sopra delineato. L'espressione '*teneri interdicto*' si presta poi benissimo ad un altro significato. Potremmo anche ammettere infatti che il magistrato emanasse l'interdetto, condizionandolo fra l'altro al caso che si verificasse la legittimazione passiva, che egli peraltro non accertava, e che eventualmente avrebbe costituito compito del giudice. L'interdetto non sarà allora stato obbligatorio se non ricorrendone i requisiti, e il giudice avrà dovuto assolvere chi non vi abbia ottemperato, in mancanza di legittimazione passiva. Appare dunque come l'espressione '*teneri interdictum*' sia ancipite e non ci offra da sola una soluzione al nostro problema.

Pure equivoca però è quella '*interdicto recte agi*'. «Agire con l'interdetto» può essere inteso sia in senso di ottenere l'emanazione dell'interdetto, quanto in quello di essere in grado di vincere la *causa ex interdicto* dopo che l'interdetto sia stato emanato. Anche questa espressione non ci dice chi accerti la legittimazione passiva. Lo stesso può ripetersi per l'altra '*cessare interdictum*', che può voler dire egualmente bene e che l'interdetto non può emanarsi e che l'interdetto emanato non avrà efficacia.

Meno equivoca è indubbiamente l'espressione '*interdictum competit*', ben inteso nei casi in cui essa è classicamente riferita ad un interdetto di cui sia proposto lo schema nell'editto. Essa può infatti abbastanza spesso intendersi agevolmente nel senso che si ha diritto all'emanazione di un interdetto, quando ne ricorra la legittimazione passiva. Quella invece '*per interdictum cogere*' non ci offre da sola molti lumi. Si può intendere sia in riferimento al procedimento interdittale vero e proprio, quanto a tutto il complesso procedimento, ivi compreso il processo *ex interdicto*.

Accanto ad '*interdictum competit*', sembrerebbe poi di poter collocare le altre espressioni, non ancora esaminate e cioè '*interdictum dabo*' e '*interdicto locus est*'. Ma ciò vale solo per la prima di queste, ed è infatti senza nessuno sforzo d'interpretazione che di fronte a '*interdictum non dabo*' come ad '*interdictum competit*' si può affermare essere l'interdetto emanato solo al ricorrere dei requisiti per la legittimazione passiva. Per l'espressione '*locus est*' invece (sulla quale il Gandolfi ha creduto di poter fare appoggio, a difesa della sua tesi estremista sull'intervento cognitorio del magistrato), espressione che, come abbiamo detto, può sembrare a prima vista univoca, bisognerà riflettere tenendo sott'occhio una testimonianza di Ulpiano in

D. 43.13.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*): Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto quod eius ripae muniendae causa non fiet, scilicet ut, si quid fiat quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit ...

Si discute in questo passo, sul quale ritorneremo in seguito, se si possa aggiungere un'eccezione all'interdetto '*ne quid in flumine publico fiat*', con la quale si faccia valere che le opere sono state fatte non per deviare le acque, ma per rafforzare le rive. Ma se trattasi di un interdetto contenente un'eccezione ed in riferimento ad esso si dice che '*locus non est*', è certo che, almeno in questo caso, quest'espressione non vuol dire che l'interdetto «non viene emanato», bensì che esso «non avrà efficacia».

Volendo concludere allora su questo punto dell'accertamento della legittimazione passiva, potremo dire che sicuramente non è da seguire la *communis opinio*, che tale accertamento ritiene sia riservato in ogni caso al giudice del processo *ex interdicto*, ma che neppure può affermarsi che esso fosse compito esclusivo del magistrato, anche se vi sono indubbiamente dei casi in cui ciò avveniva.

In altre parole, dall'esame fin qui condotto non appare che sempre l'interdetto fosse un ordine condizionato, potendo in qualche caso la *cognitio* del pretore risolvere definitivamente almeno certe questioni.

b). Proseguendo la nostra indagine, vediamo ora altri esempi di '*causae cognitio*' per quanto attiene all'oggetto dell'interdetto, cioè alla fattispecie concreta, cui esso si deve applicare.

D.43.12.1.4 (Ulp. 68 *ad ed.*): Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.

Quello di cui qui si parla è l'interdetto '*ne quid in flumine publico fiat*', interdetto proibitorio, di cui si legge la formula all'inizio del frammento:

D. 43.12.1.pr.: Ait praetor: ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.

Cosa debba intendersi per «fiume pubblico», Ulpiano ce lo dice nel § 3:

publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii; quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

Nel § 4, in perfetta coerenza, s'afferma dunque che '*interdictum cessabit*', e ciò è indubbiamente da intendere nel senso che l'interdetto non verrà emanato, qualora non si tratti di fiume pubblico. Il pretore dovrà pertanto accertare se gli ostacoli posti alla navigazione o all'ormeggio dalle imbarcazioni, e contro i quali si chiede il suo intervento, si riferiscano o meno ad un fiume pubblico.

D. 39.3.21 (Pomp. 32 *ad Q. Muc.*): Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desideris ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.

La fattispecie è semplice. Vi sono due fondi confinanti, da uno dei quali sgorga acqua nell'altro. Il proprietario del fondo, per cui passano le vene acquifere, le taglia. Si domanda se sia applicabile l'interdetto '*quod vi aut clam*' allo scopo di rimuovere gli ostacoli che il proprietario ha posto in essere per deviare l'acqua. La soluzione secondo il giurista è la seguente: l'interdetto potrà chiedersi solo se colui che è stato danneggiato è titolare di un diritto di servitù a carico del fondo su cui si trovano le vene, altrimenti non si potrà parlare di una violenza, ma di un esercizio di facoltà competenti al proprietario. Anche qui non tanto c'interessa l'espressione impiegata '*interdicto teneris*', quanto il fatto che l'accertamento dell'esistenza di una servitù si presenta come un presupposto indispensabile per l'emanazione dell'interdetto.

D. 43.26.6.4 (Ulp. 71 *ad ed.*): Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat. quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis, et est haec sententia etiam utilissima: cottidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt, et debet consistere precarium.

Il caso che qui si discute è quello del debitore pignorante, che abbia ripreso in precario la cosa data in pegno. Si domanda se il creditore possa agire contro di lui con l'interdetto restitutorio '*de precario*', che è appunto quello di cui si tratta in questo titolo. La questione nasce dal fatto che la cosa si trova, in fondo, presso il suo proprietario, onde non sembrerebbe potersi parlare di precarietà del possesso. Il giurista ritiene però che non vi siano difficoltà a concedere l'interdetto, che ha lo scopo di far riacquistare il possesso a chi, come appunto il creditore, lo ha ceduto ad altri, senza che si faccia minimamente questione circa la proprietà. L'accertamento del rapporto di pegno, esistente fra impetrante ed impetrato, si appalesa pertanto come una condizione *sine qua non* per l'emanazione dell'interdetto '*de precario*', e quindi sull'esistenza o meno di questo rapporto il pretore dovrà condurre la sua indagine preliminare.

D. 43.20.1.13 (Ulp. 70 *ad ed.*): Idem Labeo scribit, etiamsi praetor hoc interdicto de aquis frigidis sentiat, tamen de calidis aquis interdicta non esse deneganda: namque harum quoque aquarum usum esse neces-

sarium: nonnumquam enim refrigeratae usum irrigandis agris praestant. his accedit, quod in quibusdam locis et cum calidae sunt irrigandis tamen agris necessariae sunt, ut Hierapoli: constat enim apud Hierapolitanos in Asia agrum aqua calida rigari.

Si discute intorno all'applicabilità dell'interdetto '*de aqua cottidiana*', predisposto dal pretore evidentemente in riferimento ad acque fredde. Secondo Labeone però esso potrà emanarsi anche trattandosi di acque calde (*interdictum non esse denegandum*). Ora una questione come questa è di certo stata sollevata *in iure* dall'impetrato. Poca importanza ha però per noi la soluzione seguita (ed a conforto della quale il giurista, non solo fa notare che le acque raffreddate possono servire benissimo ad irrigare i campi, ma ricorda anche gli usi di alcuni paesi, nei quali a tale scopo ci si serve proprio dell'acqua calda), bastandoci porre in rilievo che potevano svolgersi davanti al pretore, prima dell'emanazione dell'interdetto, delle discussioni intorno al campo di applicazione del medesimo e che il pretore si conformava poi alla soluzione che tali questioni ricevevano.

D. 43.5.1.2-10 (Ulp. 68 *ad ed.*): Hoc interdictum pertinet non tantum ad testamenti tabulas, verum ad omnia, quae ad causam testamenti pertinent: ut puta et ad codicillos pertinet. Sive autem valet testamentum sive non, vel quod ab initio inutiliter factum est, sive ruptum sit vel in quo alio vitio, sed etiam si falsum esse dicatur vel ab eo factum qui testamenti factionem non habuerit: dicendum est interdictum valere. Sive supremae tabulae sint sive non sint, sed priores, dicendum interdictum hoc locum habere. Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti, sive perfectam sive imperfectam, interdictum hoc pertinere. Proinde et si plures tabulae sint testamenti, quia saepius fecerat, dicendum est interdicto locum fore: est enim quod ad causam testamenti pertineat, quidquid quoquo tempore factum exhiberi debeat. Sed et si de statu disceptetur, si testator filius familias vel servus hoc fecisse dicatur, et hoc exhibebitur. Item si filius familias fecerit testamentum, qui de castrensi peculio testabatur, habet locum interdictum. Idem est et si is, qui testamentum fecit, apud hostes decessit. Hoc interdictum ad vivi tabulas non pertinet, quia verba praetoris «reliquerit» fecerunt mentionem.

In tutti questi casi qui esaminati – di testamento o di codicillo, di testamento valido o invalido (ed invalido fin dall'inizio o '*ruptum*'), di *tabulae priores* o *supremae*, di testamento di un *filius familias* o di un servo, di testamento di chi sia morto prigioniero – l'interdetto '*de tabulis exhibendis*' dovrà essere concesso. Questo il succo del lungo brano. Benché infatti le espressioni usate, come '*interdictum valere*', '*interdictum locum habere*', '*interdicto locum fore*', possano anche sembrare equivoche, ci pare di poter affermare che tutte le questioni esaminate siano state sollevate *in iure* dal convenuto, e che il pretore le abbia risolte, decidendo di non doverne tener conto. Se così è si deve però riconoscere che una *causae cognitio*, sia anche sommaria, in tutti questi casi non poteva mancare.

D. 43.24.13.1 (Ulp. 71 *ad ed.*): Labeo scribit, si filio prohibente opus factum sit, et te habere interdictum, ac si te prohibente opus factum est, et filium tuum nihilo minus.

In questo responso di Labeone si parifica, ai fini della concessione dell'interdetto '*quod vi aut clam*', la *prohibitio* fatta dal figlio a quella del padre (l'ultimo inciso non può essere classico, poiché vi si ammette la legittimazione attiva del figlio). Anche questa ci sembra una questione che può formare, o meglio ha realmente formato oggetto di accertamento da parte del pretore.

c). Passiamo ad esaminare altri casi di eventuale *cognitio* pretoria, casi in cui si discute sulla scelta di una o di un'altra formula.

D. 43.20.1.31 (Ulp. 70 *ad ed.*): Quia autem diximus aestivam aquam aliquo distare ab aqua cottidiana, sciendum est etiam interdictis distare, quod qui de aqua cottidiana interdicat, ita interdicat: uti hoc anno aquam duxisti; at qui de aestiva, sic: uti priore aestate, nec immerito: nam quia hieme non utitur, referre se non ad presentem aestatem, sed ad priorem debuit.

La differenza fra acqua *cottidiana* ed *aestiva*, come si legge nel § 3, deriva dall'uso che di tale acqua si

fa normalmente, nonché dalle intenzioni di colui che se ne serve e dalla natura dei luoghi medesimi, per i quali viene impiegata:

Duo autem genera sunt aquarum: est cotidiana, est et aestiva. cotidiana ab aestiva usu differt, non iure. cotidiana ea est, quae duci adsidue solet vel aestivo tempore vel hiberno, etiamsi aliquando ducta non est; ea quoque dicitur cotidiana cuius servitus intermissione temporis divisa est. aestiva autem ea est, qua aestate sola uti expedit, sicut dicimus vestimenta aestiva, saltus aestivos, castra aestiva, quibus interdum etiam hieme, plerumque autem aestate utamur. ego puto probandum ex proposito utentis et ex natura locorum aquam aestivam a cotidiana discerni: nam si sit ea aqua, quae perpetuo duci possit, ego tamen aestate sola ea utar, dicendum est hanc aquam esse aestivam: rursus si ea sit aqua, quae non nisi aestate duci possit, aestiva dicitur: et si ea sint loca, quae natura non admittant aquam nisi aestate, dicendum erit recte aestivam dici.

Orbene, anche gli interdetti che possono concedersi – si dice nel § 31 – sono diversi a seconda che si tratti dell'una o dell'altra, parlandosi, in quello per l'acqua *cotidiana* di uso '*hoc anno*', in quello invece per l'acqua *aestiva* di uso '*priore aestate*', come presupposti al divieto del pretore d'impedire con la violenza l'esercizio di questo uso stesso. Pare evidente allora che, ogniqualvolta un privato si rivolgerà al pretore per ottenerne tutela, questi dovrà valutare il caso concreto prima di emanare la formula in un modo o nell'altro.

D. 43.20.1.38-39 (Ulp. 70 *ad ed.*): Ait praetor: quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est ducat vim fieri veto. quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo. Hoc interdictum necessario propositum est. namque superiora interdicta ad eos pertinent, qui a capite ducunt, vel imposita servitute vel quia putant impositam: acquissimum visum est ei quoque qui ex castello ducit, interdictum dari. id est ex eo receptaculo quod aquam publicam suscipit, castellum accipe.

Come risulta dalla lettura di questo passo, accanto agli interdetti '*de aqua cotidiana et aestiva*', esiste un altro interdetto relativo all'acqua '*ex castello ducenda*'. Come nei casi precedentemente esaminati, anche qui il pretore dovrà accertare se si tratti però veramente di acqua derivata da un deposito (un presupposto è anche che vi sia una concessione amministrativa di raccogliere l'acqua pubblica in questo deposito, mentre di servitù si potrà parlare nei confronti dei fondi privati attraversati dalle condutture dell'acqua). L'ultima frase '*id est ... accipe*' è un glossema esplicativo, che non intacca la sostanza del testo.

Gai., *inst.* 4.148-150: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cura ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi. Et quidem uti possidetis interdictum de fundi vel aedium possessione redditur, utrubi vero de rerum mobilium possessione. Et si quidem de fundo vel aedium interdicatur, cura potiore esse praetor iubet, qui eo tempore quo interdictum redditur nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat; si vero de re mobili, eum potiore esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possiderit idque satis ipsis verbis interdictorum significatur.

Tutte le volte che vi sia controversia sulla proprietà di una cosa e le parti non siano d'accordo neppure nell'individuare chi sia il possessore e quindi debba sostenere la parte di convenuto (essenziale per stabilire chi deve fare la *editio* e chi deve *accipere* la formula), si ricorre all'interdetto *utrubi* o *uti possidetis*. Diverso però è il loro campo d'applicazione, diversa la formulazione stessa. Il primo si applica qualora oggetto della controversia sia una cosa immobile ('*uti eum fundum possidetis ... quominus ita possideatis ...*'), il secondo se si tratta di cosa mobile ('*utrubi is homo ... maiore parte anni ...*'). Prima di emanare l'uno o l'altro il pretore farà dunque un'indagine relativa sull'oggetto della lite.

Gai., *inst.* 4.155: Interdum tamen etsi eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possiderit, cogor ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem. armorum autem appellatio

non solum scuta et gladios et galeas significari intellegemus, sed et fustes et lapides.

Si pone in antitesi, come si vede, l'interdetto 'de vi' all'interdetto 'de vi armata'. L'uno non può concedersi al *deiectus*, che fosse a sua volta possessore *aut vi aut clam aut precario* (poiché '*vim vi repellere licet*'). L'altro potrà invece essere emanato a suo favore, nonostante ciò, quando il *deicens* abbia fatto uso delle armi. Per adibire l'interdetto adatto al caso, il pretore dovrà pertanto esaminare la fattispecie, altrimenti rischierà di render vana la sua tutela.

D. 43.13.1.12 (Ulp. 68 *ad ed.*): Hoc interdictum restitutorium proponitur: superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. si quid igitur iam factum est, per hoc interdictum restituitur: si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum, et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.

La contrapposizione di cui si parla in questo testo è quella fra l'interdetto '*quod in flumine publico factum sit*' e l'interdetto '*ne quid in flumine publico fiat*'. L'uno è restitutorio, l'altro proibitorio, e quindi del primo ci si varrà quando l'opera è stata compiuta, del secondo invece quando ancora non lo è stata. L'accento alla esecuzione '*iure potestatis*' contenuto nell'ultima parte ('*coercebitur*') è senz'altro interpolato, poiché, classicamente, esperito invano l'interdetto proibitorio si sarà semplicemente fatto ricorso al secondo. Comunque anche qui è documentata la necessità di una scelta fra due interdetti in relazione ad una o ad altra fattispecie concreta.

d). Esaminiamo ora altri passi in cui si vede come il pretore operasse per adattare la formula astratta al caso concreto.

D. 43.24.22.4 (Venul. 2 *interd.*): Si quis proiecium aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse.

E' stata fatta *vi o clam* una immissione sull'area del sepolcro. Si può trattare (il giurista scinde le fattispecie) di uno sporto ('*proiecium*') o di una grondaia ('*stillicidium*'). Il titolare dello *ius sepulchri* si è rivolto al magistrato per ottenere l'interdetto '*quod vi aut clam*' ed il magistrato glielo ha concesso opportunamente adattandolo al caso. Poiché la formula proposta nell'albo è la seguente (Lenel § 256):

Quod vi aut clam factum est, q.d.r.a., id, si non plus quam annus est cum experiendi potestas est, restituas;

in questo caso essa sarà stata invece così:

Quod «in sepulchro» vi aut clam factum est (*cetera ex formula*).

Nel successivo processo *ex causa interdicti* nasce però la questione se possa considerarsi immissione in sepolcro la costruzione di uno sporto o l'applicazione di una grondaia, ma il giurista, richiesto del suo parere, risponde che è da intendersi per sepolcro non solo il luogo dove stanno la salma o le ceneri, bensì anche l'aria ad esso sovrastante, tanto è vero che si potrebbe agire anche con l'*actio sepulchri violati*. Ora quello che a noi interessa è l'adattamento della formula, consistente, come abbiamo visto, nell'indicazione del luogo in cui si è verificata l'immissione, poiché esso implica necessariamente un esame da parte del pretore della situazione prospettatagli dall'impetrante (che si tratti di immissione relativa ad un sepolcro, nel caso esaminato, egli avrà desunto o dall'impetrato che cerca di eccepire l'inapplicabilità dell'interdetto o da una prova fornita dallo stesso impetrante).

Un altro esempio di adattamento e precisamente di uno dagli interdetti '*unde vi*', ci è offerto poi da Cicerone. Premettiamo le formule proposte nell'albo per l'interdetto '*de vi*' (Lenel § 245.a):

Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas,

e per l'interdetto 'de vi armata' (Lenel § 245.b):

Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Si tenga presente che queste formule sono della redazione giuliana di due secoli posteriore a Cicerone. Le differenze fra di esse saltano subito agli occhi. Per la prima occorre che il possesso dell'impetrante non sia vizioso e che l'interdetto venga richiesto entro l'anno. Per la seconda questi requisiti non vi sono. Vediamo a questo punto la formula riferita da Cicerone:

*pro Tull. 12.29: Videtis praetores per hos annos interdicerere hoc modo velut inter me et M. Claudium: unde dolo malo tuo M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est, cetera ex formula.*

Non solo vi è l'inserzione del nome delle parti, ma l'aggiunta dell'espressione 'dolo malo'. Questa, come spiega lo stesso Cicerone (che qui, sia detto per inciso, fa un esempio immaginario di formula, in cui il suo difeso compare come destinatario, in modo da dedurre più agevolmente delle conclusioni, le quali, se nell'esempio si rivelano svantaggiose per lui, nel caso concreto sono invece utilissime), ha un particolare valore, quello cioè di implicare la responsabilità di M. Tullio non solo per il caso che egli abbia compiuto direttamente lo spoglio, ma anche se per effettuare ciò si sia avvalso di servi ('familia', per dirla con la parola stessa dell'editto giuliano), o di altre persone. Anche per questa inserzione ci sembra non si potesse prescindere da un esame anche sommario della fattispecie.

e). La serie di testi che adesso prenderemo in esame ci attesta la ricorrenza di un esame preliminare nel merito prima della concessione sia di interdetti «utili» che d'interdetti «repentini».

D. 43.8.2.6 (Ulp. 69 *ad ed.*): Cum quidam velum in maeniano immissum haberet, qui vicini luminibus officiebat, utile interdictum [competit]: ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus Gaii Seii officias.

Siamo di fronte ad un caso di applicazione in via utile (onde il 'competit' è da ritenere interpolato) dell'interdetto 'ne quid in loco publico fiat', il cui presupposto è costituito, come appare dallo schema edittale (Lenel § 237: 'ne quid in loco publico facias inve eum immittas qua ex re quid illi damni detur ...'), da un danno che il privato risente dall'immissione in luogo pubblico, mentre nella fattispecie qui considerata si tratta di un'immissione (collocazione di una tenda), compiuta non propriamente su un luogo pubblico, ma su un ballatoio, che comunque sporge sul luogo pubblico. E' inutile dire che il pretore ha dovuto esaminare il caso, prima di emanare l'interdetto.

D. 43.8.2.39: Unde Ofilius putat eum, qui pro derelicto reliquit id opus quod fecit, si viam publicam curripit et reliquit, non teneri hoc interdicto: non enim habet quod fecit. sed an in eum actio debeat dari videbimus. Et puto utile interdictum [competere] ut, quod in via publica aedificavit, restituat.

Di questo passo ci siamo già occupati in precedenza (p. 30). Si tratta dell'interdetto restitutorio 'de via publica', che, nel caso in cui taluno abbia costruito un'opera che è di pregiudizio alla viabilità, ma l'abbia poi derelitta, non si potrebbe applicare (occorrendo, come sappiamo il possesso o quanto meno la detenzione dalla cosa). Si discute se vi sia un altro mezzo. Come abbiamo già detto, questa seconda parte è certo corrotta, ma solo nel senso della parificazione fatta fra interdetti ed azioni, poiché si sarà potuto concedere benissimo un interdetto utile contro colui 'qui pro derelicto reliquit', in cui non si sarà tenuto conto della *possessio*. Potremmo anche immaginare che l'interdetto restitutorio, di cui abbiamo la formula al § 35, venisse adattato alla fattispecie in questi termini:

Quod in via publica itinereve publico factum immissum pro derelicto habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.

Sarà stato sufficiente cioè introdurre un ‘*pro derelicto*’ nello schema edittale: ma anche ad una modificazione come questa è necessario supporre che il pretore non potesse giungere se non attraverso un esame della fattispecie concreta.

D. 43.12.1.12 (Ulp. 68 *ad ed.*): Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coeret praetor, sed si quid fiat, quo deterius statio et navigatio fiat. ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum [competere] ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave deterius sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit.

Anche questo testo c’è in parte già noto (cfr. *supra*, p. 16). L’interdetto ‘*ne quid in flumine publico fiat*’ presuppone, come ci spiega chiaramente Ulpiano, che su un fiume navigabile si compiano opere, le quali impediscano la navigazione o l’ormeggio. Tuttavia per Labeone non sembra contrario all’*aequitas* concedere un interdetto utile per il caso che tali opere, compiute su fiume non navigabile, siano tali da produrne l’inacidimento o comunque da turbare il normale corso delle acque. Nel § 17 si fa poi un altro caso di applicazione del medesimo interdetto, qualora non si tratti di fiume pubblico, ma di mare ed anche qui è sempre Labeone a suggerire la formula da concedere *utiliter*:

Si in mari aliquid fiat, Labeo [competere] tale interdictum: ne quid in mare inve litore, quo portus, statio iterve navigatio deterius fiat.

Entrambi i casi presuppongono al solito un accertamento sommario da parte del pretore.

D. 43.14.1.6-7 (Ulp. 68 *ad ed.*): Possunt autem etiam haec esse publica. Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum [competere] Sabinus consentit: et ita Labeo. ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.

Come può semplicemente ricavarsi dalla rubrica del titolo, in cui il passo è compreso, siamo in tema dell’interdetto ‘*ut in flumine publico navigare liceat*’, interdetto proibitorio, diretto contro colui che cerchi d’impedire ad altri di condurre un’imbarcazione o di caricare e scaricare sulla riva di un fiume. Nel caso in esame si ha invece che taluno impedisce di svolgere la pesca in un lago od in uno stagno, preso in appalto a questo scopo da un pubblicano, o, com’è meglio ritenere, da una società di pubblicani (*societas publicanorum*). Sabino e Labeone suggeriscono di accordare protezione al pubblicano con un interdetto utile ‘*quo minus in lacu piscare liceat*’. La seconda parte del frammento, in cui si ipotizza il caso analogo di appalto fatto non con lo Stato, ma con un municipio, proponendo la medesima soluzione, è senz’altro di Ulpiano. In ogni modo anche qui, per quanto riguarda la *causae cognitio*, non possono che ripetersi le cose già dette per i casi precedenti.

D. 43.14.1.8-9: Si quis velit interdictum tale movere, ut locus deprimatur pecoris appellendi gratia, non debet audiri: et ita Mela scribit. Idem ait tale interdictum [competere] ne cui vis fiat, quo minus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis publici appellatur.

Del § 8 abbiamo già avuto modo di interessarci (si veda *supra*, p. 21). In esso si dice appunto che non deve essere preso in considerazione chi desideri l’interdetto ‘*de flumine publico*’ contro colui che gli impedisca di scavare la riva al fine di condurre il bestiame ad abbeverarsi. Tuttavia, sempre secondo Mela, potrà andarsi incontro a chi voglia solo condurre il bestiame al fiume senza opere di scavo, e ciò evidentemente si potrà fare concedendo al medesimo un interdetto utile. E’ anche questa una fattispecie diversa da quella per la quale è stato dal pretore approntato l’interdetto, ed anch’essa richiede indubbiamente un esame di merito.

D. 43.19.3.7 (Ulp. 70 *ad ed.*): Si quis ex mandatu meo fundum emerit, aequissimum est mihi hoc interdictum dari ut ille usus est, qui mandatu meo emit.

Per capire esattamente il brano, bisognerà confrontarlo prima con la formula dell'interdetto '*de itinere actuque privato*' riportata nel *principium* del fr. 1 di questo stesso titolo:

Quo itinere actuque privato, q.d.a., vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.

E' questo un interdetto emanabile contro chi tenti di impedire l'esercizio di un diritto di passaggio, quando risulti che l'impetrante lo ha esercitato '*nec vi nec clam nec precario*' per il corrente anno, vi sia o meno servitù. Nel caso in esame non abbiamo, come appare, il ricorrere di tale requisito. Nondimeno il pretore potrà concedere la protezione interdittale modificando la formula prevista nell'editto coll'inserire la menzione dell'esercizio di fatto di tale diritto di passo da parte del mandatarario, accanto a quello del titolare medesimo. Altro caso, anche questo, in cui la concessione dell'interdetto utile presuppone un esame della fattispecie.

D. 43.32.1.3 (Ulp. 73 *ad ed.*): Si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei [competet].

Lo schema dell'interdetto '*de migrando*', di cui si tratta in questo frammento, è riportato nel *principium* del medesimo (Lenel § 265):

Si is homo, q.d.a., non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, q.d.a. introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisdatum est aut per te stat; quo minus solvatur, ita; quo minus ei qui eum pignoris nomine induxit; inde abducere liceat, vim fieri veto.

E' questo un mezzo di tutela che viene accordato all'inquilino di una *habitatio* il quale, cessata la locazione, desidera, traslocando, portarsi via gli *invecta et illata*, che stanno a garanzia della pigione. Presupposto ne è che egli abbia sempre pagato regolarmente la mercede. Esso però si adatta anche per portar via quelle cose (anzi questa appare dalla formula l'ipotesi normale) che non erano da considerarsi fra gli *invecta et illata*. Anche nel caso di una concessione gratuita di abitazione può tuttavia verificarsi l'opportunità di una tutela analoga. Si pensi al proprietario che, ad esempio, avendo l'inquilino provocato un danno all'abitazione, voglia rifarsi sulle cose di lui e gli impedisca quindi di traslocare. Per evitare che il *dominus* possa farsi giustizia da sé, si concederà allora un interdetto utile '*de migrando*'. Ovviamente sarà necessario per far ciò il solito esame della fattispecie.

C.I. 8.1.1 (*Alexander A. Apro evocato*, a. 224): Cum proponas radicibus arborum in vicina Aganthangeli area positus crescentibus fundamentis domus tuae periculum edferri, praeses ad exemplum interdictum, quae in albo proposita habet: si arbor in alienas aedes impendebit, quibus ostenditur ne per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere, rem ad suam aequitatem rediget.

Siamo in materia d'interdetti '*de arboribus cedendis*' a tutela dei rapporti di vicinanza (il vicino può essere proprietario di un fondo o di una casa). La fattispecie proposta alla decisione dell'imperatore Alessandro Severo è però qui diversa da quella prevista nell'editto provinciale, poiché si tratta di molestia cagionata non dalle fronde, bensì dalle radici dell'albero. Si suggerisce comunque di adattare anche a questo caso gli interdetti medesimi.

*Vat. fragm.* 90: Si usufructu 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.

Colui cui è stata dal pretore concessa la *bonorum possessio*, ha l'interdetto 'quod legatorum' contro chi sia in possesso, a titolo di legato, dei beni facenti parte dell'asse ereditario. Se però si tratti di un legato di usufrutto, siccome l'usufruttuario non possiede, non sarebbe esperibile l'interdetto. Dal momento però che in casi analoghi, l'editto prevede la concessione in via utile contro l'usufruttuario degli interdetti possessorii 'uti possidetis' ed 'utrubi' (Lenel §§ 247.i e 245.c), anche a questa ipotesi potrà adattarsi l'interdetto 'quod legatorum', modificandone la formula con l'aggiunta, accanto alla menzione del possesso ('quod de his bonis legati nomine possides'), di quella dell'usufrutto ('quodque uteris frueris'). Anche qui, come pure per il caso precedente, deve giungersi alle stesse conclusioni per quanto concerne l'accertamento preliminare del pretore.

Interessante è poi il caso degli *interdicta repentina*. Un esempio molto significativo lo abbiamo già incontrato in D. 10.4.15, di cui ci siamo occupati parlando dell'interdetto e del *iudicium* come *decreta* del magistrato (si veda *supra*, p. 11 s.). Richiameremo il contenuto del passo senza trascriverlo nuovamente. Si tratta di un gruzzolo (*thensaurus*), che è stato nascosto in un fondo altrui e che il proprietario intende recuperare. Nasce la questione quale sia il mezzo giudiziario adatto allo scopo e Labeone, interpellato, propone che si dia un interdetto o un'*actio in factum*. L'interdetto che si suggerisce non è però di quelli che hanno un modello pretorio nell'editto, ma un interdetto da crearsi lì per lì, cioè repentino, di cui abbiamo tentata congetturabilmente la ricostruzione in questi termini:

Quo minus ille thensaurum, q.d.a., effodiat tollat exportet, si per eum non stetit quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, vim fieri veto.

In un caso del genere non vedo come potrebbe mettersi in dubbio una *causae cognitio* pretoria, che qui non solo serve ad adattare uno schema già preposto nell'albo ad un caso concreto, ma addirittura a creare un nuovo mezzo di tutela dall'editto stesso non previsto.

Un altro caso d'interdetto repentino, per il quale sarà inutile ripetere le considerazioni fatte ora, c'è offerto da:

D. 39.2.9.1 (Ulp. 53 *ad ed.*): De his autem quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit quaeritur. Trebatius refert, cura Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quominus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.

Si riferisce un fatto realmente accaduto. C'era stata un'inondazione del Tevere. Le acque avevano straripato e portato via molte cose. Per consentire ai proprietari di andarsene a riprendere, il pretore ritenne opportuno concedere un interdetto, di cui non è difficile, sui dati offerti dal testo, ricostruire la formula in questi termini:

Quae vi fluminis in aedes tuas delata sunt, quominus illi tollere auferre liceat, si modo tibi damni infecti cautum sit (*oppure*: si per eum non stetit quo minus damni infecti tibi caveatur), vim fieri veto.

f). Veniamo ora ad un'ultima serie di testi, in cui si parla di 'exceptiones'. Intendiamoci però prima sul concetto di eccezione in materia interdittale. La dottrina distingueva infatti fra eccezioni stabili e non stabili. *Exceptiones* stabili riteneva quelle espressioni come 'hoc anno', 'maiore parte huius anni', 'nec vi nec precario' etc., cioè quelle clausole dell'interdetto che rendono il comando pretorio inapplicabile, tutte le volte che il convenuto possa dimostrare, a sua difesa, che non si è verificato il fatto, previsto nell'editto come *condicio sine qua non* per l'emanazione dell'interdetto. Così per esempio, nel caso di esercizio di fatto di una servitù, il convenuto può esimersi dimostrando che esso non si è verificato durante tutto l'anno. E' corretto però parlare di 'exceptiones' in relazione a tali clausole? A noi non sembra, poiché queste sono certo inserite a favore dell'impetrato, ma non costituiscono minimamente delle difese sollevate *in iure* dal convenuto. Esse sono piuttosto delle condizioni essenziali

poste dall'organo giurisdizionale per la concessione della tutela, dei veri e propri requisiti e null'altro. Restano da vedere le altre *exceptiones*, quelle non stabili, le clausole cioè non previste nell'albo, ma inserite nella formula dal pretore caso per caso. La documentazione che i testi ci offrono di tali eccezioni, anche in tema interdittale, costituisce come vedremo, la più recisa smentita di Gandolfi, che ha sostenuto come l'interdetto non fosse, per lo meno per molto tempo (fino a quando «i moduli interdittali ... si cristallizzarono» e «la giurisprudenza suggerì di mitigare la rigidità di alcune formule con l'inserimento di *exceptiones*»), un ordine condizionato.

*lex Rubr. de Gall. Cis. XIX: ... iussum iudicatumve erit, id ratum ne esto; quodque quisque quomque de ea re decernet interdicetve seive sponsionem fieri iudicareive iubebit iudiciumve quod de ea re dabit, is in id decretum sponsionem iudicium exceptionem addito addive iubeto: qua de re operis novi nuntiatio nem IIvir IIIvir praefectusve eius municipi non remisset.*

«Ogni qualvolta il magistrato giudicante emani in proposito (materia trattata) un interdetto, ovvero inviti alla *sponsio* o conceda una formula in senso concreto, egli dovrà aggiungere la seguente eccezione: purché intorno all'oggetto del decreto, *sponsio* o formula, il *duovir* il *quattuorvir* o il *praefectus iure dicundo* non abbia fatto la remissione dell'*operis novi nunciatio*». Il legislatore dispone, come si vede, che la tutela del *nunciatus*, mediante l'*interdictum demolitorium* ed, in caso di inottemperanza, mediante *sponsio* e successivamente *iudicium ex sponsione*, possa essere paralizzata con l'eccezione sopra trascritta: ciò che si verifica appunto quando vi sia stata *remissio*. Se un testo epigrafico della prima metà del I secolo a.C. ci documenta però in modo così evidente la possibilità d'inserire un'eccezione nel testo di un interdetto, questo significa allora che il magistrato si esonera dall'esame di accertamento, almeno per quanto concerne la circostanza dedotta nell'eccezione, demandandolo al giudice. Il Gandolfi cerca in modo molto singolare di liberarsi di questo testo, che costituisce un ostacolo insormontabile per la sua tesi, dicendo: «in particolare per quanto riguarda il passo della Lex Rubria, l'*addito addive iubeto* con l'*in* e l'accusativo non è tranquillante». Ma si tratta di una tavola epigrafica, non di un passo del Digesto, in cui possa ricercarsi ed individuare un'interpolazione!

D. 43.13.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*): Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto quod eius ripae muniendae causa non fiet, scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari.

L'ultimo inciso – '*plerumque ... dari*' – in cui si fa riferimento all'*utilitas* è certo interpolato, ma il rimanente è classico. Si discute in esso se si possa aggiungere all'interdetto '*ne quid in flumine publico fiat*', un'eccezione con la quale si faccia valere che le opere sono state fatte non per derivare le acque, ma per rafforzare le sponde del fiume. La questione non è pacifica, ma qualunque sia la soluzione del caso concreto, è per noi più che sufficiente il poter rilevare che almeno astrattamente non vi erano difficoltà ad apporre eccezioni all'interdetto.

D. 43.24.7.3 (Ulp. 71 *ad ed.*): Bellissime apud Iulianum quaeritur, an haec, exceptio noceat in hoc interdicto quod non tu vi aut clam feceris? ut puta utor adversus te interdicto quod vi aut clam, an possis obicere mihi eandem exceptionem: quod non tu vi aut clam fecisti? et ait Iulianus aequissimum esse hanc exceptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuere vi aut clam et utaris adversus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.

L'ultima parte del paragrafo – '*quod non aliter ... oportet*' – non è difficile scoprire che è interpolata. Siamo in tema d'interdetto '*quod vi aut clam*' e Giuliano pone la questione interessantissima se possa apporsi ad esso l'eccezione: «a meno che anche l'impetrante abbia agito prima *vi* o *clam*», con la conseguenza di rendere vano, in una tale ipotesi, l'interdetto stesso: la soluzione affermativa sembra al giurista conforme ad equità.

D. 43.24.7.4: Est et alia exceptio de qua Celsus dubitat, an sit obicenda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: quod incendii, defendendi causa factum non sit? Servius autem ait, si id magistratus fecisset dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: si pervenisset absolvi eum oportere. idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.

Sempre in riferimento al medesimo interdetto si discute della inseribilità di un'altra eccezione, per il caso che si siano abbattute le case del vicino per difendersi da un incendio. Si fanno diverse ipotesi con alcune varianti: che l'abbattimento sia opera di un magistrato o di un privato, che l'incendio sia pervenuto o meno alle case in precedenza abbattute. Secondo qualcuno al posto di 'Celsus' si dovrebbe leggere 'Gallus' o viceversa, ma ciò non ha qui importanza. Quando si dice 'simpli litem aestimandam' e 'absolvi' bisogna intendere poi che siamo nel processo formulare *ex interdicto*. Quali che siano le soluzioni prospettate però, quello che c'interessa è di porre in evidenza che si tratta di questioni che il pretore può valutare solo per concedere o meno una *exceptio*, senza quindi risolverle definitivamente.

Cic., *epist. ad fam.* 7.13.2: Neque est quod illam exceptionem pertimescas: quo tu prior vi hominibus armatis non veneris; scio enim te non esse precacem in lacessendo.

E' questa un'ipotesi astratta, immaginata dal versatile oratore. Tuttavia anche da essa si desume la prova sicura che nell'interdetto 'de vi armata' poteva essere inserita l'eccezione 'quod tu prior vi hominibus armatis veneris', che ci ricorda la prima di quelle incontrate di sopra, a proposito dell'interdetto 'quod vi aut clam'. In tutti questi casi che abbiamo ora esaminato è dunque evidente che l'interdetto non si presenta come un ordine incondizionato, dal che è logico anche dedurre che l'impetrato, il quale si stimi in possesso di prove sufficienti, si asterrà tranquillamente dall'adempiere l'interdetto stesso, certo di venir poi assolto nell'eventuale successivo processo *ex interdicto*.

Passiamo in rassegna altre fonti, iniziando da D. 43.30.1 (Ulp. 71 *ad ed.*):

§ 3: Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est aequae subveniendum ei erit per exceptionem.

Si parla dell'interdetto 'de liberis exhibendis' e, citandosi a conforto decreti e rescritti d'imperatori, si dice che la madre contro la quale venga diretto l'interdetto, se sia giusto che il figlio si trattenga più a lungo presso di lei che presso il padre, potrà farvi inserire un'eccezione a sua difesa.

§ 4: Pari modo si iudicatum fuerit non esse eum in potestate, etsi per iniuriam iudicatum sit, agenti hoc interdico obicenda erit exceptio rei iudicatae, ne de hoc quaeratur an sit in potestate sed an sit iudicatum.

Qui si fa il caso di taluno che richieda l'interdetto, ritenendo di essere il padre, quando invece c'è stata una sentenza che ha escluso la sua paternità. Anche se la sentenza sia viziata, potrà egualmente inserirsi nell'interdetto un'eccezione sull'esistenza del giudicato, la quale avrà la forza di togliere efficacia all'interdetto stesso.

§ 5: Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater, concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exercent.

Fra i poteri che rientrano nella *patria potestas* c'è anche quello, nel caso di matrimonio *sine manu*, di

potersi riprendere in ogni momento la figlia. Di fronte però a questa iniquità (scioglimento del matrimonio sulla base della potestà paterna), specie quando vi siano figli, il pretore non rimane indifferente. Si pensa infatti di paralizzare l'interdetto con una *exceptio*, e risulta che i pareri dei giuristi siano tutti favorevoli. Il marito dovrà però dimostrare che, esercitando il suo diritto potestativo, il *pater familias* si comporta iniquamente.

Tutti questi esempi depongono a favore della medesima affermazione intorno alla condizionabilità dell'interdetto.

Esaminiamo per ultimo

D. 39.1.1.10 (Ulp. 52 *ad ed.*): Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debet id ratum habere.

Anziché del libro XII di Celso, si trattava invece del libro XXII, ed è stato indubbiamente l'amanuense a lasciar cadere una X, ma ciò poco conta.

Qui si parla dell'interdetto '*demolitorium*', che tien dietro normalmente all'*operis novi nunciatio*, quale sanzione del comportamento del destinatario, che non abbia arrestato l'opera intrapresa. Qualora però il proseguimento dell'opera dipenda da un accordo in questo senso dei due confinanti, ed il *nunciatus* pentendosi voglia egualmente ottenere l'emanazione dell'interdetto, potrà, ci si domanda, l'avversario opporre l'*exceptio pacti*? Celso risponde di sì e supera gli argomenti dagli avversari, secondo i quali non si dovrebbe permettere che il patto privato passasse avanti allo *iusus* pretorio, ragionando in questo modo: che altro fa il pretore nel concedere un interdetto se non tentare di dirimere una controversia? Ora se le parti si sono accordate di recedere da questa, non v'è il minimo contrasto fra questo accordo e l'attività del pretore, mirando entrambi al medesimo scopo.

Da questo, così come abbiamo visto da tutti i testi fin ora passati in rassegna, appare dunque che, ogniquale volta, tenendo conto delle obiezioni sollevate *in iure*, il pretore inserisce nel testo dell'interdetto da lui emanato un'*exceptio*, egli pone una riserva che sarà sciolta dalla coscienza dell'impetrato, il quale, convinto della fondatezza di quella, desisterà dal suo intento, ovvero dal giudice dell'*actio ex interdicto*.

A queste conclusioni imposteci da un esame spassionato dei testi, il Gandolfi cerca in tutti i modi invece di sfuggire. Già abbiamo visto come egli ragioni di fronte al testo della *lex Rubria*. Quanto alle altre fonti, egli crede poi di poterne scongiurare il pericolo facendo queste considerazioni: di eccezione si poteva parlare e si parla in diritto romano in senso sostanziale e procedurale. Le eccezioni che noi incontriamo in materia di interdetti non sono affatto del secondo tipo. Esse non sono altro che le difese materialmente svolte dal convenuto e che il pretore stesso esamina subito nella loro fondatezza, emanando poi o meno l'interdetto richiesto. Ora noi non neghiamo affatto la validità della distinzione posta dal Gandolfi, ma notiamo solo che in tutti i passi presi in esame ci sembra proprio che si parli di eccezioni in senso procedurale, dal momento che per molte di esse si riferisce addirittura la formula, che il pretore inserirà nel testo del decreto.

Lo stesso Gandolfi del resto fa un'ammissione sfavorevole alla sua tesi, quando dice che in qualche caso l'interdetto era un ordine condizionato, pur rilevando che ciò si sarebbe attenuato sul finire dell'epoca classica, data la complessità dei rapporti, il volume dei traffici, la difficoltà di compiere accertamenti probatori.

Prendendo atto di questa sua ammissione, basterà per confutare la limitazione da lui sostenuta far notare a Gandolfi che già quattro secoli prima dell'epoca cui egli pensa, il pretore doveva essere piuttosto oberato di lavoro, se proprio per questo fu deciso (come attestano le fonti che egli certo non ignora) di porgli accanto un altro magistrato, il cd. pretore peregrino.

Non vogliamo escludere, s'intende, che in qualche caso il pretore stesso risolvesse le obiezioni sollevate dal convenuto, ma per lo più siamo propensi a ritenere che la sua indagine sfociasse

solo in un ordine, che avrebbe potuto o meno essere in concreto adempiuto. Tutto ciò non vuol di certo dire che una *causae cognitio* pretoria non vi fosse quando veniva inserita una eccezione nella formula dell'interdetto. Se non bastasse quanto non abbiamo mancato di dire esaminando i molti testi in proposito, basterà tenere presente il passo fondamentale di Gaio che ci attesta la presenza costante di una *causae cognitio* :

Gai., *inst.* 4.118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem obtinent substantiam capiunt, vel iurisdictione praetoris proditae sunt.*

Dal momento infatti che non vi sono o quasi nell'albo eccezioni da adattarsi agli interdetti, è evidente che prima di concederne una, sarà necessario fare un esame della fattispecie.

15. Sostiene il Gandolfi che l'assunzione delle prove nel procedimento interdittale era compito esclusivo del pretore. Egli si basa su alcuni frammenti, sui quali ora ci soffermeremo, ritenendo che essi non offrano possibilità di dubbio.

D. 43.19.1.2 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Hoc interdicto praetor non inquiri, utrum habuit iure servitutem impostam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tueretur eum, licet eo tempore quo interdictum redditur usus non sit. sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est (vel modico tempore id est non minus quam triginta diebus. neque ad praesens tempus refertur usus quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita).*

La frase compresa fra '*vel modico*' e '*diebus*' è una caratteristica interpolazione: i giustinianei, come si sa, sono sempre più benevoli e pronti alle soluzioni più benigne. Invece da '*neque ad praesens*' alla fine si è probabilmente in presenza di un glossema poiché non si fa altro che chiarire una cosa già detta. Il Gandolfi fa leva però sulla espressione '*praetor non inquiri*', che documenterebbe secondo lui l'indagine probatoria svolta dal magistrato. Ora che '*inquirere*' voglia dire '*examinare*' non è, com'egli crede, una grande scoperta. Soltanto è da tener conto che qui si parla del pretore che redige l'editto, non del pretore che nel caso concreto concede o meno un interdetto (del '*praetor mortuus*', non del '*praetor vivus*', per dirla con la vivace terminologia degli interpreti medievali) e l'*'inquiri'* non ha un valore molto diverso dall'*'ait*', che spesso è usato per introdurre gli schemi edituali.

Quanto al § 4 di questo stesso frammento, in cui si afferma:

*Si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare vel iter vel actum in usu habuisse,*

esso vuol certo dire che si deve produrre una prova, ma non c'è nulla che ci autorizzi a sostenere, con il Gandolfi, che ciò deve avvenire davanti al pretore.

E se poi nel successivo § 5 si legge:

*Iulianus ait, quoad usque ingressus est, eo usque ei interdictum competere: quod verum est,*

cioè a dire che vi sarà una tutela nei limiti in cui vi sarà stato un esercizio di fatto, ci sembra molto arbitrario ricollegare il '*competere*' che qui s'incontra con il '*sufficit*' del precedente paragrafo e ragionare così: «è sufficiente provare una delle due cose perché il magistrato possa concedere l'interdetto». Non meno irrilevanti di questi sono poi i due testi citati dal Gandolfi.

D. 43.18.1.2 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. tueretur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.*

Il discorso verte qui sull'interdetto 'de superficiebus', *interdictum duplex*, che è stato concepito sul modello dell'*uti possidetis*, e che è disciplinato da analoghe norme. Si esige in particolare che il possesso non sia stato acquistato *vi, clam* o *precario*. La formula riportata all'inizio di questo frammento è infatti:

Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, q.d.a., nec vi nec clam nec precario, alter ab altero fruamini, quominus fruamini, vim fieri veto.

Ora, secondo il Gandolfi, l'ammissibilità della pronuncia interdittale sarebbe in questo passo esplicitamente condizionata all'assunzione di prove circa l'acquisto del possesso. Le espressioni 'exigit' e 'requirit' alluderebbero cioè alla necessaria indagine da parte del pretore, se si tratta o meno di possesso vizioso. Ma l'uso di questi termini ha veramente il significato che egli vuole attribuirgli? Non solo un'interpretazione di questo genere non è imposta dal contesto, ma è molto verosimile che il giurista, servendosi di essi, voglia solo esporre quali sono le condizioni a cui il pretore nell'editto subordina l'applicabilità in senso astratto dell'interdetto in questione. Non hanno in fondo un significato diverso dall'*inquirit*' del passo esaminato in precedenza. Una conferma per la nostra interpretazione la possiamo trarre dall'espressione 'proponitur', che sicuramente allude all'editto e che il Gandolfi sembra non noti, nonché dal richiamo all'interdetto '*uti possidetis*'.

D. 43.19.3.13 (Ulp. 70 *ad ed.*): Hoc autem a superiori distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est et ius sibi esse reficendi oporteat. ius autem esse videtur ei cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res *debet docere*, et hoc anno se usum et ei servitutum competere: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire agere tantisper quoad de servitute constet: non debet de iure suo *docere*: quid enim perdit: qui eum patitur hoc facere qui hoc anno fecit? enimvero qui vult reficere: aliquid novi facit neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutum.

L'interdetto '*de itinere actuque reficiendo*' esaminato qui in confronto con quello '*de itinere actuque privato*', è un interdetto accessorio, che serve al titolare di una servitù di passaggio, quando egli voglia compiere opere di restauro. Mentre per quanto si riferisce a quello '*de itinere actuque privato*' il giurista osserva che l'esperibilità di esso non peggiora la situazione dell'impetrato, ciò si verifica invece per l'interdetto '*de itinere reficiendo*'. Essendovi questa diversità, diversa sarà la prova da dare: per il primo l'uso dell'*iter* per tutto l'anno, per il secondo oltre a questo l'esistenza di un diritto di servitù.

Il Gandolfi dà particolare risalto alla frase '*debet docere ...*', che interpreta come operazione probatoria di fronte al tribunale del pretore, se non riesce la quale, '*deficit interdictum*', cioè l'interdetto non viene concesso. Ma non ci troviamo qui di fronte ad un'enunciazione astratta del giurista che commenta l'editto, come nei casi precedenti? Non si precisa minimamente quando si debba dare la dimostrazione dei due requisiti. Ciò potrà anche verificarsi davanti al magistrato ma non è affatto necessario! '*Deficit*' vuol dire benissimo «cade nel nulla» e non solo «non viene emanato», ed è del tutto inutile, ci sembra, andare a vedere il «VIR.» per dimostrare che '*docere*' è eguale a '*probare*'.

Concludendo si deve pertanto rigettare nel modo più assoluto la tesi radicale del Gandolfi, il quale, partendo da una premessa documentabile, di una *causae cognitio* di fronte al magistrato prima dell'emanazione dell'interdetto, vorrebbe giungere alla indimostrata asserzione che sempre questa *causae cognitio* dovesse risolvere tutte le questioni sollevate *in iure*.

16. La *cognitio* pretoria poteva prolungarsi anche per più udienze e ciò non deve far meraviglia. Essendo però questo un ulteriore argomento a sostegno della nostra tesi, contro la vecchia dottrina che parlava di interdetto come espediente processuale, soffermiamoci alquanto su di esso e prendiamo in esame un testo, in cui si parla di una '*dilatatio*' data all'avversario e delle sue conseguenze.

D. 43.19.1.10 (Ulp. 70 *ad ed.*): Praeterea sciendum est, si dilatione data adversario futurum est, ut causa interdicti mei deterior fiat, aequissimum esse *repetita* die reddi interdictum.

Si tratta dell'interdetto '*de itinere actuque privato*' il cui requisito è, come abbiamo già visto, l'esercizio di fatto della servitù di passaggio per l'ultimo anno, anteriormente al giorno dell'emanazione dell'interdetto. Ora nel caso che, concedendosi una dilazione all'avversario dopo una prima udienza, si perda alquanto tempo (nulla c'impedisce di pensare addirittura a qualche mese), potrà divenire più difficile per l'impetrante, una volta ottenuto poi l'interdetto, la prova dell'anno di uso (che come abbiamo detto si conta risalendo indietro dal giorno della concessione dell'interdetto). Per ovviare a questo inconveniente si considererà allora l'interdetto con efficacia retroattiva, cioè come se esso fosse stato concesso al momento della *postulatio*, e la formula potrà convenientemente modificarsi così:

Quo itinere actuque privato, q.d.a., priore anno antequam hoc interdictum postulaveris, nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.

Cosa ben diversa dalla '*repetitio diei*' è invece la '*remissio*' di cui si parla in un altro passo e che possiamo esaminare al solo scopo di meglio chiarire il concetto della retrodatazione dell'interdetto, che abbiamo visto or ora:

D. 43.24.15.5 (Ulp. 71 *ad ed.*): Sed si is sit locus in quo opus factum est, qui facile non adiretur ut puta in sepulchro vi aut clam factum est vel in abdito alio loco sed et si sub terra fieret opus vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum, causa cognita [competit] interdictum de eo quod factum est: nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et iusta causa ignorantiae interveniente.

Dal punto di vista critico si sono già fatte al passo varie osservazioni: '*cloaca*' è senza preposizione; sono interpolati '*competere*', poiché si tratta di una mera facoltà del magistrato di concedere o meno l'interdetto in questione, e tutta la frase da '*hoc est magna*' alla fine, poiché non c'è affatto bisogno di sottolineare i gravi motivi che possono giustificare l'allontanamento dal principio, quando ciò può già ricavarsi dagli esempi fatti nel testo. Quanto al contenuto, appare chiaramente come la '*remissio annuae exceptionis*' in riferimento all'interdetto '*quod vi aut clam*' rappresenti una modificazione che il pretore apporta, a suo prudente arbitrio, allo schema editale dell'interdetto. Essa però non ha niente a che fare con una pluralità di udienze ed ha solo lo scopo di eliminare un requisito previsto nell'editto, in considerazione del fatto che l'opera, per la quale si chiede l'interdetto, è tale che per molto tempo non si è potuta conoscere. Invece di essere (Lenel § 256):

Quod vi aut clam factum est, q.d.r.a., id, si non plus quam annus est cum experiendi potestas est, restituas,

l'interdetto reso in questo caso sarà semplicemente:

Quod vi aut clam factum est, q.d.r.a., id restituas.

17. Noi potremmo ora tirar le somme della nostra indagine, se non fosse opportuno dissipare un dubbio che può legittimamente presentarsi. Abbiamo sostenuto che l'emanazione di un interdetto era sempre preceduta da una *causae cognitio*, e per questo punto abbiamo il sostegno di numerosi testi. Abbiamo però anche incontrato una serie di passi nei quali si trova posto in bella evidenza l'inciso '*causa cognita*'. Insomma, mentre talora il richiamo alla *causae cognitio* è verbalmente esplicito, nella maggior parte degli altri casi ciò può certo dedursi *ex rebus ipsis*, ma non è posto in rilievo dalle fonti. Come si spiega tutto questo?

Non era certo nel vero la vecchia dottrina che riteneva potersi parlare di '*causae cognitio*' solo

quando i testi facessero ad essa manifesta allusione. Riflettiamo allora alla natura delle promesse pretorie contenute nell'albo. Nell'impegnarsi a concedere questo o quel mezzo di tutela, il pretore formula infatti due ordini di promesse:

- 1) Verificandosi l'ipotesi  $x$  concederò il mezzo di tutela  $a$  ;
- 2) Verificandosi l'ipotesi  $y$  concederò o non concederò il mezzo di tutela  $b$ , secondo le risultanze del mio esame.

Con le promesse del primo tipo egli si vincola ad offrire tutela, sol che si accerti la rispondenza della fattispecie concreta all'ipotesi astratta. Con le seconde s'impegna invece molto condizionatamente, riservandosi di concedere o meno il mezzo richiesto. La *causae cognitio* consisterà allora, per le promesse del primo genere, in un semplice accertamento sillogistico, di cui la clausola edittale costituisce la premessa maggiore, la corrispondenza o meno a questa del caso concreto la minore, la concessione o la denega del provvedimento la conclusione. Volendo schematizzare ed indicando con  $a$  il caso concreto, con  $x$  l'ipotesi astratta e con  $s$  e  $-s$  il sillogismo positivo o negativo avremmo:

$$\begin{aligned} \text{se } a = x : s \\ \text{se } a \neq x : -s \end{aligned}$$

Per le promesse del secondo ordine invece la *causae cognitio* non consisterà solo in un accertamento sillogistico, ma altresì in una ricerca di elementi concreti, atti ad una valutazione discrezionale, per cui potrà aversi denega del provvedimento, nel caso che la fattispecie sia diversa dalla ipotesi edittale, e denega egualmente, o concessione, nel caso invece in cui la corrispondenza si verifichi. Usando ancora dei simboli ed indicando con  $b$  la fattispecie, con  $y$  l'ipotesi astratta, con  $s$  o  $-s$  il sillogismo, con  $d$  o  $-d$  l'apprezzamento discrezionale del pretore, a seconda rispettivamente del loro contenuto positivo o negativo, avremmo:

$$\begin{aligned} \text{se } b \neq y : -s \\ \text{se } b = y : s + d \quad (\text{provvedimento favorevole}) \\ \quad \quad \quad : s + (-d) \quad (\text{provvedimento negativo}) \end{aligned}$$

Come paradigma di una promessa di interdetto, condizionata all'apprezzamento discrezionale del pretore, possiamo vedere il testo edittale relativo all'interdetto fraudatorio, ricostruito sulla base di D. 42.8.10.pr. Anzi una parte di questo sarà sufficiente (Lenel § 268: *contra*, per qualche punto, Solazzi):

Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit: ea illis [...] <...?...> si non plus quam annus est cum esperiundi potestas est, restituas; interdum causa cognita, et si scientia non sit <interdicam>.

Il pretore promette, come si vede, l'interdetto contro colui che possieda una cosa già appartenente al patrimonio del debitore, purché vi sia la *scientia fraudis* dell'impetrato ('*sciente te*'). Anche però se la consapevolezza non vi sia, in qualche caso si riserva di *interdicere causa cognita*. Cosa vuol dire dunque '*causa cognita*'? Non certo '*causae cognitio*', che si ha in ogni caso, ma apprezzamento discrezionale sulla base delle risultanze dell'accertamento di merito.

Ovviamente quando l'editto, col trasformarsi della procedura e l'assimilazione degli interdetti alle azioni, si fu cristallizzato, al pari dei criteri d'interpretazione posti dai giuristi, in norme di legge, la *causae cognitio* scomparve. L'interdetto poteva infatti sempre esperirsi come una normale azione. Dove si parlava di '*causa cognita*', l'apprezzamento discrezionale rimase al giudice funzionario, il quale poteva eccezionalmente anche non consentire l'esperibilità di un mezzo processuale (procedimento *per libellos*). Non è escluso, quindi, che nei testi classici si alludesse anche alla '*causae cognitio*' come accertamento generale, nel senso che abbiamo veduto, ma i giustinianeî avevano certo tutto l'interesse a farla scomparire.

Potremmo semmai domandarci se anche l'espressione '*causa cognita*' alluda in qualche passo al

solo esame di legittimità, ma riteniamo che essa sia sempre impiegata nel medesimo significato.

Dovendo ormai concludere, diremo dunque che il pretore, di fronte alla *postulatio* di un interdetto, doveva indubbiamente fare un'indagine del merito. Se la *postulatio* risultava infondata avrà denegato il mezzo di tutela; altrimenti avrà concesso l'interdetto ovvero, se allo stato degli atti non si sarà ritenuto in grado di emanare un ordine incondizionato, avrà senz'altro emesso un ordine *sub condicione*.

### **IX. Il provvedimento conclusivo**

18. La *cognitio* interdittale si concludeva in ogni caso con un provvedimento decisorio che rigettava od accoglieva la *postulatio* avanzata dal ricorrente. Esamineremo uno dopo l'altro la struttura dei due provvedimenti.

Quanto alla *denegatio interdicti*, non sono molti i testi delle fonti giuridiche che vi alludono (intendiamo al provvedimento in senso formale, poiché sono invece numerosi e diversi i passi – li abbiamo veduti – che alludono al rigetto in senso sostanziale). Una spiegazione di questa scarsità di riferimenti potrebbe essere quella che in pratica non dovesse esser frequente la *denegatio interdicti*, limitandosi il magistrato a non autorizzare la citazione dell'impetrato, che, come abbiamo sostenuto, doveva avvenire in forma ufficiale o semiufficiale, quando già da un primo esame si rendesse conto che la *postulatio* era senz'altro infondata. Affinché questa spiegazione fosse però del tutto persuasiva, occorrerebbe che noi sapessimo almeno con quale termine tecnico veniva indicato il diniego di citazione, ma poiché non è affatto da escludere che anche questo venisse indicato con l'espressione '*denegatio*' (è molto diffuso nel mondo romano il fenomeno di un termine con significato bivalente, di cui uno più tecnico dell'altro), la spiegazione offerta non può lasciarci tranquilli. Una spiegazione più sicura di carattere storico è invece la seguente. Data la profonda evoluzione subita dalla procedura interdittale e la sua equiparazione con Giustiniano al processo ordinario, come non era più concepibile una *denegatio* per le azioni (esclusi pochissimi casi in cui occorrevano determinati requisiti), agendo l'attore a tutto suo rischio e pericolo con la semplice notifica del *libellus*, così deve essere accaduto per gli interdetti. Stando così le cose, allora è già molto se i compilatori ci hanno conservato qualche testo in cui si parla di '*denegatio interdicti*', quando avrebbero potuto benissimo toglierli tutti. Qual era in concreto l'atto del magistrato, con cui si negava la protezione interdittale? Indubbiamente un *decretum* rivolto all'impetrante, lo schema del quale era molto probabilmente formulato così:

interdictum quod postulas tibi nego.

Negli interdetti duplici tale decreto di rigetto si sarà poi rivolto evidentemente ad entrambi i contendenti. A differenza del decreto di accoglimento che poteva essere sempre seguito da processo formulare *ex causa interdicti*, questo era indubbiamente un provvedimento definitivo. La questione era risolta e non poteva sulla decisione negativa innestarsi nessun altro procedimento, non essendo ammissibile né opposizione né appello ai sensi della *cognitio extra ordinem*. Rimane semmai da risolvere il problema se la questione potesse venir riproposta in un secondo tempo al magistrato. Da un lato saremmo indotti a ritenere che la *denegatio interdicti* avesse un'efficacia preclusiva, analoga a quella della sentenza di condanna. Considerando però quanto ci dice Celso in

D. 42.1.14 (Cels. 25 *dig.*): Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet, de sententiis contra,

dove, alludendosi all'emanazione di un interdetto, si ammette – dato che esso è un provvedimento fondato tipicamente sull'*imperium* – la possibilità di revoca, dovremmo concludere diversamente poiché, essendo la *denegatio* un *decretum* di struttura identica all'editto, il principio che vale per l'una dovrebbe evidentemente valere anche per l'altra.

Che a questa possibilità astratta di revoca corrispondesse però una pratica frequente possiamo ad ogni modo tranquillamente escluderlo. Mentre infatti per l'emanazione dell'interdetto non erano necessari elementi assolutamente cogenti, dovevano invece sussistere fondati motivi perché, dopo la *cognitio*, si denegasse il provvedimento. Quando però il magistrato avesse ritenuto per le ragioni più varie, come poteva benissimo accadere, insussistenti certi elementi che invece non lo erano, si sarà potuto certo avere una revoca della *denegatio*, nel senso che si sarà potuto concedere l'interdetto in seguito ad una nuova *postulatio*; questo tuttavia non esclude la definitività della *denegatio* stessa, in quanto la concessione dell'interdetto, prima rifiutato, presuppone una situazione di fatto diversa o quanto meno diversamente valutata. D'altronde che il pretore operasse in ogni caso con estrema cautela prima di giungere ad una revoca si può comprendere da un passo a noi già noto (D. 43.29.3.13: cfr. *su- pra*, p. 22), dove trattandosi di escludere l'efficacia preclusiva di un interdetto già emanato, per concederne un altro *'de eadem re'* si dice appunto:

Si tamen posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici.

In ogni modo, quantunque presentata come eccezionale, anche questa è una testimonianza che può affiancarsi a quella di Celso, per escludere che la concessione e pertanto anche il diniego di un interdetto avesse di norma efficacia preclusiva.

19. Veniamo ora in particolare all'accoglimento della *postulatio*, cioè alla *editio interdicti*, cui si allude nelle fonti con le espressioni *'edere'* o *'reddere interdictum'*. Come la *datio iudicii* del processo formulare s'identifica con la *formula*, così è evidente che la *editio interdicti* è un tutt'uno con l'interdetto stesso. Il pretore infatti dà un'azione od un interdetto semplicemente emanando la formula richiesta.

Orbene, mentre per noi tutto ciò è pacifico, per moltissimo tempo invece ha dominato in dottrina la concezione secondo cui la *editio interdicti* sarebbe stato un atto di parte, come l'*editio actionis*, che indica la manifestazione di volontà dell'attore che compie la *litis contestatio*.

Già però il Bethmann-Hollweg e lo Heumann avevano intuito, all'inizio del secolo scorso, come poi è stato sostenuto da Albertario e da noi stessi nel nostro volume del 1938, che *'editio'* ed *'edere'* sono espressioni tecniche che indicano l'atto del magistrato che accoglie la *postulatio*. Anche il Gandolfi, pur ripetendo più volte che secondo lui «il problema del significato di *edere interdictum* non merita quell'importanza che gli autori vi hanno voluto attribuire», finisce con l'aderire (per usare ancora le sue parole) «alla concezione dell'*edere* = *reddere*». Riesaminiamo pertanto la questione.

Nel linguaggio comune *'edere'* (da *'ex-dare'*) vuol dire, in senso materialistico, «metter fuori» e con questo significato sono poi collegati tutti gli altri. Le fonti letterarie ci forniscono molti esempi di questa accezione: *'edere extremum vitae spiritum'* (Cic., *Phil.* 12.22); *'Mecenas atavis edite regibus'* (Hor., *carm.* 1.1.1); *'ea (Academia) praestantissimos in eloquentia viros edidit'* (Quint., *inst. or.* 12.2.25); *'edere voces'* (Cic., *Tusc.* 2.8.20); *'dulces editis ore modos'* (Ovid., *fast.* 1.444); *'edere librum contra aliquem'* (Cic., *Acad.* 4) – donde il nostro termine «edizione» –; *'edant et exponant quid in magistratu gesserint'* (Cic., *de leg.* 3.20). In tutti questi casi è evidente il significato univoco del linguaggio volgare, cui corrisponde quello tecnico nelle frasi *'edere actionem'* e *'edere iudicium'*. Infatti l'attore che fa l'*editio*, propone (il «VIR.» ci dà l'equivalenza: *'edere'* = *'ferre, proferre in re iudiciaria'*) al convenuto la formula ottenuta dal pretore, manifestando con ciò la sua volontà, che è fondamentale per la instaurazione del rapporto processuale.

Spostiamoci ora sul piano del processo interdittale. Può *'edere'* costituire una voce idonea ad indicare un'attività di parte? Svolge la parte un'attività fondamentale anche in questo processo? Siamo certi di no. Qui la manifestazione di volontà veramente dominante è quella del magistrato e, come nel processo ordinario si parla di *'edere'* per l'attore, in questo è più che logico che lo stesso termine indichi invece l'attività del magistrato (ciò corrisponde alla differenza sostanziale fra i due procedimenti e non è affatto un'anomalia).

Vi sono alcuni testi, è vero, in cui *'edere'* indica un'attività di parte, ma anche se essi non fossero interpolati, come ha dimostrato l'Albertario, non sarebbero certo sufficienti a poter collocare sullo stesso piano la volontà dell'attore nel processo formulare e quella nel processo interdittale. Resta comunque un passo, che l'Albertario ha pressoché trascurato e che, se noi dovessimo interpretarlo letteralmente, darebbe ragione ai nostri avversari.

D. 43.3.2.4 (Paul. 63 *ad ed.*): Si per legatarium factum sit, quo minus satisdatur, licet cautum non sit, tenetur interdictum. sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdatur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit, non competit interdictum nisi satisdatum sit. item, si per bonorum possessorem stetit quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur.

L'esegesi di questo passo presuppone l'esatta conoscenza dell'interdetto *'quod legatorum'*, che peraltro noi abbiamo già incontrato (*supra*, p. 39 s.). Rileggiamone pertanto la formula ricostruita da Lenel (§ 228):

Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, id, si eo nomine satisdatum est sive per illum non stat ut satisdatur, illi restituas.

Come sappiamo, l'interdetto *'quod legatorum'* compete a chi abbia ottenuta dal pretore la *bonorum possessio contra tabulas*, perché possa ottenere la restituzione dei beni facenti parte dell'asse ereditario da chi li detenga a titolo di legato. Condizione essenziale, come si vede dalla formula, è che l'impetrante presti adeguata garanzia, per il caso che la *bonorum possessio* gli risulti attribuita ingiustamente. Alla prestata cauzione è equiparato però il caso che la mancanza di *satisdatio* sia imputabile allo stesso interessato, a meno che (si dice nella seconda parte di D. 43.3.2.4) l'impetrato si dimostri disposto a farsi prestar cauzione al momento della *editio*, poiché allora, se questa non viene offerta, *'non competit interdictum'*. Come risulta anche dall'ultima ipotesi (in cui è il *bonorum possessor* che, inizialmente non disposto ad offrire cauzione, muta poi il suo atteggiamento), il momento finale per poter prestare la garanzia è perciò quello della *editio interdicti*. Ora, mentre in base alle espressioni *'tenetur interdicto'*, *'tenet interdictum'* sembra logico affermare che la mancanza di cauzione incida sull'efficacia dell'interdetto, dall'espressione *'non competit interdictum'* vien fatto invece di pensare (traducendo il *'competit'* con «spetta») che questa mancanza determini la non emanabilità dell'interdetto medesimo. E se così fosse, saremmo indotti ad ammettere che l'*editio* sia un atto di parte anteriore alla pronuncia del magistrato, poiché, mostrandosi l'impetrato disposto a ricevere garanzia *'eo tempore quo editur interdictum'*, questo può benissimo essere emanato. Ci sembra però molto strano l'uso promiscuo di simili espressioni di portata diversa, in riferimento a casi analoghi. In passato abbiamo decisamente sostenuta l'interpolazione della frase *'interdictum competit'*, che i compilatori avrebbero qui introdotto per offrire all'interprete un chiarimento dell'espressione *'teneri interdicto'* equiparandola implicitamente al *'competere'* dell'*'actio tamquam ex interdicto'*. Oggi, avendo constatato come certe espressioni dall'apparenza univoche, come *'locus est'*, *'locum habet'*, possano anche essere impiegate in significati diversi fra loro, potremmo essere indotti a rivedere la nostra affermazione, ma nel caso in esame ci sembra che l'interpolazione possa ancora sostenersi. In quei casi in cui *'competit'* non è interpolato abbiamo visto infatti che esso attiene sempre all'emanazione dell'interdetto, cosa che qui sarebbe molto strana, se non addirittura inconcepibile, dal momento che viene impiegato in mezzo a due espressioni, come *'tenet'* e *'teneri'*, che sono, come sappiamo, molto più adatte ad indicare l'efficacia del provvedimento. D'altronde l'interpolazione è perfettamente giustificabile essendo per Giustiniano l'*editio interdicti* niente altro ormai che l'esercizio dell'*'actio ex causa interdicti'*. Essa, ravvisabile nella indicazione del *nomen actionis*, segna infatti il momento introduttivo del processo cui, per la mutata struttura dell'ordinamento giudiziario (la *litis contestatio* si svuota di ogni contenuto, mentre acquistano importanza altri atti processuali, come quello iniziale e quello conclusivo), si riportano (e la terminologia apparentemente è immutata, onde occorre una *duplex interpretatio*) quelli che erano invece gli effetti della *editio* classica, come la responsabilità per i frutti, la responsabilità per colpa, nossale, etc.

20. Dovremmo ora soffermarci sull'espressione «processo interdittale» di cui abbiamo fatto uso sin qui, discutendo poi se per questa forma di procedura si possa parlare di «rapporto processuale», come avevamo promesso all'inizio di questa seconda parte. E forse non sarebbe neppure inadatto il momento per esaminare più da vicino il carattere sommario del procedimento interdittale (carattere che peraltro è emerso da quanto siamo andati dicendo intorno ad esso). Preferiamo però rinviare questi argomenti a quando avremo esaminato anche quelle che possono essere le conseguenze dell'interdetto: l'ottemperanza di esso oppure la trasgressione e l'opposizione da parte del destinatario (cioè le due forme di procedura formulare *ex interdito*). Allora il momento sarà ancora più opportuno.

### **Parte terza: Effetti procedurali della pronuncia**

#### **X. Ottemperanza all'interdetto**

21. Contro la tesi abbastanza diffusa, a cui spesso ci siamo richiamati per combatterla, che l'interdetto non sarebbe altro che un espediente processuale per instaurare un processo ordinario, noi riteniamo invece, come abbiamo già avuto modo di sostenere, che l'interdetto fosse un comando concretamente eseguibile. Tutto quello che sin qui siamo venuti dicendo intorno al procedimento interdittale (istruttoria del pretore, forme di svolgimento della procedura, fondamento di essa sull'*imperium*, forza coattiva, etc.) ci induce infatti necessariamente a ritenere che il provvedimento del pretore dovesse sempre essere osservato dal destinatario, tutte le volte che esso fosse stato emanato con fondamento (cosa che lo stesso destinatario sarà stato in grado per lo più di valutare da sé, con un esame coscienzioso della situazione), salva la possibilità di infliggere adeguata sanzione a chi, avendo l'obbligo di ottemperarvi, non lo avesse osservato. La tesi a noi contraria è però molto dura a morire, poiché sostenuta in passato da eminenti romanisti, fra i quali addirittura il Lenel, ricostruttore dell'*edictum praetoris*. Non sarà certo comunque un principio di autorità che potrà indurci ad accoglierla, ma solo, semmai, il riconoscimento della fondatezza delle testimonianze su cui si basa, o meglio dell'interpretazione ad esse data, cosa di cui, sia detto fin d'ora, siamo però molto poco convinti.

Tralasciando per il momento alcuni paragrafi di Gaio che potrebbero conciliarsi anche con la nostra tesi, soffermiamoci su una sigla conservataci da alcuni frammenti di Valerio Probo e su un passo di Cicerone, che vengono con molto convincimento invocati a favore della tesi, detta anche dell'interdetto pura forma («blosse Form»).

Di Probo, filologo della colonia romana di Berito, vissuto nella seconda metà del I secolo d.C., noi possediamo, oltre l'opera originale in veste sistematica, i cd. «*excerpta Probianae*», pervenuti attraverso due diversi manoscritti, che vanno sotto il nome di «*Codex Einsidllensis 326*» il primo e di «*Codex Parisinus 4841*» il secondo, l'uno edito dal Mommsen, l'altro scoperto e studiato dal Girard. I due frammenti hanno pressappoco le stesse dimensioni, ma il secondo ha permesso d'integrare e ricostruire alcune lezioni incerte o mancanti del primo. In mezzo alle abbreviazioni latine del basso impero (cd. *notae Papianae*) contenute in questi due manoscritti c'è appunto, fra le altre sigle di Probo, quella (*Einsidl.* 70) «R.A.Q.E.I.E.», che ha dato molto da fare ai moderni romanisti. Essa non era infatti completamente sciolta nel primo codice, che spiegava lacunosamente: «*RESTITU... ANTE QUAM EX IURE EXEAS*», e alcuni avevano ricostruito la prima parola con «*RESTITUITO*», altri, come lo Schmidt, con «*RESTITUTUS*», intendendo in tal modo riferirla alla materia della '*restitutio in integrum*' e non degli interdetti, come è stata per lungo tempo diffusa opinione. Il *Codex Parisinus* ha permesso di accertare con esattezza il significato della sigla, con la ricostruzione della prima parola, che

in esso è appunto «RESTITUAS», rendendo molto improbabile l'ipotesi che essa non avesse applicazione in materia interdittale. Non è chi non veda, così stando le cose, come questa formula deponga in apparenza a netto favore della tesi del Lenel, poiché, se gli interdetti restitutorii terminavano con una clausola del genere («R.A.Q.E.I.E.»), è evidente che essi erano assolutamente ineseguibili nella totalità dei casi. Non siamo però affatto convinti – come dicevamo – che gli *excerpta Probiana* possano dar partita vinta alla tesi del Lenel. Prima di tutto ci sentiamo in diritto di sollevare alcune obiezioni che potrebbero offrirci, se non altro, degli indizi per sminuire la tesi avversaria. Se è vero che gli interdetti restitutorii terminavano tutti con questa clausola, perché mai i compilatori hanno riportato di essa solo e sempre la parola «RESTITUAS», quando, essendo divenuta l'emanazione dell'interdetto una vera finzione, non avrebbero avuto alcun motivo per sopprimere la menzione dell'intera clausola? Perché poi, anche ammesso che essa fosse stata cancellata dalla compilazione, non s'incontra in alcuna delle fonti giuridiche a noi pervenute al di fuori di questa? Se l'interdetto restitutorio terminava con questa clausola, perché mai gli *excerpta Probiana*, che pure arrivano nella loro sistemazione alfabetica fino alla lettera R, non recano traccia di una clausola analoga «E.A.Q.E.I.E.» (*exhibeas ante quam ex iure exeas*), che non avrebbe dovuto mancare per gli interdetti esibitorii?

Non potendo escludere, come abbiamo già detto, che questa sigla si riferisse agli interdetti, dovremo quindi per lo meno ammettere che essa non fosse del tutto normale. Pensiamo anzi che essa venisse impiegata in un singolo interdetto, che, per particolari motivi, avesse bisogno di questa aggiunta, interdetto che non è molto difficile individuare tenendo presente quanto dice

Gai., *inst.* 4.170: Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsonumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti non faciat. itaque et si alias potuerit interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto fecisset, si non fecit, tamen per interdictum secundarium vincitur ...

Questo paragrafo, dopo il quale incomincia nel «Veronese» un'ampia lacuna, è l'unica isolata testimonianza relativa agli *interdicta secundaria*. Senza fare anticipazioni sulle conseguenze della inottemperanza dell'interdetto, su cui ci soffermeremo in seguito, cerchiamo d'individuare il meccanismo di questi interdetti, che, come dice Gaio, trovano applicazione nel caso che il destinatario di un interdetto *duplex*, inottemperante all'ordine, assuma poi un comportamento ostruzionistico, si rifiuti cioè di compiere tutte quelle formalità (*cetera ex interdicto*, come la finzione di violenza, la *licitatio* dei frutti o asta per poter attribuire il possesso della cosa, la *satisdatio*, la *sponsio*, la *litis contestatio* sul *iudicium ex sponsione*) necessarie per poter instaurare il procedimento formulare *ex causa interdicti*. La parte non recalcitrante potrà infatti chiedere un interdetto *simplex* (che rispetto al precedente prende appunto il nome di secondario), restitutorio o proibitorio, a seconda che a possedere sia o meno colui che rifiuta la sua collaborazione, e anche se – chiarisce il giurista – quest'ultimo avrebbe potuto risultare vincitore nel procedimento ordinario, a questo punto egli rimarrà senz'altro soccombente. Mentre però si comprende facilmente come questa efficacia definitiva abbia l'interdetto semplice proibitorio, il quale ratifica lo stato di fatto del possesso da parte dell'impetrante, di modo che un interesse ad agire ora lo ha solo il renitente, resta da chiarire come una simile efficacia abbia anche l'altro, l'interdetto restitutorio. Se noi immaginiamo però che questo interdetto termini con la clausola di cui ci stiamo interessando, «R.A.Q.E.I.E.», allora appare chiaramente come il destinatario di esso, che è in possesso della cosa controversa, si venga a trovare subito dopo l'emanazione di questo, che egli è nell'impossibilità di eseguire, in condizione di trasgressore, con la conseguente necessità di domandare un arbitro o di tollerare che l'avversario lo provochi immediatamente con la *sponsio*. Un suo eventuale comportamento ostruzionistico anche in questo caso non ha ormai più rilevanza, non dovendo compiere degli atti positivi di iniziativa, e contro di lui potranno applicarsi tutte le normali sanzioni processuali previste per l'*indefensus*.

La nostra tesi della limitata applicazione della clausola in esame al solo caso degli *interdicta secundaria* ci sembra in tal modo abbastanza persuasivamente dimostrata.

22. Avendo così sgombrato il campo dall'argomento più forte, resta, per confutare la tesi della in-seguibilità dell'interdetto, da esaminare l'altra testimonianza, su cui fa leva l'opinione che noi combattiamo. Si tratta di un passo della *pro Tullio* di Cicerone, orazione che, sebbene pervenutaci in modo alquanto frammentario, è tuttavia possibile ricostruire agevolmente nel suo contenuto.

Cic., *pro Tull.* 23.53: ... ego ipse tecto ille disturbato si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est. nunc hoc probabis viris talibus, cum aedificium tuo iure disturbare non potueris, quod esset, quem ad modum tu vis, in tuo, homines, qui in eo aedificio fuerint, te tuo iure potuisse occidere?

La dottrina, di cui il Lenel è il più autorevole esponente, polarizza tutto il suo interesse sull'alternativa '*aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est*', deducendo che, se queste sono le due possibili vie d'uscita di un interdetto restitutorio come quello di cui qui si ragiona ('*quod vi aut clam*'), non poteva logicamente esistere la possibilità della eseguibilità in forma specifica dell'interdetto medesimo. Ma come questa interpretazione sia del tutto arbitraria crediamo si possa facilmente dimostrare se, anziché esaminare isolatamente il passo dell'orazione, lo s'inquadri nel corpo della vicenda che ha dato origine al processo di cui si discute, davanti ai *recuperatores*. Marco Tullio, cliente di Cicerone, agisce con un'*actio vi bonorum raptorum* contro P. Fabio, che aveva fatto distruggere nottetempo da una banda di armati un edificio, che lo stesso Marco Tullio aveva costruito su un appezzamento di terreno, la cui appartenenza era fra i due contestata. La violenta azione notturna aveva provocato anche la morte ed il ferimento di un gran numero di schiavi dell'attore, i quali si trovavano nella casa. Il fatto materiale della violenza e della distruzione dell'edificio è un punto incontrovertito, ma il convenuto, difeso a sua volta da T. Quintio, cerca di scagionarsi sostenendo che:

- 1) la violenza non era dolosa;
- 2) non era contraria al diritto;
- 3) era stata fatta per legittima difesa.

Cicerone, da avvocato principe qual è, costruisce la sua arringa, che è poi una *refutatio* di quella pronunciata dall'avversario, prendendo come base le difese del convenuto e ribattendole punto per punto, nella discussione dei termini della formula. E' per ribadire le sue parole con l'evidenza di un ragionamento *a fortiori* che egli, nel passo da noi letto, si domanda appunto: «se distruggendo l'edificio, sul terreno che pretendi tuo, sarebbe stato esperibile l'interdetto *quod vi aut clam* e tu ne avresti dovute subire le conseguenze processuali, è mai possibile che tu abbia potuto comportarti legalmente uccidendo gli uomini che qui si trovavano?». Formulando l'alternativa '*aut per arbitrum restituas aut per sponsione condemneris*', Cicerone dà adunque per certe due cose:

- 1) che la violenta distruzione è, come abbiamo già detto, incontrovertita;

- 2) che l'avversario tenta di disconoscere l'applicabilità a suo carico dei mezzi processuali diretti alla repressione della violenza.

Se si tiene presente tutto ciò, è allora di tutta evidenza come la possibilità teorica di una volontaria ottemperanza all'interdetto, da parte del suo supposto destinatario, sia volutamente esclusa dall'oratore, poiché altrimenti l'impetrato dovrebbe riconoscere, come invece non si verifica, l'applicabilità contro di lui del mezzo di repressione.

In un caso del genere è pertanto logicissima l'affermazione di Cicerone che l'avversario non potrà far altro che opporsi all'interdetto chiedendo la formula arbitraria o violarlo ed accettare poi il *iudicium per sponsionem*. Si ponga inoltre mente all'abilità dialettica dell'oratore, il quale non configura neppure la possibilità che il convenuto nel giudizio *per sponsionem* possa venire assolto.

Dati i presupposti questo non può portare infatti che alla condanna. E' come se dicesse «o restituirai in seguito a giudizio arbitrario» (questo infatti è il vero valore di '*restituas*', che non vuol dire,

come si sostiene da taluno, chiedere la formula arbitraria, poiché solo dopo che il convenuto si sia rifiutato di restituire, una volta accertato l'obbligo di restituzione, potrà essere condannato) «o accetterai la formula *ex interdicto* e con ciò avrai firmato la tua condanna».

Anche quest'ultimo puntello della tesi dell'interdetto «pura forma» è pertanto abbattuto.

### **XI. Opposizione e trasgressione (procedimento formulare «*ex interdicto*»)**

23. Il processo formulare *ex interdicto* ha per noi interesse esclusivamente dal punto di vista dei rapporti funzionali con il vero processo interdittale e solo da questo punto di vista ce ne occuperemo. Le nostre deduzioni in materia presuppongono però lo notizie che Gaio ci dà intorno alla instaurazione e svolgimento di questo processo formulare nelle sue due possibili forme, ed è dunque da Gaio che noi prenderemo le mosse. Conosciamo già (cfr. *supra*, p. 14 ss.):

Gai., *inst.* 4.141: Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsonem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur. et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsonem agi solet ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsonem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur.

Leggiamo ora:

Gai., *inst.* 4.162-163: Si igitur restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, velut ut restituatur ei possessio qui vi deictus est, aut exhibeatur libertus cui patronus operas indicere vellet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria et iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituat neque exhibeat quanti ea res est condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei, qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte: potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

La dottrina romanistica sorvola con estrema disinvoltura su questo passo, non rendendosi conto di quanto complessa e singolare sia la instaurazione del procedimento *per formulam arbitrariam*, cui qui si fa cenno.

Quando Gaio dice che l'impetrato '*accipit formulam quae appellatur arbitraria*' può infatti sembrare a prima vista che non si parli di '*accipere iudicium*' in senso tecnico, poiché – forse anche per un irresistibile confronto con il nostro procedimento ingiuntivo – vien fatto di pensare che nel processo di opposizione sia il destinatario dell'interdetto a prendere su di sé tutta l'iniziativa del procedimento. Colui che si oppone oggi al decreto ingiuntivo del giudice diviene infatti attore nel successivo processo di cognizione, con le relative conseguenze, fra le quali l'inversione dell'onere della prova. Il destinatario di un interdetto restitutorio od esibitorio che vi si opponga, resta invece convenuto e si verifica questa singolarissima situazione. Egli chiede l'arbitro, ma in ciò non è inclusa la *postulatio* della formula arbitraria. E' colui che ha iniziato il procedimento interdittale che deve fare questa *postulatio*, e successivamente '*edere*' la formula al destinatario, che a sua volta la deve '*accipere*'. Se poi quest'ultimo al momento di '*accipere iudicium*', si rifiuti di farlo, nessuno potrà più costringervelo. Ammettiamo pure che ciò non avvenga nella normalità dei casi, poiché non avrebbe senso far prima la richiesta di un arbitro, per potere – come dice Gaio – '*modestiore via litigare*' e poi rifiutarsi di compiere le formalità necessarie alla instaurazione del procedimento arbitrale, ma teoricamente nulla può indurci ad escludere un'ipotesi del genere. In questo caso allora non resterà che far ricorso alle normali sanzioni della *indefensio*. Donde si ricava tutto quanto abbiamo detto? Ma in modo molto

evidente dallo stesso passo di Gaio in cui, prospettandosi le possibili conclusioni del giudizio arbitrale, si dice che il destinatario dell'interdetto o verrà assolto, se restituirà *arbitrio iudicis*, oppure verrà condannato all'equivalente, ciò che assolutamente non sarebbe il caso di dire se egli non si presentasse anche in questo procedimento nelle vesti di convenuto!

Nell'ultima parte del § 163 si riferisce poi la questione, dibattuta fra Proculiani e Sabiniani, sull'ammissibilità di un *iudicium calumniae* a favore di colui che richiede l'arbitrato, ed è molto importante, come vedremo, che a trionfare sia stata l'opinione dei Sabiniani, che sono per l'affermativa, sostenendo che non sono affatto la stessa cosa chiedere il giudizio arbitrale e confessare di dover esibire o restituire.

Continuiamo la lettura delle istituzioni gaiane.

Gai., *inst.* 4.164-165: *Observare autem debet is, qui vult arbitrum petere, ut statim petat antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgetur. Itaque si arbitrum non petierit sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. nam actor provocat adversarium sponsione, quod contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur, quanti es res erit, adversarius ei condemnatur.*

A questo punto, dopo aver parlato del procedimento *per sponsionem* per il caso di interdetto esibitorio o restitutorio, cui non abbia fatto seguito giudizio arbitrario (di opposizione), inizia una lacuna in cui, tenendo conto del contenuto del § 166, con il quale la trattazione ricomincia e nel quale s'illustra, come vedremo subito, il procedimento *ex interdictis duplicibus*, è lecito supporre che si trattasse del procedimento *per sponsionem* relativo agli interdetti proibitorii semplici.

Continua appunto:

Gai., *inst.* 4.166-166a: *Et qui superaverit fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat. haec autem licendi contentio fructus licitatio vocatur, scilicet quia de eo inter se certant, uter eorum fructus interim percipiat. postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel stipulationibus iunctis duabus una inter eos sponsio itemque restipulatio una tantum ad eam fit. Deinde ab utroque editis formulis omnium sponsionum et restipulationum, quas fieri placuit, iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. cum iudex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarius mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis quae mecum factae sunt, absolvit. et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive sectorio iudicio condemnatur.*

Si espone qui il complesso procedimento *per sponsionem* relativo all'interdetto '*uti possidetis*', e forse sarà il caso di dedicarvi qualche parola.

La *licitatio fructus*, di cui si parla, è l'offerta di una somma di denaro (da farsi mediante *stipulatio*) per il caso che, nel giudizio successivo, colui al quale appunto sulla base di questa offerta è stato assegnato il possesso precario non risulti essere il legittimo possessore. Dopo questa *licitatio fructus* le parti si provocano vicendevolmente con una *sponsio* e relativa *restipulatio* per il caso che si sia fatta violenza al possessore, disattendendo l'ordine pretorio. Ne risultano due *sponsiones* e due *restipulationes* che tuttavia, anziché farsi con quattro negozi distinti, possono essere assorbite in due sole stipulazioni, in ciascuna delle quali si condensano una *sponsio* ed una *restipulatio*. Al giudice spetterà il compito di indagare chi abbia posseduto *nec vi nec clam nec precario* al momento dell'emanazione dell'interdetto, ed una volta deciso questo punto le altre questioni saranno automaticamente risolte.

Se il soccombente sia colui che ha ottenuto il possesso precario, egli sarà condannato altresì nel giudizio «secutorio» o Cascelliano.

Dopo tutto questo siamo in grado di esporre e giustificare le nostre deduzioni, integrando, quando occorra, congetturalmente la testimonianza gaiana.

24. Anzitutto non si deve credere che la procedura formulare *ex interdicto* descrittici, come abbiamo visto, nelle sue due possibili forme del processo arbitrario e *per sponsionem*, sia stata tale fin dall'origine. Lo stato di diritto testimoniato da Gaio indubbiamente rappresenta il risultato di un'evoluzione storica assai lenta. L'unica forma originaria di procedimento deve essere stata quella *per sponsionem* (sul presupposto di una *sponsio* e di una *restipulatio* si sarà avuta una pena per il caso che l'ordine del pretore non fosse stato eseguito, e viceversa, per il caso che esso non fosse stato applicabile). La possibilità per le parti di '*modestiore via litigare*', cioè far decidere tutta la questione da un arbitro, senza incorrere né l'una né l'altra in una penalità, per il caso di soccombenza, si sarà affacciata solo in prosieguo di tempo, probabilmente in epoca di poco anteriore a quella classica. Così pure deve essere molto recente l'introduzione del *iudicium secutorium*, senz'altro posteriore alla comparsa del procedimento *per formulam arbitriam*. Tanto il *iudicium secutorium* quanto il procedimento arbitrario hanno infatti come oggetto la questione se l'interdetto debba essere osservato, se esso sia cioè o meno applicabile, e, solo se esso risulti tale, il giudice farà la *litis aestimatio*, condannando il destinatario che non vi abbia ottemperato. Ora però, mentre un procedimento *ex interdicto cum poena* si può esperire anche senza un *iudicium secutorium*, ritenendosi adeguatamente risolta la questione con il pagamento della pena, l'alternativa dalla *modestior via litigandi* non esiste se non c'è la formula arbitraria. Insomma, mentre il *iudicium secutorium* è un di più che consente al vincitore, oltre la esazione della penalità, l'esazione di una somma a titolo di risarcimento, la formula arbitraria è invece l'unico mezzo per cui possa farsi un processo formulare *ex interdicto* senza incorrere in una penalità.

25. Premesse queste notizie storiche è opportuno precisare un altro punto, quale sia cioè l'oggetto specifico dell'indagine giudiziaria da parte del giudice formulare, investito della decisione del merito dei vari *iudicia ex interdicto*. Indubbiamente la questione di fondo è sempre la stessa. Si tratta cioè di accertare se l'ordine del magistrato sia nella specie eseguibile o meno, o, che è lo stesso, se ricorrano o meno i presupposti di fatto per la sua obbligatorietà. Una parte della dottrina ha ritenuto però che il giudice, in ogni caso, debba rivolgere la sua istruttoria ad accertare se il comportamento del destinatario e se la sua eventuale opposizione al decreto siano contrari all'Editto del pretore. Questi autori hanno cioè inteso i testi che parlano abbastanza frequentemente, come abbiamo visto, di attività o di violenza *adversus edictum*, nel senso che l'oggetto della violazione non sarebbe già l'interdetto emanato dal pretore, sibbene la norma edittale, che nella maggior parte dei casi (esclusi cioè gli interdetti repentini) gli sta dietro. Il dubbio però non ha ragione di sussistere solo se si valutino attentamente le fonti. Sul passo di Gaio (*inst.* 4.141) dove si legge:

quaeritur an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit,

abbiamo già avuto modo di soffermarci, ma non sarà gran male se vi torniamo sopra. Se la prima alternativa in esso formulata può far credere che oggetto dell'indagine del giudice sia la norma edittale, la seconda lo esclude chiaramente. Nell'alludere infatti alla violazione degli interdetti imperativi (restitutori o esibitori) pur usandosi l'espressione '*iubere fieri*', che astrattamente potrebbe anche alludere all'editto, non si dice '*quod is fieri iubet*' bensì '*iusserit*', e ci richiama, in modo inequivocabile, al comando concreto del pretore e non certo alla clausola edittale. Che questa conclusione si attagli anche all'altra ipotesi degli interdetti proibitori dobbiamo ammettere sol che si voglia essere coerenti.

Del resto noi conosciamo già il passo di Quintiliano (*inst. or.* 9.3.22: cfr. *supra*, p. 15) dove, riportandosi uno squarcio di Cicerone, si sostituisce tranquillamente, alla parola '*interdictum*' dell'originale, l'altra ('*edictum*'), dando così la più eloquente riprova del valore non univoco della espressione

che, secondo qualcuno, dovrebbe solo e sempre significare lo schema dell'albo pretorio.

Un'ulteriore conferma del nostro assunto la possiamo poi trarre dallo stesso Gaio, il quale nel § 166a, che abbiamo riportato in precedenza (p. 55), alludendo all'indagine del giudice nel processo *ex interdicto*, dice testualmente che esso '*illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est*', cioè porterà il suo esame sulla situazione di fatto che il pretore ha delineato nel suo interdetto. Dopo tutto questo ci sembra possa sostenersi con perfetto convincimento che, si tratti di interdetto edittale o repentino, esso è in ogni caso l'oggetto dell'indagine del giudice, anche se ciò non esclude che il giudice stesso possa tener conto naturalmente di quella che è la norma edittale e più ancora di quella che è l'interpretazione giurisprudenziale di questa norma.

26. Una serie di osservazioni s'impongono a questo punto per quanto riguarda il procedimento *per formulam arbitriam*. Come doveva essere concepita una formula arbitraria *ex interdicto restitutorio* o *exhibitorio*? Il Lenel, che su questo terreno possiamo certamente seguire con fiducia, ci dà, ricostruendolo con le testimonianze gaiane, questo schema di formula relativa all'interdetto '*quod vi aut clam*':

Quod opus a N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> vi (aut clam) factum est, si arbitrato iudicis non restituetur, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna, si non paret absolvet.

Abbiamo racchiuso fra parentesi l'inciso '*aut clam*', perché noi riteniamo, contrariamente a Lenel, che il pretore potesse egli stesso accertare durante la sua *causae cognitio* se l'*opus* fosse stato compiuto *vi* oppure *clam*. Ovviamente, trattandosi invece di interdetto esibitorio, la formula sarà stata per esempio la seguente:

Quem liberum N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> dolo malo retinet, si arbitrato iudicis non exhibebitur, quanti ea res erit (*cetera ex formula*).

Dobbiamo però porci una domanda. Perché questa forma arbitraria era ammessa solo per gli interdetti imperativi e non per i proibitorii, il cui destinatario se voleva agire, doveva sempre farlo '*cum periculo*' o, il che è lo stesso, '*cum poena*'?

Non siamo certo noi i primi a porci questa domanda. Lo avevano fatto già i romanisti dell'Ottocento e l'opinione più diffusa era ed è che non si possa agire *per formulam arbitriam* perché il procedimento *ex interdicto prohibitorio* presuppone sempre la violazione di un divieto che porti all'applicazione di una pena. Ma questa a ben guardare è una semplice tautologia. Per rendersi veramente conto di questa impossibilità noi faremo allora un ragionamento *per absurdum*, supponendo cioè, come invece è escluso, che si possa agire *per formulam arbitriam* anche in base ad un interdetto proibitorio. Teniamo ben presente che in fondo questo procedimento si risolve in una alternativa che il giudice pone al convenuto, quando abbia accertata l'obbligatorietà nella specie dell'interdetto emanato dal pretore: «o tu esegui il comando nei limiti in cui il comando stesso è stato ritenuto obbligatorio, ovvero sarai condannato a pagare la *litis aestimatio*». Ed ora trasportiamo questa alternativa, storicamente accertabile, nel campo degli interdetti proibitorii. Quale potrebbe qui essa divenire? Certamente questa: «o ti astieni dal comportamento vietato oppure sarai condannato a pagare la *litis aestimatio*». Orbene, nel caso d'interdetto restitutorio od esibitorio, è chiaro come il convenuto possa essere assolto se restituisce od esibisce, o altrimenti condannato alla *litis aestimatio*, che il giudice avrà agio di valutare fra una udienza e l'altra. Nel caso però d'interdetto proibitorio le cose vanno diversamente. Vediamo da vicino la prima alternativa. Il convenuto si astiene ed il giudice lo assolve. Ma se appena assolto egli assume il comportamento vietato? Si dirà che la controparte può chiedere un nuovo interdetto. Certo, ma fino ad un dato punto, poiché gli interdetti proibitorii sono volti ad escludere un comportamento minacciato, non alla *restitutio*. Essi si possono infatti schematizzare in due categorie:

1) interdetti con cui si vieta d'interferire con turbative o molestie nell'esercizio che altri compia di una facoltà che gli compete (formula terminativa: *vim fieri veto*);

2) interdetti con cui si vieta a taluno di esercitare facoltà che non gli competono (semplicemente: *veto* ; per esempio ‘*ne quid in loco publico faciat*’).

Ora, mentre per quelli dalla seconda categoria esiste un interdetto restitutorio conseguente al proibitorio, per il caso di loro trasgressione, la possibilità di restituzione non esiste minimamente per quanto sia stato fatto in violazione degli interdetti della prima categoria. Anche ammesso dunque che si possa ripetere l’interdetto, ciò non risolve affatto la questione perché in tal modo si potrebbe proseguire all’infinito. Già da queste considerazioni, scaturisce l’inopportunità pratica di consentire un giudizio di opposizione all’interdetto proibitorio. Dall’esame dell’altra ipotesi in cui il convenuto non adempia l’ordine pretorio e si lasci condannare, ciò apparirà poi anche meglio. Nel caso di interdetti imperativi, infatti, il convenuto che si lasci condannare, anziché restituire o esibire – salvo ben inteso il caso di interdetti in materia di stato personale, dove ciò sarebbe inconcepibile – acquista per dir così, pagando l’*aestimatio*, un diritto a non restituire od esibire.

Potrebbe mai accadere che il convenuto, lasciandosi condannare in un giudizio arbitrale *ex interdico prohibitorio*, acquistasse il diritto a compiere l’atto vietato? Viene spontaneo dire che ciò è assurdo! Perché ciò sia più evidente, ci si consenta, *mutatis mutandis*, di fare un parallelo con quello che oggi si verifica con le nostre contravvenzioni stradali. Immaginiamo che i segnali di prescrizione, che si trovano nelle vie e per le piazze, siano degli interdetti proibitorii cristallizzati. L’automobilista che viola il divieto si vede contestare dal vigile la contravvenzione. Di solito egli farà l’oblazione volontaria, ma si potrà dire che, avendo pagata la penalità, egli acquista ad esempio il diritto a percorrere la strada in senso vietato? In pratica potrà anche accadere che l’automobile sorpresa in luogo di sosta vietata vi rimanga, ma non per questo potrà certo parlarsi di acquisto del relativo diritto: al contrario potrà essere contestata una nuova contravvenzione. Analogo è il caso, da noi immaginato, del compimento dell’atto cui si riferisce un interdetto proibitorio e del successivo pagamento della *litis aestimatio*. Si potrebbero solo emanare altri interdetti ed aversi altre condanne, ma l’utilità pratica di questa procedura evidentemente svanirebbe. Queste sono secondo noi le ragioni concrete per cui non si è mai concesso al destinatario di un interdetto proibitorio di procedere nella forma arbitrale.

Condizione essenziale perché si possa procedere con tale forma, nei casi in cui essa è ammissibile, è – come ci dice Gaio stesso – che essa sia richiesta dal convenuto prima di uscire dal tribunale, poiché ‘*sero petentibus non indulgetur*’. Questo procedimento noi lo abbiamo già definito come giudizio di opposizione, ed ora dovremo insistere su questa qualifica in contrasto con Gandolfi che, ritenendola inadeguata, propone quella di «giudizio di integrazione-esecuzione». La sua tesi può essere però facilmente confutata con le parole stesse di Gaio, che, nel § 163 del quarto commentario, risolve, come abbiamo visto, la questione agitata fra Proculiani e Sabiniani, sulla esperibilità, da parte di chi abbia chiesto il giudizio arbitrale, del *iudicium calumniae*, schierandosi in favore della tesi sabiniana che è per l’affermativa e che ormai, egli riconosce, è divenuta generale. La motivazione che ne dà è la seguente:

potius enim ut modestiore via litigetur arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

Ma se compiere la *petitio* non equivale a confessare ‘*restituere se vel exhibere debere*’, come voleva Proculo, ciò esclude in modo definitivo la configurazione del Gandolfi, la quale, solo se l’opinione di Proculo avesse trionfato, come invece non è, avrebbe potuto essere sostenuta con fondamento. Quindi la richiesta di un arbitro apre, come dicevamo, il giudizio di opposizione, opposizione che può anche essere determinata dalla onesta incertezza del destinatario sulla eseguibilità o meno dell’interdetto.

27. Sofferamoci ora sul procedimento *per sponsonem*, che poteva seguire ad un interdetto imperativo, qualora il destinatario non vi avesse fatto subito opposizione né d’altra parte avesse osservato l’ordine pretorio. Leggendo Gaio nei § 165, 166 e 166a, abbiamo già avuto modo di accennare ad esso specie per quanto attiene al processo *ex interdico prohibitorio duplici*. Esso si svolgeva dunque in questo modo. L’impetrante richiama *in ius* la controparte con le forme ordinarie e la provocava

con una *sponsio poenalis*, il cui schema aveva essenzialmente questo tenore: «prometti di darmi 100 se risulterà in giudizio che l'interdetto emanato era applicabile?». L'impetrato a sua volta provocava con una *restipulatio* dal seguente contenuto: «prometti di darmi 100 a titolo di penale se risulti accertato in giudizio che l'interdetto non era applicabile, cioè che io non ero tenuto ad eseguirlo?». In realtà, come risulta da qualche schema di *sponsio* pervenutoci, si sarà anche precisato il tenore dell'interdetto, poiché, dovendo sulla sua applicabilità svolgersi la successiva indagine del giudice, in relazione a questo dovevano essere concepite le formule, su cui le parti avrebbero contestato la lite.

Immediatamente dopo i contendenti chiedevano al magistrato presente *in iure*, l'uno la formula *sponsionis*, l'altro quella *restipulationis*. Nel *iudicio sponsionis* attore era l'impetrante, in quello *restipulationis* il convenuto. L'impetrante chiedeva inoltre al magistrato un *iudicium secutorium*, cioè un'azione diretta al risarcimento del danno subito per la mancata ottemperanza all'interdetto.

Su questi tre *iudicia* si effettuavano poi le relative *litis contestationes*. Quanto agli schemi di queste formule, per quelle *sponsionis* e *restipulationis* possiamo senz'altro ritenere che esse risultassero dall'adattamento di una normale *actio ex stipulato*, per quella del *iudicium secutorium* (detto così perché, come attesta Gaio nel successivo § 169, *'sequitur sponsionis victoriam'*) bisognerà invece tentare la ricostruzione sulla scorta del Lenel ed elaborando i dati testuali gaiani. Tenendo presente che essa non avrà potuto essere la stessa per il caso di interdetti imperativi e per quello di interdetti proibitorii, possiamo immaginare gli schemi seguenti.

Per l'interdetto restitutorio (o esibitorio):

Si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> sponsione vicerit neque ei arbitrio iudicis, res restituatur (vel exhibebitur), q.e.r. erit, tantae pecuniae iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c., s.n.p. absolve,

dal quale schema appare come il convenuto, rimasto soccombente nel giudizio *ex sponsione*, potesse evitare la condanna al risarcimento del danno solo compiendo la restituzione o l'esibizione della cosa.

Per il caso invece di interdetto proibitorio:

Si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> sponsione vicerit, quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex (*cetera ex formula*).

Come si vede manca qui una clausola restitutoria analoga a quella della formula precedente. Qualcuno ha sostenuto che anche in questa ipotesi si desse al convenuto la possibilità di evitare la condanna offrendo una *satisdatio* e che pertanto non mancasse nella formula, prima delle *condemnatio*, una formula del genere *'neque eo nomine satisfierit'*. Mentre tuttavia è facilmente comprensibile come, nel caso di un interdetto imperativo, cui il destinatario non abbia ottemperato spontaneamente, sia nondimeno sempre nell'interesse dell'attore, dopo la vittoria nel *iudicium sponsionis*, che il giudice inviti il convenuto ad effettuare la *restitutio* o l'*exhibitio*, non si vede quale potrebbe essere l'oggetto di questa *restitutio* nel caso di *iudicium secutorium* relativo ad un interdetto proibitorio. Se infatti il destinatario di un simile interdetto vi ha contravvenuto, vuol dire che egli ha fatto qualcosa, ha cioè compiuto un atto positivo e poiché *'factum infectum fieri nequit'*, l'unico sistema sarà quello di condannarlo al risarcimento del danno. Non è certo però da escludersi che il convenuto possa accordarsi con l'attore per evitare la condanna, ma ciò potrà benissimo farsi in sede di *litis aestimatio*, senza che ci sia bisogno d'inserire alcuna clausola nella formula. E' da presumere logicamente piuttosto che l'attore non si accontenti del solo risarcimento del danno, poiché ciò attiene al passato ma non lo garantisce per il futuro, e che pertanto egli si faccia prestare una *stipulatio* pretoria, analoga a quelle cauzioni *'de amplius non turbando'*, che si accompagnano a certe azioni, come la *vindicatio* o l'*actio negatoria servitutis*, e con le quali il convenuto s'impegna a non porre più in essere delle turbative per il futuro, o a non tentare più di esercitare quella servitù che è stata riconosciuta inesistente. Orbene, una volta compiuta la debita *litis contestatio* sulle varie formule *ex stipulatione* e su quella del *iudicium secutorium*, le parti andavano davanti al giudice accettato e che sarà stato presumibilmente lo stesso per i vari giudizi. Le possibili conclusioni cui poteva portare l'accertamento giudiziale erano le seguenti: due condanne ed un'assoluzione, quando l'interdetto risultasse applicabile (il destinatario veniva infatti condan-

nato sia al pagamento della penale, sia nel *iudicium secutorium*, mentre veniva assolto l'attore nel *iudicium restipulationis*), o due assoluzioni ed una condanna, nell'ipotesi opposta dell'inapplicabilità dell'interdetto (il convenuto veniva assolto sia nel *iudicium secutorium* che per la penale, alla quale veniva invece condannato l'impetrante).

Tutto il procedimento si faceva ancora più complesso per gli *interdicta duplicia* dove si avevano, come abbiamo già visto sopra, due *sponsiones* e due *restipulationes*, ciascuna delle parti provocando l'altra per il caso che l'interdetto fosse applicabile e compiendo la *restipulatio* per il caso inverso. Alle quattro *stipulationes* corrispondevano quattro *iudicia* e relative *litis contestationes* più, al solito, il *iudicium secutorium*. Quanto alle conclusioni si potevano avere, come è facile intendere, o tre condanne e due assoluzioni o tre assoluzioni e due condanne. Se poi, sempre in quest'ipotesi, una delle parti assumeva un comportamento ostruzionistico, si faceva ricorso, come sappiamo, agli '*interdicta secunda*', proibitorio o restitutorio (Gai., *inst.* 4.170), decidendosi speditamente la controversia a tutto svantaggio della parte recalcitrante.

## **XII. Precisazioni d'ordine dogmatico e raffronto con la moderna procedura**

28. A questo punto vorremmo, tornando un passo indietro, fare alcune precisazioni e sciogliere la riserva fatta all'inizio di questa parte. Abbiamo più volte parlato di «processo» interdittale e di «rapporto processuale» relativo. Con la prima espressione abbiamo designato quel complesso di atti che sfocia nel provvedimento decisorio del magistrato, che può essere di rigetto o di accoglimento dell'istanza; con la seconda, mutuata dalla moderna scienza giuridica, la posizione reciproca dei due contendenti. Sarà opportuno giustificare la legittimità dell'uso di tali espressioni tecniche. In tesi generale ci sentiamo di poter subito dire, sulla base delle esperienze fatte nello studio dei diritti antichi, che l'uso di certe categorie e di certi concetti, elaborati dalla moderna dottrina, in sede storica è senz'altro legittimo, purché quest'uso, metodologicamente corretto in sé e per sé, sia fatto sempre con estrema circospezione, per evitare di sfigurare e sforzare quella che è la fisionomia storica degli istituti che noi intendiamo ricostruire. E' infatti indubbiamente tutta una questione di sensibilità storica e di chiarezza dogmatica quella di stabilire fino a che punto ci si possa valere delle categorie moderne per lo studio dei diritti antichi senza abusarne. Venendo poi al caso particolare, riteniamo che ci si possa valere tranquillamente del concetto espresso con il termine «processo» per indicare quel complesso di atti che precedono l'emanazione dell'interdetto, se è vero, come abbiamo cercato di dimostrare, che questo è un atto decisorio, un comando concretamente attuabile, atto a risolvere la controversia e non un puro espediente processuale. A buon diritto si parla pertanto di «processo» interdittale, come si parla di «processo» formulare o *extra ordinem*, adoperando un termine che ci deriva dalla dogmatica canonistica e che è ormai profondamente radicato nelle nostre coscienze, anche se, come sappiamo, i Romani parlavano invece di '*actiones*' e di '*ius quod ad actiones pertinet*' per riferirsi a quello che noi oggi chiamiamo «diritto processuale».

Un discorso più lungo va fatto invece per quanto riguarda l'espressione «rapporto processuale», il cui uso, se non in tesi generale, può quanto meno suscitare qualche perplessità nel caso specifico. Mentre infatti quest'espressione può essere bene impiegata nello studio del processo formulare ordinario, in cui indubbiamente con la *litis contestatio* si instaura un vero rapporto processuale, costituendo tutti gli atti precedenti una semplice introduzione al processo (il «Vorverfahren» dei tedeschi), si può quanto meno esitare prima di estendere le medesime conclusioni a quello che abbiamo definito processo interdittale. Le fonti parlano sì di '*actor*' e di '*reus*' per indicare le parti di questo processo, ma lasciano in ombra a quale veramente esse siano da riferire, se cioè al processo interdittale o non piuttosto al successivo processo formulare *ex interdicto*. Non vi è dubbio poi che all'emanazione dell'interdetto si può giungere anche nella contumacia delle controparte, ciò che invece non è possibile nel processo ordinario. Ma come ben nota il Chiovenda (*Instituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 50, e II, p. 262) «non si deve credere che il rapporto processuale si costituisca e si completi al momento in cui ha luogo la comparizione delle parti o di una di esse

davanti al giudice (nel diritto d'oggi). Questa opinione si connette al ricordo di sistemi storici secondo cui alla costituzione della lite era necessaria la volontà del convenuto; mentre nei sistemi moderni, come l'italiano, le parti si trovano coinvolte nel rapporto processuale per il solo fatto della domanda, voglia o non voglia il convenuto». Se questa è allora la moderna nozione di rapporto processuale, comprensiva sia di quelle situazioni processuali che si creano per volontà delle parti, che per volontà di una soltanto di esse, si potrà correttamente parlare di rapporto processuale anche per il procedimento interdittale, purché si tenga ben ferma la differenza che corre fra questo ed il processo ordinario. In questo ultimo infatti, posto che si intenda per «rapporto processuale» (sempre secondo la dogmatica odierna) il rapporto che si costituisce fra due soggetti privati con il concorso dell'organo giurisdizionale e che tende all'emanazione di un provvedimento decisorio, si potrà parlare di «rapporto processuale» solo dopo il compimento della *litis contestatio*, instaurandosi solo allora fra le parti (*actor* e *reus*, che prima di questo momento sono invece nelle fonti '*is qui agit*' ed '*is cum quo agi vult*'), un rapporto che ha per fine l'emanazione della sentenza del giudice, mentre tutta la fase precedente, nata dalla *postulatio actionis*, si conclude con un provvedimento, la *datio iudicii*, che non è decisorio, ma solo di autorizzazione del processo. Nel procedimento interdittale, nel quale non manca invece il concorso del magistrato, che autorizza la citazione, mentre poi la *cognitio* di quello si chiude con un provvedimento che è sempre decisorio (*denegatio* o *editio interdicti*), può ben dirsi che il rapporto processuale si instauri fin dall'inizio, fino cioè dal ricorso dell'impetrante. In questa luce sono da intendere dunque gli accenni che le fonti fanno alla situazione reciproca delle parti nel processo interdittale. Vediamone qualcuno:

Gai., *inst.* 4.157: *Simplicia sunt veluti in quibus alter actor alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria: namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur ut exhibeat aut restituat.*

Non vi sono dubbi che '*actor*' e '*reus*' si considerino qui il *postulans* e l'impetrato fin dal momento in cui si presenta la *postulatio interdicti*. Più importante è

Gai., *inst.* 4.160: *Duplicia sunt veluti uti possidetis interdictum et utrobi. ideo autem duplicia vocantur quod par utriusque litigatoris in his condicio est: nec quisquam precipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur.*

L'ultima frase '*quippe ... loquitur*' è particolarmente significativa, perché ci dà la conferma dell'esattezza della nostra ricostruzione. Evidentemente il pretore '*cum utroque loquitur*' al momento in cui emana l'interdetto alla fine della sua *cognitio*, e già allora si parla di '*actor*' e di '*reus*'.

Il Gandolfi cita anche D. 43.17.3.1; ma il valore probante di questo passo non è certo molto sicuro, come del resto potrebbe ad un esame più attento sembrare equivoco lo stesso paragrafo di Gaio, che abbiamo citato per primo. Vediamo comunque questo testo.

D. 43.17.3.1 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Hoc interdictum (uti possidetis) duplex est et hi, quibus competit et actores et rei sunt.*

Qui sta tutto nella interpretazione che si voglia dare al '*competit*'. Se s'intende fatta con esso allusione alla emanabilità dell'interdetto, allora la testimonianza può porsi sullo stesso piano di Gai., *inst.* 4.160. Noi sappiamo però quale elasticità di significato abbiano certe espressioni dall'apparenza univoche, come '*locus est interdicto*', '*interdictum tecum habet*' e a dire il vero non ci sentiremmo di sostenere quello che fin qui abbiamo detto per quanto concerne la instaurazione del rapporto processuale, se dovessimo far leva solo su questo '*competit*'. Esso può tradursi infatti con l'italiano «spetta», ma questa spettanza di un provvedimento concretamente eseguibile non si sa bene se venga presa in considerazione in vista dell'emanazione dell'interdetto o invece in vista della possibilità di vittoria nel processo '*ex interdicto*', poiché logicamente possono ammettersi entrambe le ipotesi.

29. Resta ora da aggiungere al procedimento interdittale, che fin qui abbiamo studiato nelle varie fasi del suo svolgimento, la qualifica di «processo sommario» e di giustificarla, cosa che riteniamo abbastanza facile. Difatti la *cognitio* interdittale ha un carattere, una natura di accertamento non definitivo, dal momento che la questione che ha formato oggetto di essa può sempre divenire l'oggetto di un normale processo ordinario. Per meglio renderci conto di ciò esaminiamo compiutamente le varie possibilità che si presentano al magistrato, dopo che si sia costituito il rapporto processuale con la citazione dell'impetrato e questi sia o meno comparso *in iure*. Il provvedimento che egli potrà prendere può infatti concretarsi in una accettazione o in un rigetto dell'istanza, in una *editio* cioè o in una *denegatio interdicti*.

Egli giungerà ad una *denegatio* quando si sarà reso conto che la *postulatio* era ed è manifestazione infondata, non ricorrendo, in caso di interdetto edittale, i presupposti necessari perché possa pronunciare l'interdetto stesso. Alla stessa conclusione però potrà giungere anche quando i requisiti vi siano, ma si tratti di provvedimento la cui emanazione è rimessa al suo apprezzamento discrezionale. Si potrà infine avere un provvedimento di rigetto se non si tratti d'interdetto il cui schema sia proposto nell'albo, ma di interdetto «repentino», che egli ritenga, a suo prudente arbitrio, di non poter emanare.

Alla soluzione opposta invece egli giungerà in uno dei seguenti casi:

- a) quando allo stato degli atti abbia potuto convincersi della fondatezza della *postulatio* (ricorrenza dei requisiti nel caso di interdetto edittale);
- b) quando, attraverso la sua indagine, non sia invece riuscito a farsi una precisa convinzione su qualche punto, nel qual caso però subordinerà l'efficacia dell'interdetto al fatto che sussistano o meno quelle condizioni che egli non è stato in grado di accertare.

E' specialmente in questo secondo caso che può scorgersi la conferma di quanto abbiamo detto a proposito della sommarietà dell'indagine pretoria.

Ponendosi però da questo punto di vista si comprende anche un'altra cosa: l'inutilità della discussione sul punto se l'interdetto sia o meno un ordine condizionato. Noi abbiamo già avuto modo di porre in luce, attraverso il nostro esame esegetico relativo alla '*causae cognitio*', come in concreto l'interdetto potesse presentarsi ora come ordine condizionato ed ora come incondizionato. Quali siano stati in pratica i casi più frequenti non è possibile determinare. Forse, dato il carattere sommario dell'indagine, specialmente in presenza di fattispecie un po' più complesse, il pretore avrà preferito scegliere la via più sbrigativa dell'ordine condizionato. In ogni caso, come dicevamo, la questione perde ogni importanza se si consideri che astrattamente per ogni interdetto c'era sempre la possibilità da parte del destinatario o di opporsi o quanto meno di trasgredirlo, riuscendo in un caso o nell'altro a riportare di nuovo tutta la questione in esame, e questa volta in un normale processo ordinario.

30. Se noi volessimo ora, a conclusione di tutto questo nostro discorso, individuare nell'esperienza giuridica processuale presente un parallelo, o quanto meno un istituto in certo senso analogo al processo interdittale romano, non vi è dubbio che noi potremmo riscontrarlo nel cd. procedimento monitorio o ingiuntivo, che è il primo dei procedimenti sommari, fra quelli speciali, disciplinati dal quarto libro del Codice di Procedura Civile. Alcuni articoli ci permetteranno una valutazione comparativa:

Art. 638 (Forma della domanda o deposito). La domanda d'ingiunzione si propone con ricorso contenente, oltre i requisiti indicati nell'art. 125, l'indicazione delle prove che si producono. Il ricorso deve contenere altresì l'indicazione del procuratore del ricorrente oppure, quando è ammessa la costituzione di persona, la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune ove ha sede il giudice adito ...

Ecco una prima analogia: il procedimento ingiuntivo si promuove con ricorso e non con la citazione in forma ordinaria. Anche per l'interdetto abbiamo infatti individuato un ricorso nella cd. *postula-*

*tio interdicti.*

Art. 640 (Rigetto della domanda). Il giudice, se ritiene insufficientemente giustificata la domanda, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere alla prova. Se il ricorrente non risponde all'invito o non ritira il ricorso oppure se la domanda non è accoglibile, il giudice la rigetta con decreto motivato. Tale decreto non pregiudica la riproponibilità della domanda anche in via ordinaria.

Anche qui, come per la romana *denegatio interdicti*, il decreto di rigetto non pregiudica, come si vede, la riproponibilità della domanda.

Art. 641 (Accoglimento della domanda). Se esistono le condizioni previste dall'art. 633, il giudice, con decreto motivato, ingiunge all'altra parte di pagare la somma o di consegnare la cosa o la quantità di cose chieste o invece di queste la somma di cui all'art. 639 nel termine di venti giorni, con l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti e che, in mancanza di opposizione, si procederà ad esecuzione forzata.

Il decreto verrà emanato se esistono i requisiti richiesti dalla legge, come l'interdetto ricorrendo i presupposti previsti nell'editto pretorio.

Come per gli interdetti imperativi si ha poi anche qui la possibilità di opposizione da parte del destinatario (il termine però entro cui può farsi è di 20 giorni, mentre per gli interdetti per i quali è ammessa, l'opposizione deve farsi subito dall'impetrato, *'antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat'*).

Anche per il procedimento ingiuntivo, come enuncia il capoverso dell'art. 645, «in seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito». L'unica differenza, che noi abbiamo del resto già rilevata, è, per quanto concerne questa seconda fase, che mentre oggi il destinatario del decreto diviene attore nel processo di opposizione, poiché, come dice il medesimo art. 645 primo comma,

L'opposizione si propone davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, con atto di citazione notificato al ricorrente nei luoghi di cui all'art. 638,

nel giudizio di opposizione agli interdetti imperativi invece è l'impetrato che sostiene il ruolo di convenuto.

Da un punto di vista sostanziale si deve poi porre in evidenza la limitata applicazione del moderno procedimento ingiuntivo ai soli casi in cui (parafrasando l'art. 633) taluno sia creditore di una somma liquida di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o abbia diritto alla consegna di una cosa mobile determinata (tutte ipotesi per le quali in diritto romano si potevano, nelle varie epoche, esperire la *legis actio per conditionem* e successivamente le *conditiones* formulari).

Come già sappiamo e come meglio vedremo ora, molto più vasto invece è il campo di applicazione della procedura interdittale.

## **Parte quarta: Campo di applicazione; natura e origine degli interdetti**

### **XIII. Campo di applicazione**

31. Come risulta da un prospetto palinogenetico delle testimonianze relative alla protezione interdittale (come quello da noi fatto alle p. 121-125 del nostro libro più volte richiamato), lo sviluppo dell'istituto processuale dell'interdetto può considerarsi compiuto press'a poco al tempo della codifica-

zione giuliana dell'editto. Questo è pertanto il punto di riferimento per misurare in tutta la sua ampiezza il campo di applicazione della tutela interdittale ed individuare i rapporti che essa abbraccia.

Qual conto però possiamo far noi, ai fini di questa indagine, delle classificazioni degli interdetti offerteci dalle fonti? Alla domanda potremo rispondere solo dopo averle passate in rassegna, incominciando dalle due, molto esaurienti, dei giureconsulti Paolo ed Ulpiano. Si tratta, come vedremo, di due classificazioni elaborate dal punto di vista dogmatico sostanziale, cioè in riferimento all'oggetto della tutela, e modellate manifestamente sulle comuni distinzioni in materia di cose.

La prima, quella di Paolo, c'è conservata da un passo delle Pandette, escerpito dal primo fra i libri del commentario edittale relativi agli interdetti. Esso è

D. 43.1.2.1 e 3 (Paul. 63 *ad ed.*): Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est 'ne quid in loco sacro fiat' vel 'quod factum est restituatur' et 'de mortuo inferendo' vel 'sepulchro aedificando'. hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. publicae utilitatis causa competit interdictum 'ut via publica uti liceat' et 'flumine publico' et 'ne quid fiat in via publica': iuris sui tuendi causa 'de liberis exhibendis' item 'de liberto exhibendo': officii causa 'de homine libero exhibendo': reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.

Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant aut apiscendae sunt possessionis aut recipiendae aut retinendae. apiscendae possessionis sunt interdicta quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. sunt autem interdicta apiscendae possessionis 'quorum bonorum': 'Salvianum' quoque; interdictum quod est de pignoribus ex hoc genere est: et 'quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto'. recipiendae possessionis causa proponuntur sub rubrica 'unde vi': aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. retinendae possessionis sunt interdicta 'uti possidetis'. sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam recipiendae quam apiscendae possessionis.

Le categorie in cui si articola la classificazione di Paolo esposta in questo passo, possono, per maggiore chiarezza, raccogliersi nel seguente schema:

Interdicta	A) divini iuris aut de religione	
	B) hominum causa	a) publicae utilitatis
		b) iuris sui tuendi causa
		c) officii tuendi causa ( <i>ad esempio</i> : de homine libero exhibendo)
		d) rei familiaris
		α) adipiscendae possessionis
		β) recipiendae possessionis
		γ) retinendae possessionis

La classificazione di Ulpiano può invece ricavarsi dal frammento primo dello stesso titolo del Digesto.

D. 43.1.1.pr. (Ulp. 67 *ad ed.*): Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. Divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. De rebus hominum interdicta redduntur aut de his quae sunt alicuius aut de his quae nullius sunt. Quae sunt nullius haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. Quae sunt alicuius haec sunt: aut publica aut singulorum. Publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. Quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res. Ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque.

Anche per questa si può fare uno schema nel modo che segue:

	a) de locis sacris	
A) de rebus divinis	b) de locis religiosis	
Interdicta		
	a) nullius	
B) de rebus humanis	b) alicuius	α) de rebus publicis
		β) de rebus singulorum

Le due classificazioni, fra di loro alquanto analoghe, sono state evidentemente elaborate quando il campo di applicazione della tutela interdittale aveva ormai raggiunta la più grande estensione.

Esse peraltro sono puramente estrinseche, non riuscendo a darci un'idea dei rapporti interni fra i singoli interdetti.

32. Altre note classificazioni, aventi varia ripercussione sulla dottrina, sono quelle di dogmatica processuale, di cui una prima distingue gli interdetti in «restitutori», «esibitori» e «proibitori», tenendo come punto di riferimento l'ordine pretorio, e che può da tripartizione, così com'è formulata, risolversi anche nella bipartizione fra interdetti «imperativi» e «proibitori», o anche, usando le parole di Gaio, fra «decreti» ed «interdetti in senso stretto» (tutte distinzioni, queste, di cui si scorgono le conseguenze, come ben sappiamo, in tema di procedimento formulare *ex interdicto*).

Una seconda distinzione di carattere processuale, che s'intreccia con la prima e che potrebbe ben dirsi una sottodistinzione degli interdetti proibitori, non attenendo agli altri, è poi quella, di cui pure si fanno sentire le conseguenze nella procedura *ex interdicto*, fra *interdicta simplicia* e *duplicia*.

Dal punto di vista della legittimazione attiva gli interdetti possono invece distinguersi in *popularea* e *privata*, a seconda che possano essere impetrati da un *quivis e populo*, oppure soltanto dalle persone cui sia riconosciuto un particolare interesse ad agire.

Avendo riguardo alla esperibilità nel tempo si distinguono a loro volta gli interdetti «perpetui», i quali possono essere impetrati senza alcun limite di tempo, da quelli «annali», da concedersi solo entro l'anno dal momento in cui si è verificato il fatto, al quale l'ordine pretorio si riferisce.

In seno all'ampia categoria degli interdetti possessorii Gaio pone poi, nel § 143 del quarto commentario, la distinzione, che abbiamo già incontrata in Paolo, fra interdetti '*adipiscendae*', '*retinendae*' e '*reciperandae possessionis*', alla quale egli assegna (cosa peraltro inesatta poiché riguardante solo interdetti che hanno una particolare finalità) il secondo posto dopo quella fra proibitori, restitutori ed esibitori. Possiamo tuttavia spiegarci perché egli attribuisca quasi la medesima portata alle due diverse distinzioni, considerando sia la grande importanza pratica della tutela possessoria e la sua frequente applicazione, sia l'attinenza di questa categoria al campo del diritto privato, di cui esclusivamente Gaio s'interessa nelle sue Istituzioni. Basterà richiamare quanto egli stesso dice al § 139, incominciando a trattare l'argomento della protezione interdittale, in riferimento all'intervento autoritativo del magistrato:

... quod tum maxime facit, cum de possessione [aut quasi possessione] inter aliquos contenditur.

Altra classificazione, ma del tutto secondaria, potrebbe essere quella, scolastica e indubbiamente priva di effetti, per cui – a seconda che si faccia nell'interdetto riferimento ad un fatto sussistente al momento della pronuncia, oppure ad essa precedente ('*priore anno*', '*priore aestate*', etc.) – si parla di

'*interdicta in praesens*' e di '*interdicta in preteritum collata*'. Lo stesso è a dirsi per la distinzione fra interdetti «possessorii» e «quasi possessorii», che è certo il frutto della speculazione dogmatica bizantina, sebbene il quasi possesso abbia i suoi addentellati proprio nella tutela interdittale, in riferimento a certe situazioni analoghe al possesso, come l'esercizio di fatto di un diritto (è tuttavia in epoca certamente postclassica che si delinea la differenziazione fra possesso, considerato quasi come l'ombra della proprietà, e quasi possesso, come esercizio di fatto di altri diritti reali), nonché per l'altra fra '*interdicta quae proprietatis causam habent*' e '*interdicta quae possessionis causam habent*'.

Una visione organica del campo di applicazione degli interdetti neppure possiamo ricavare dai raggruppamenti condotti secondo criteri estranei al pensiero romano, anche se possono fino ad un certo punto farcene apprezzare l'ampiezza, come il tentativo di classificazione in tre grandi masse prospettato dal Gandolfi, in relazione «a quei rapporti che corrispondono a diritti assoluti: ereditari, reali e familiari». Salta agli occhi infatti come, con una sensibilità storico-dogmatica non ancora troppo ben sviluppata, egli sovrapponga un suo criterio arbitrario di classificazione ad una realtà che è storicamente condizionata ad un proprio inconfondibile sviluppo. Senza contare che il suo tentativo – anche ammettendo, come noi non facciamo, un tal modo di procedere – non è affatto esauriente, poiché accanto a quelli ricompresi nelle tre masse vi sono altri interdetti, relativi al diritto pubblico, ai rapporti possessorii e obbligatori, dei quali egli o prescinde, oppure, anche peggio, fa un tutt'uno con altri aventi invece un ben diverso campo di applicazione.

33. Dopo tutto quanto abbiamo detto è evidente come l'unico modo corretto di procedere, per giungere ad una diagnosi esauriente del campo di applicazione della tutela interdittale, sia, prescindendo da ogni classificazione, quello di identificare i rapporti organici fra le singole figure di interdetti, ciò che al tempo stesso ci aprirà la via allo studio della genesi e della natura della tutela interdittale medesima.

Prendendo adunque in considerazione l'età classica evoluta, allorquando lo sviluppo dell'istituto processuale può considerarsi definitivamente compiuto, i settori in cui può essere distinto il campo di applicazione della tutela interdittale sono, come apparirà da un riscontro testuale condotto sulla falsariga dell'editto pretorio, le seguenti:

- a) polizia stradale e delle aree pubbliche;
- b) polizia fluviale e delle acque pubbliche;
- c) polizia dei luoghi sacri;
- d) polizia mortuaria;
- e) tutela possessoria;
- f) tutela dei rapporti di vicinanza;
- g) attuazione coattiva d'intimazioni solenni private;
- h) attuazione coattiva di comandi pretorii a tutela d'interessi privati;
- i) tutela delle locazioni temporanee di suolo pubblico e delle locazioni superficiali;
- l) misure di coazione indiretta, rivolte a predisporre l'esercizio di un diritto e l'esperimento di un'azione;
- m) misure di coazione indiretta, rivolte ad ovviare alle deficienze del processo formulare.

Facciamone il riscontro, prendendo come punto di riferimento l'Editto perpetuo, secondo la ricostruzione datane dal Lenel, al titolo XLIII '*de interdictis*' (cfr. Riccobono, *Fontes*, I, Firenze, 1941 [rist. 1968], p. 375 ss.).

Il primo interdetto della serie è quello '*quorum bonorum*' (§ 227):

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.

Esso è un mezzo processuale che, relativamente alla *bonorum possessio* o eredità pretoria, costituisce il parallelo della *petitio hereditatis* (con tutte le differenze che derivano dall'essere un interdetto). Evidentemente possiamo collocarlo nella categoria contrassegnata con la lettera *b*), servendo appunto

ad attuare coattivamente la *bonorum possessio*, che è un ordine pretorio a tutela di interessi privati, a tutela cioè di coloro che il pretore considera come successibili.

Segue l'interdetto '*quod legatorum*' (§ 228):

Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, id, si eo nomine satisdatum est sive per illum non stat ut satisdetur, illi restituas.

Anche questo interdetto è concesso a tutela del *bonorum possessor* e rientra come il precedente nella medesima categoria. Non si dirige però, come abbiamo già altra volta visto, contro chi possieda la massa dei beni ereditari, contro chi cioè si comporti come erede, ma verso colui che possieda singole cose della massa ereditaria a titolo di legato.

L'interdetto che s'incontra poi e di cui non conosciamo la formula, l'*interdictum 'quam hereditatem'* (§ 229), sebbene riguardi la materia ereditaria non è affatto da collocarsi nella medesima categoria. Esso ha infatti lo scopo di sanzionare l'atteggiamento di colui, contro il quale venga esperita la *petitio hereditatis*, e che si sottragga alla *litis contestatio* ('*a quo hereditas petetur, si rem nolit defendere*' dice appunto a questo proposito l'editto, per la parte per cui si è potuto ricostruire). Questo interdetto, con il quale viene immesso nel possesso dei beni ereditari l'attore, abbia o meno ragione, rientra pertanto nell'ultima categoria indicata con la lettera *m*). Non avrebbe infatti ragione di esistere qualora il rapporto processuale potesse costituirsi anche senza la partecipazione del convenuto. Una volta per tutte cogliamo l'opportunità per far notare in quali errori si può cadere, se si esamini l'editto con la convinzione che gli interdetti ivi elencati si susseguano in modo organico.

L'interdetto di cui al § 230:

Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessione missus erit,

essendo dato come misura coattiva di una *missio in possessionem*, rientra invece nella categoria *b*). Lo stesso è a dirsi per quello che segue (§ 231):

Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa erit,

che si riferisce alla donna immessa nel possesso, in attesa della nascita del figlio.

Diverso è il caso dell'interdetto '*de tabulis exhibendis*' (§ 232):

Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisset, si haec penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicitur, decreto comprehendam.

Siamo infatti di fronte ad un mezzo di tutela rivolto allo scopo di permettere, a chi vi abbia interesse, di far valere le disposizioni contenute in un testamento, e pertanto rientra nella categoria indicata con la lettera *l*).

Gli interdetti *possessorium* e *secutorium*, di cui fanno menzione i successivi §§ 233 e 234, ci riportano di nuovo a quelli indicati con la lettera *b*). Il primo è analogo al '*quorum bonorum*', ma viene concesso, anziché al *bonorum possessor*, al *bonorum emptor* (assegnatario in blocco dei beni del debitore fallito). Il secondo vien dato a coloro che hanno fatto l'acquisto dei beni in seguito ad asta pubblica.

Il § 235, contenente la promessa pretoria '*ne quid in loco sacro religioso sancto fiat*' e '*quod factum erit ut restituatur*', ci conserva invece soltanto la formula dell'interdetto proibitorio:

In loco sacro facere inve eum immittere quid veto,

e non del restitutorio, da emanarsi per il caso che il primo non venga ottemperato. Tanto l'uno che l'altro fanno comunque parte della classe *c*): polizia dei luoghi sacri.

I due successivi invece, ‘*de mortuo inferendo*’ (§ 236a)

Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto,

e ‘*de sepulchro aedificando*’ (§ 236b):

Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto,

ancorché siano analoghi ai precedenti dal punto di vista dell’oggetto, sono invece, guardando allo scopo cui sono predisposti, da inserirsi nell’altra categoria – polizia mortuaria – indicata con la lettera *d*).

I §§ 237 e 238 recano alcuni interdetti ‘*de locis et itineribus publicis*’; il primo è relativo alle opere che si stiano abusivamente compiendo sul suolo pubblico, e dalle quali derivi un danno al privato (§ 237a):

Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est;

il secondo alle opere in costruzione sulla via pubblica, dalle quali venga pregiudicata la viabilità (§ 237b):

In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto;

il terzo (il solo restitutorio) alle opere già portate a termine (§ 237c):

Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas;

Il quarto agli ostacoli che comunque vengano frapposti alla libera circolazione (§ 238):

Quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto.

Tutti quanti possono essere classificati nella prima categoria del nostro prospetto, indicata dalla lettera *a*).

L’interdetto di cui al § 239 (‘*de loco publico fruendo*’):

Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto,

che si riferisce alle concessioni amministrative, assimilate giuridicamente alle locazioni (nella specie locazioni temporanee), ed ha lo scopo di tutelare contro ogni turbativa il concessionario medesimo o colui che egli abbia associato a sé nello sfruttamento del bene concesso (*socius*) ed eventualmente, una volta introdotto nell’uso il subaffitto, anche il subaffittuario, si colloca invece nella categoria designata dalla lettera *i*).

Quello che si legge poi al paragrafo successivo (§ 240) e tendente a consentire a chiunque vi abbia interesse, di restaurare la *via* o l’*iter* pubblico, ove ne sia compromessa la viabilità:

Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire purgare reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto,

rientra di nuovo fra quelli compresi nella prima classe (lettera *a*).

Gli interdetti che s’incontrano ora sotto la rubrica ‘*de fluminibus*’, e che passeremo brevemente in rassegna, vanno invece a comporre la seconda classe, quella indicata con la lettera *b*). Dapprima abbiamo le formule dell’interdetto proibitorio (§ 241a):

Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas,

quo statio iterve navigatio deterior sit fiat,

e di quello restitutorio (§ 241b):

Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigatio deterior sit fiat, restituas,

volti entrambi ad impedire che siano frapposti ostacoli alla navigazione ed all'ormeggio sui fiumi.

Quindi gli interdetti riguardanti le opere che possono turbare il normale corso delle acque, anch'essi, uno proibitorio (§ 242a):

In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto,

e l'altro restitutorio (§ 242b):

Quod in flumine publico ripamve eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluxit atque uti priore aestate fluxit, restituas.

Infine l'interdetto concesso direttamente a colui che si veda frapporre ostacoli alla navigazione, ovvero al carico ed allo scarico, sia sui fiumi che sui laghi, fossi e stagni pubblici (§ 243):

Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam eius onerare exonerare liceat, vim fieri veto. item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdica,

e quello *'de ripa munienda'* per la tutela di colui che compia opere di consolidamento delle rive del fiume, purché non ne comprometta la navigabilità e presti adeguata garanzia per gli eventuali danni (§ 244):

Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circum ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato satisfatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato satisfidetur, vim fieri veto.

Con il § 245 (a-b) ci troviamo di fronte ai ben noti interdetti possessorii *reciperandae possessionis*, rientranti nella categoria *e*). Solo per completezza riporteremo anche la loro formula:

*De vi*: Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

*De vi armata*: Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Analogo a questi è l'interdetto cui si accenna subito dopo (§ 245c):

Si uti frui prohibitus esse dicetur,

previsto per il caso che ad essere spogliato del possesso sia stato l'usufruttuario.

A ben diversa categoria appartiene invece l'ultimo interdetto contenuto sotto la medesima rubrica *'unde vi'* (§ 246):

Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit,

il quale, riguardando appunto il possesso che sia stato conferito in base ad un provvedimento del pretore (*missio in possessionem*), è piuttosto da iscriversi fra quelli di cui alla lettera *b*) del prospetto.

Nella classe *e*) – tutela possessoria – vanno pure ricompresi i due interdetti *'uti possidetis'* che

seguono, l'uno relativo al possesso del *fundus* (§ 247a):

Ut i nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis adversus ea vim fieri veto,

l'altro degli edifici (§ 247b):

Ut i eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

Così pure gli *interdicta secundaria*, ai quali si accenna sempre nel medesimo paragrafo (§ 247h), nonché l'interdetto relativo al pacifico godimento dell'usufrutto (§ 247i):

Ut eo fundo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utamini fruamini, vim fieri veto,

sono da ascrivere fra quelli volti alla «tutela possessoria», benché forse gli *interdicta secundaria*, di cui ci siamo in precedenza occupati, possano a buon diritto trovar posto accanto agli altri dell'ultima categoria (lettera *m*), essendo anch'essi rivolti ad ovviare alle deficienze del processo formulare.

Di quest'ultima categoria fanno comunque parte gli interdetti di cui si tratta nel § 248, predisposti per il caso di *indefensio rei* da parte del convenuto, in un'azione relativa alla proprietà (non è certo tassativo il riferimento della formula al solo *fundus*). § 248a:

Quem fundum ille a te vindicare vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere, eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quominus satisdetur, eum illi restituas.

o in una *vindicatio ususfructus* (§ 248b):

Quem usumfrutum ... vindicare vult ... si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quominus satisdetur, restituas.

Nel § 249 è contenuta la formula dell'interdetto '*de superficiebus*':

Ut ex lege locationis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini vim fieri veto.

La superficie, istituto nato sul terreno del diritto pubblico e di qui estesosi anche ai rapporti privati, è infatti tutelato con l'*actio de superficie* da concedersi – come si legge nell'ultima parte dello stesso paragrafo dell'editto – *causa cognita*, o con questo interdetto, che rientra evidentemente nella categoria contrassegnata con la lettera *e*).

Abbiamo poi tre interdetti '*de itinere actuque privato*', riguardanti il passaggio attraverso il fondo altrui, sul presupposto della servitù o del solo esercizio di fatto. Il primo (§ 250a):

Quo itinere actuque, quo de agitur, hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto,

da concedersi a chi abbia esercitato pacificamente il passaggio per l'ultimo anno; il secondo (§ 250b):

Quo itinere actuque, quo de agitur, is, a quo emisti, hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus est, quo minus ita utaris, vim fieri veto,

per il caso l'esercizio da parte del proprietario non si sia svolto per un anno, ma possa, cumulandosi con quello di colui che ha ceduto il fondo all'impetrante, soddisfare questo requisito; il terzo (§ 250c):

Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius est reficias, vim fieri veto,

allo scopo di assicurare a colui che ha esercitato la servitù di passaggio (e qui – si noti – non è sufficiente l'esercizio di fatto, ma occorre anche il diritto: *'ut tibi ius est'*), di compiere sulla via le necessarie opere di restauro. Tutti e tre rientrano evidentemente nella categoria *f*), comprendente gli interdetti a tutela dei rapporti di vicinanza, alla quale appartengono pure gran parte di quelli che seguono fino al § 254.

Così è infatti per l'interdetto *'de aqua cottidiana'*, condizionato all'esercizio per un anno della servitù di acquedotto (§ 251a):

Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, visi fieri veto,

per quello *'de aqua aestiva'*, per il quale è sufficiente l'esercizio nell'estate precedente (§ 251b):

uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, visi fieri veto,

per l'interdetto cui si allude alla lettera *c*) del medesima § 251:

Item inter heredes et emptores et bonorum possessores interdicam,

e che null'altro è se non l'applicazione di ciascuno dei due precedenti a favore di eredi o di compratori (di successori a titolo universale o particolare, potremmo dire noi oggi).

A ragion veduta ad essi può affiancarsi anche l'interdetto *'de aqua ex castello ducenda'*, di cui ci dà la formula l'ultima parte di questo paragrafo edittale (§ 251d):

Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat, vim fieri veto,

– con relativa clausola *damni infecti* qualora si debbano compiere delle opere sempre per la derivazione dell'acqua – sebbene si avvicini non poco, facendo riferimento ad un deposito pubblico di acque, anche a quelli della categoria *b*).

Sempre alla categoria *f*) si possono poi ascrivere l'interdetto *'de rivis'* (§ 252):

Rivus specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto,

riguardante, alle condizioni previste per gli interdetti *'de aqua cottidiana'* e *'de aqua aestiva'*, la facoltà di riparare e spurgare i canali (coperti o scoperti), le chiaviche e le cateratte, quindi l'interdetto *'de fonte'* (§ 253a):

uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto,

esperibile in via utile anche per laghi, pozzi o piscine, a tutela del diritto di attingere acqua da fonti private, esercitato per l'ultimo anno, ed infine l'interdetto volto ad assicurare la *refectio* e la *purgatio* della fonte medesima (§ 253b):

Quo minus fontem, quo de agitur, purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto.

Degli interdetti che seguono poi, il primo, relativo allo spurgo ed alla riparazione della cloaca privata e per il quale si richiede adeguata garanzia per gli eventuali danni (§ 254a):

quo minus illi cloacam, quae ex aedibus, eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto,

appartiene senz'altro alla categoria *f*); gli altri previsti di seguito a quello (§ 254b) e che sono, uno restitutorio contro le immissioni e le opere compiute in una cloaca pubblica:

quod in cloaca publica factum sive immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas,

l'altro, cui si allude in appendice e del quale non conosciamo la formula, proibitorio (da emanarsi prima che le opere stesse siano compiute: *'item ne quid fiat immittaturve, interdicam'*), hanno invece funzione mista, e sembrerebbero potersi meglio collocare fra quelli riguardanti la polizia fluviale e delle acque pubbliche (categoria *b*). Forse sono stati messi qui perché si tratta pur sempre di acque private, anche se correnti in cloaca pubblica.

Accanto invece agli interdetti già esaminati *'quam hereditatem'*, *'quem fundum'*, e cioè nella categoria *m*), deve porsi quello previsto al § 255, applicabile contro chi, convenuto con una *vindicatio servitutis*, rifiuta di collaborare alla instaurazione del giudizio e cui si accenna nella parte che si è potuto ricostruire:

A quo servitus petetur sive ad eum pertinere negabitur, si rem nolit defendere.

Per quanto riguarda l'interdetto *'quod vi aut clam'* che s'incontra ora e di cui ben conosciamo la formula (§ 256):

Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, si non plus quam annus est cum experiendi potestas est, restituas,

basterà considerare che è *'vi aut clam factum'* ciò che viene compiuto contro l'espressa proibizione dell'avente diritto, per comprendere come esso sia da collocare nella categoria di cui alla lettera *g*), riguardante l'attuazione coattiva d'intimazioni solenni private.

Nel successivo § 267, nel quale si enunciano due interdetti connessi con la *operis novi nunciatio*, si comincia col precisare che tale solenne proibizione sarà efficace, solo se chi la pone in essere ne abbia il diritto, poiché altrimenti il pretore ne farà la *remissio*, per poi enunciare la formula dell'interdetto *'demolitorium'*, esperibile contro il destinatario di una legittima *operis novi nunciatio*, che abbia nondimeno portato a termine l'opera (interdetto restitutorio, § 257b):

quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas,

e di un altro interdetto da concedersi invece al *nunciatus*, che abbia offerto cauzione per poter continuare l'opera intrapresa, quando ciò gli venga invece impedito (interdetto quindi proibitorio, § 257c):

Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.

Ora mentre il primo è sicuramente da ricomprendere nella categoria *g*), come i precedenti, il secondo invece che di quello è una manifesta filiazione, giustificata solo da ragioni d'indole esclusivamente pratica, non può essere senza gravi incertezze posto in una piuttosto che in un'altra, e, solo tenendo conto della sua particolare finalità, può essere collocato accanto all'interdetto *'demolitorium'*.

L'interdetto *'de precario'*, di cui si ha la formula al § 258

Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas,

e che serve a tutelare colui che abbia concesso in precario una cosa ad altri, quando questi non la restituisca o se ne sia dolosamente spogliato, appartiene invece alla categoria *e*), benché si differenzi dagli altri interdetti a tutela del possesso, essendo volto ad assicurarne al concedente la restituzione, da parte del concessionario (legittimato quindi passivamente).

Fra quelli a tutela dei rapporti di vicinanza (categoria *f*) sono da collocare i due interdetti '*de arboribus caedendis*', uno a tutela del proprietario, sulla cui casa sporga l'albero del vicino, per poterlo tagliare qualora il vicino stesso non vi provveda (§ 259a):

Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas, tunc, quo minus illi eam arborem adimere sibi habere liceat, vim fieri veto,

l'altro da concedersi a colui, sul cui fondo sporga l'albero del vicino, per poterne tagliare le fronde a quindici piedi da terra e prendere per sé la legna (§ 259b):

Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendat, si per te stat quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerces, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto,

nonché l'interdetto '*de glande legenda*', predisposto a che il proprietario della pianta, da cui cadano frutti sul fondo vicino, possa ogni due giorni recarsi a raccogliarli (§ 260):

Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.

I quattro interdetti che seguono, tutti volti a predisporre l'esercizio di una *vindicatio*: '*in libertatem*' quello '*de homine libero exhibendo*' (§ 261):

Quem liberum dolo malo retines exhibeas,

'*patriae potestatis*' quelli '*de liberis exhibendis*' (§ 262a):

Qui quaeque in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolo malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamque exhibeas,

e '*de liberis ducendis*' (§ 262b):

(Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est) quo minus eum eamve Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto,

'*iuris patronatus*' quello '*de liberto exhibendo*' (cui si accenna al § 263) e che serve appunto alla esibizione del liberto, cui il patrono vuole fare la *indictio* delle opere, rientrano invece nella categoria contrassegnata con la lettera *l*).

E' molto probabile poi che anche l'interdetto '*utrubi*' che s'incontra al § 264, con una formula in cui si parla dello schiavo, appartenesse alla medesima categoria dei precedenti, essendo forse anch'esso volto in origine a predisporre l'esperimento di un'azione sull'appartenenza dello schiavo medesimo (la stessa collocazione nel testo editale è in questo caso significativa):

Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.

Comunque, anche se non sappiamo quando, esso è divenuto poi il mezzo tipico a tutela del possesso delle cose mobili in genere, e non possiamo non collocarlo organicamente assieme agli altri della

categoria e).

A questa indubbiamente appartengono invece, per la loro attinenza con rapporti pignoratizi, che sono appunto possessorii, l'interdetto 'de migrando', che già conosciamo e di cui abbiamo la formula al § 265:

Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto,

e l'interdetto 'Salvianum' (§ 266), di cui non c'è stato conservato il testo e che, come si sa, aveva lo scopo di consentire al locatore insoddisfatto di impadronirsi degli *invecta et inlata* (interdetto *adipiscendae possessionis*). La menzione dell'*actio Serviana* al successivo § 267 è puramente occasionale ed è stata posta qui solo per evidenti ragioni storiche relative allo sviluppo di tali mezzi processuali (essendo tale *actio* derivata appunto dall'interdetto).

L'ultimo interdetto della serie editale è quello 'fraudatorium' (§ 268), del quale anche abbiamo già avuto occasione di occuparci:

Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit: ea illis, quos eo nomine, quo de agitur, ex editto meo in possessionem ire esseve oportet, si non plus quam annus est cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.

Esso è, come l'*actio Pauliana*, un mezzo processuale diretto alla revoca degli atti compiuti in frode dei creditori; in particolare serve a coloro, cui sia stata concessa dal pretore la *missio in bona*, per ottenere la consegna di quei beni che siano pervenuti in mano di terzi, consapevoli della frode, e pertanto è da ascrivere alla categoria b), anche se, come gli altri interdetti di questa classe, possa essere considerato al tempo stesso un mezzo di tutela possessoria.

Ormai possiamo dire di avere dinanzi a noi un quadro abbastanza organico della tutela interdittale, quale non ci era certamente offerto né dalle classificazioni dei giuristi romani (fatte in riferimento all'oggetto) né da quelle ispirate a criteri moderni. Se questo è però il punto di arrivo, ora dobbiamo cercare di ripercorrere il cammino della protezione interdittale, risalendo alle origini di essa. In questa ricerca potremo fare dei rilievi assai interessanti anche per stabilire i rapporti fra i vari gruppi di interdetti che abbiamo ora delineati.

#### ***XIV. Le origini***

34. Quando noi scrivemmo il nostro libro, varie congetture si contendevano il campo circa le origini dell'interdetto. Vi era l'opinione del Bekker, ripresa poi dallo Pfersche, che vedeva nell'interdetto nient'altro che un'emanazione naturale dell'*officium praetoris*; l'ipotesi dello Huschke che pretendeva spiegare le origini dell'istituto immaginando che esso fosse sorto e si fosse poi sviluppato come forma di attuazione esecutiva dei diritti pubblici soggettivi nell'interesse del cittadino; la teoria del Pernice, integrata da alcune pregevoli osservazioni del Bethmann-Hollweg, secondo cui la genesi dell'interdetto sarebbe stata da ricollegare con l'esigenza del mantenimento della pace sociale («Friedenstheorie» o «teoria della pace»). La più recepita di tutte le congetture era però quella che la tutela interdittale dovesse risalire ad un'epoca molto remota, affondando le sue radici nell'età arcaica in cui dominava la sola procedura *per legis actiones*. In quest'epoca – secondo un'ipotesi del Puchta, ripresa ed elaborata in Germania dallo Schmidt e dall'Ubbelohde, avallata in Italia dall'autorità di Vittorio Scialoja – gli interdetti sarebbero stati una forma, anzi l'unica, d'intervento del pretore per la tutela dei rapporti sconosciuti allo *ius civile*: avrebbero, in altre parole, assolto una funzione analoga a quella che fu più tardi propria delle formule *in factum* (interdetti come formule *in factum ante litteram*).

Vi era stato, è vero, chi fra i romanisti, come l'Arangio-Ruiz, non essendo per molti motivi persuaso dell'attendibilità storica di questa congettura, aveva affacciato l'idea che l'origine degli interdetti dovesse essere ricondotta ad un'età più recente, facendo rientrare la loro genesi in quel quadro di più intensa attività pretoria degli ultimi secoli della repubblica. Tuttavia, come gli studi di diritto processuale romano (cui si sono particolarmente dedicati negli ultimi anni Kaser, Pugliese, Luzzatto ed anche chi tiene questo corso) hanno potuto porre in luce, l'attività del pretore, se pure subì entro certi limiti un incremento successivamente alla *lex Aebutia*, cioè alla legalizzazione, almeno nel settore delle *condictiones*, della procedura formulare, aveva potuto in linea di principio esplicarsi abbastanza liberamente, senza bisogno di interventi legislativi, già in epoca più remota, se non altro al tempo della instaurazione della pretura peregrina, che, come si ricorda, risale al 242 a.C., quando si provvide cioè a distribuire organicamente fra i due pretori il lavoro giudiziario che fino allora aveva dovuto svolgere un solo magistrato, il collega *minor* dei consoli. Ciò non toglie però che la congettura dell'Arangio-Ruiz nascesse da un'esigenza molto sensibile di reazione alla dottrina dominante. Neppure noi infatti eravamo persuasi della attendibilità di alcuna di tutte quelle congetture ed in particolar modo di quella che sembrava la più fondata e la dominante, anche se, prese da sole, le singole teorie riuscivano, quale per un verso e quale per un altro, a porre in luce qualche aspetto di quella che doveva essere stata la vicenda originaria dell'istituto dell'interdetto.

Oggi, riprendendo in esame la questione a distanza di anni, pur rimanendo fedeli alla nostra fondamentale impostazione di allora, riteniamo di poter fare qualche passo avanti rispetto a quelle conclusioni, anche su questo punto delle origini dell'interdetto.

35. Un presupposto di quanto stiamo per dire è costituito dalla acquisizione di alcuni dati cronologici che le fonti ci offrono. E' infatti evidente che il problema delle origini, che è preliminare ma connesso a quello della natura, ha diverse facce, risultando dalla sintesi di più elementi problematici. Si tratta cioè di stabilire: a) quale sia stata la genesi, come sia nata cioè la protezione interdittale; b) quale sia stato il suo originario campo di applicazione; c) a che epoca risalga la instaurazione di questa procedura. Per poter determinare quest'ultimo punto è necessario conoscere appunto quali sono gli elementi testuali, che ci consentano di fissare per lo meno un termine *post quem*.

Il dato più remoto che sia stato richiamato è un brano di Livio, che riguarda gli eventi dell'anno 215 a.C.:

Liv., *ab urb. cond.* 25.1.11: M. Aemilio praetori urbis negotium ab senatu datum est, ut eis religionibus populum liberaret. Is et in contione senatus consultum recitavit, et edixit, ut quicumque libros vaticinos, praecationesve, aut artem sacrificandi conscriptam haberet, eos libros omnes litterasque ad se ante Kalendas Apriles deferret, neu quis in publico, sacrove loco novo, aut externo ritu sacrificaret.

Peraltro questo brano, pur interessante sotto altri aspetti, non riguarda la protezione interdittale, come taluno ha ritenuto, e non può consentirci di stabilire quel termine di cui siamo alla ricerca. In esso infatti v'è solo il ricordo di un senatoconsulto, in base al quale uno dei pretori di quell'anno avrebbe emanato un *edictum*, volto a vietare culti estranei alla religione dello stato, che erano penetrati in Roma, in seguito al turbamento degli animi cagionato dalla seconda guerra punica.

Un'altra testimonianza di poco più recente sarebbe da ravvisare nei *Vaticana fragmenta*, i quali parlano fra l'altro della *lex Cincia* del 204 a.C., riportandone parecchie disposizioni, fra le quali quella del § 311, per cui la donazione di cose mobili *'in persona non excepti'*, esigerebbe la *mancipatio* per le cose *mancipi* e la *traditio* per le *nec mancipi*, *'ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est'*, cioè a dire affinché in questo interdetto possa riuscir vittorioso il donatario. Basta però questo accenno per farci ritenere, come si vorrebbe, che l'interdetto *utrubi* era già noto al tempo della *lex Cincia*? Evidentemente in questo inciso si fa riferimento all'opera interpretativa della giurisprudenza di due secoli più tardi, e nulla ci autorizza a sostenere che di interdetto *'utrubi'* si parlasse nella legge!

Abbiamo però un dato incontrovertibile di pochi anni posteriore in una commedia di Plauto,

lo *Stichus*, rappresentata per la prima volta nell'anno 200 a.C., in cui si allude appunto all'interdetto 'utrubi' nei seguenti dialoghi:

5.4.14 (v. 696 Lindsay): *Sagarinus*: «amicam uter utrubi accumbamus?» – *Stichus*: «abi tu sane superior» ;

5.5.9 (v. 750 Lindsay): *Stephanus*: «utrubi accumbo?» – *Sagarinus*: «utrubi tu vis?» – *Stephanus*: «cum ambobus volo: nam ambos amo».

Un altro richiamo al medesimo interdetto si può poi scorgere in una commedia di Terenzio, l'*Eunuchus*, rappresentata per la prima volta nel 161 a.C., in cui si dice:

11.3.28-29 (v. 319-20 Kauer - Lindsay): *Parmenus*: «flos ipse» – *Chaerea*: «[ipsam] hanc tu mihi vel vi vel clam vel precario / fac tradas: mea nil refert dum potiar modo».

Un posto eminente e del tutto speciale spetta però alla *lex Agraria* del III a.C., in cui s'incontrano dettagliati riferimenti alla protezione interdittale della più antica figura di possesso: la *possessio* dell'*ager publicus*, attribuita dallo Stato ai privati:

*lex Agr.*, 18-19: Sei quis eorum, quorum ager supra scriptus est, ex possessione vi eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione vi eiecerit: quem ex h.l. de ea re ious deicere oportebit, sei is quei ita eiectus est, ad eum de ea re in ious adierit ante eidus Martias, quae post h.l. rog. primae erunt, facito, utei is, quei ita vi eiectus est, in eam possessionem unde vi eiectus est, restitatur.

Vengono poi le fonti ciceroniane in cui non solo si hanno accenni più o meno diretti ai diversi interdetti, ma addirittura delle orazioni destinate ad essere pronunciate in processi *ex interdicto*. Qualche passo lo abbiamo già incontrato, sugli altri sarebbe troppo lungo soffermarci. Queste sono in ogni modo per noi preziose testimonianze, perché dandoci il quadro della protezione interdittale verso la prima metà del I secolo a.C., ci consentono di fare un raffronto con quella che essa è alla fine dell'epoca classica.

Da tutto quello che abbiamo detto si può dunque dedurre che l'istituto dell'interdetto era già noto circa nel 200 a.C. e che esso assunse uno sviluppo notevole in epoca ciceroniana, ma non siano ancora in grado di dire nulla circa il processo di formazione dell'istituto medesimo.

36. Per ritrovare le prime radici dell'interdetto dovremo pertanto procedere con metodo induttivo. Risalendo indietro dal III secolo a.C. e tenendo presente quanto abbiamo già in precedenza osservato, è evidente come la nostra ricerca non incontri alcun limite prima di quello costituito dalla instaurazione della magistratura pretoria come organo di giustizia. Poiché infatti il pretore si presenta come collega *minor* dei magistrati eponimi già nel 367 a.C. e poiché anch'egli è fornito di *imperium* (il potere sovrano che non conosce altri limiti al di fuori della legge), nulla ci impedisce ragionevolmente di supporre che l'interdetto sia nato all'indomani della creazione di questa nuova magistratura. Dal 367 al 200 a.C. corre pertanto il lasso di tempo in cui deve essere sorta la procedura interdittale.

Si può però ritenere che l'interdetto sia nato nelle medesima forma di ordine concreto, condizionato o meno, con la quale ci si presenta in epoca classica? La verosimiglianza storica c'induce ad escluderlo. E' infatti più logico ritenere che la prima forma dell'interdetto sia stata quella di un ordine non concreto e tanto meno condizionato. Può essere a questo proposito utile il richiamo al passo di Livio visto sopra, che di per sé pure non dice nulla per quanto riguarda la datazione dell'istituto che ci interessa. Da esso traspare infatti come l'interdetto in origine null'altro sia stato se non una manifestazione dell'*imperium*, che si riconnette allo *ius edicendi* ('*interdictum*' = '*edictum*': ordine obbligatorio che tanto più ha forza propria di coazione, in quanto si fonda sull'*imperium* dei magistrati più elevati), un ordine cioè rivolto alla generalità dei cittadini di fare o di non fare qualcosa ('*ne quis in publico sacrove loco novo aut externo sacrificaret*', *edicit* il pretore M. Atilio). Ma se ciò è vero dobbiamo

anche ammettere che il pretore avesse la possibilità di emanare un ordine concreto. Una traccia possiamo scorgere appunto nella famosa *interdictio aquae et ignis*, con la quale il magistrato sanzionava l'esercizio dello *ius exilii* da parte di colui che altrimenti sarebbe stato condannato a morte. Prima di diventare una pena, l'*interdictio aquae et ignis* era infatti un provvedimento di polizia, un ordine di non rimettere più piede nel territorio dello Stato, ed anche se non si possa parlare di interdetto, doveva tuttavia trattarsi di qualcosa di strettamente affine, essendo emanazione in senso concreto dello stesso *ius edicendi* del magistrato. La documentazione relativa alla sua arcaicità ci permette poi di desumere che il pretore abbia potuto emanare divieti fin da epoca remotissima. Certo che non si potrà per ora parlare di tutela processuale, ma solo di una misura di polizia. Ciò nonostante, siamo in grado di delimitare quale sia stato almeno il suo originario campo di applicazione, il terreno in cui il pretore deve essere cioè intervenuto per la prima volta, che di certo non avrà potuto non essere quello dei luoghi sacri e religiosi o delle cose di pubblico uso. Non è pertanto difficile comprendere come fra gli interdetti veri e propri, che si svilupparono poi, i primi a sorgere siano stati proprio quelli relativi a questa materia, del tutto fuori quindi dal campo dei diritti e degli interessi privati.

Un passo ulteriore lo si sarà avuto una volta diffusasi l'abitudine di concedere da parte dello Stato lotti di *ager publicus* ai privati, una volta cioè nata la *possessio*. Rimanendo infatti tale terreno sempre terreno demaniale, era più che logico un intervento del pretore a tutela, ogni volta che ve ne fosse bisogno, degli interessi dei privati concessionari. E' proprio l'applicazione degli interdetti in materia possessoria che ha determinato la successiva estensione della protezione interdittale. Essa ha rotto gli argini quando la giurisprudenza repubblicana è giunta ad individuare una *possessio* del *dominus* sulla cosa sua, accanto a quella su cosa pubblica. E' logico infatti che si sia avvertita la necessità di estendere questa tutela anche alla proprietà considerata nel suo aspetto di signoria di fatto. Ormai quindi l'interdetto è una misura di polizia che si applica sia alle cose pubbliche che private. Tanto più che nel frattempo alla primitiva presumibile sanzione della *multae dictio* deve essersi verosimilmente sostituita una sanzione diversa, nascente dalla sfida reciproca che gli interessati avranno potuto farsi circa il punto della eseguibilità in concreto dell'ordine magistratuale. In fondo, sarebbe questo uno sviluppo analogo a quello che si scorge nelle *legis actiones*, dove dal *sacramentum* della più antica *legis actio*, scommessa da pagarsi al fisco, si arriva alla *summa stipulationis* della *legis actio per conditionem*, che va a beneficio della parte vincente. Quando però uno può, con apposito procedimento, farsi pagare una pena da un altro, sorge la necessità della richiesta privata che solleciti l'intervento del pretore, e da mezzo di polizia l'interdetto diviene allora un mezzo di tutela, per l'applicazione del quale viene a costituirsi un vero rapporto processuale.

L'evoluzione ulteriore non offre più difficoltà. Quali sono in una comunità agricola (IV-III secolo a.C.) i rapporti più bisognosi di una tutela rapida e spedita, in quei settori in cui non può trovare applicazione la nuova procedura formulare? Evidentemente quelli che si ricollegano al *fundus*, alle *aedes*, agli schiavi, ai rapporti di vicinanza, alle acque private, al passaggio attraverso il fondo altrui etc. Tale infatti risulta il campo di applicazione della tutela interdittale ai tempi di Cicerone che, come già abbiamo visto, dice appunto nella *pro A. Caecina* (13.36):

Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factum iubet, qui de fossis de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicat ...

Come poi il campo di applicazione stesso si sia andato man mano allargando fino a ricomprendere tutti gli interdetti che compaiono nella codificazione giuliana dell'editto, si potrebbe agevolmente vedere esaminando i numerosi passi che noi raggruppiamo in un prospetto palinogenetico, che va dai giuristi repubblicani, come Scevola, Sulpicio Rufo, Alfeno Varo, fino a quelli dell'età di Adriano, e al quale in questa sede ci limitiamo a far rinvio (cfr. *La protezione interdittale nel processo romano*, p. 121-125).

Ci basta qui riaffermare che – come del resto si deduce da un lungo passo del *de oratore* di Cicerone (1.10.41-44), passo non ancora valutato appieno nella sua portata giuridica e perciò passato quasi inosservato all'attenzione dei romanisti (come scrivevamo nel 1938) – la protezione interdittale vera e propria nacque quando l'inosservanza dell'interdetto cominciò a dar luogo, attraverso un

procedimento *per sponsionem*, ad un processo nelle forme della *legis actio sacramenti in personam* o della *legis actio per condictionem* o *per iudicis postulationem*, cui, dopo la *lex Aebutia* si sostituì la *condictio* formulare.

## XV. La natura

37. Avendo ormai idee abbastanza chiare sulla genesi dell'istituto, possiamo affrontare l'altro problema, ad esso indubbiamente connesso, della natura degli interdetti. E se circa la questione di cui ci siamo occupati nel precedente capitolo siamo rimasti abbastanza fedeli a quanto avevamo scritto nella nostra opera più volte richiamata, su questo punto, al contrario, ce ne distaccheremo di più.

Il problema è estremamente delicato. In esso vengono per così dire al pettine i nodi più intricati, relativi al metodo che lo studioso dei diritti antichi può e deve applicare per la ricostruzione e l'interpretazione degli istituti giuridici delle epoche storiche passate. Vi è infatti chi imposta il problema in termini dogmatici moderni, senza alcuna prudente riserva, discutendo intorno all'alternativa «interdetto atto amministrativo o giurisdizionale», e quindi, per quanto riguarda i rapporti protetti: interessi legittimi o diritti subiettivi. Ora un'impostazione del genere può indurci facilmente in errore, vincolandoci alla portata dei concetti moderni, per usare i quali nella nostra materia occorre sempre, come abbiamo già detto, una certa dose di sensibilità storica.

Se noi volessimo infatti servirci di questi concetti, l'interdetto come ordine di polizia, con sanzione di *multae dictio*, come abbiamo visto essere nelle sue prime applicazioni, potrebbe definirsi un atto amministrativo (se amministrativa è l'attività svolta dallo Stato per il raggiungimento, nei limiti delle leggi impostesi, di quei fini di conservazione e di progresso dei cittadini che egli fa propri). Mentre poi nessuna difficoltà vi dovrebbe essere a parlare di interdetto come atto giurisdizionale, dal giorno in cui esso diviene un mezzo di tutela di interessi privati, presi in considerazione in quanto tali e non come semplici interessi (se giurisdizionale è l'attività diretta ad attuare la legge nella risoluzione di controversie fra privati). Non vi ha dubbio però che queste definizioni, anche se lecite, ci lascino alquanto insoddisfatti.

38. Per voler semplificare il problema e renderlo facilmente accessibile, noi non dovremo pertanto, pur facendo uso di concetti moderni, perdere di vista quelli romani di *'imperium'* e di *'iurisdictio'* che non si possono certo far corrispondere ai nostri di «amministrazione» e «giurisdizione», senza falsare la realtà. È noto come in diritto romano si possano contrapporre solo fino ad un certo punto *'iurisdictio'* ed *'imperium'*, essendo in fondo l'una un derivato dell'altro, e come, anche se *'iurisdictio'* indichi nel suo significato tecnico prevalente il potere di instaurare un processo nelle forme ordinarie, questo non sia sempre stato il suo valore e neppure classicamente sia l'unico che ad essa si può dare.

Le indagini approfondite, condotte dagli studiosi in questi ultimi decenni, hanno infatti permesso di accertarne la semantica e di stabilire che *'ius dicere'* comincia a significare il «potere di instaurare un processo ordinario» solo dopo che l'attività decisoria della controversia, che spettava dapprima al magistrato, fu tolta dai suoi compiti ed affidata ad un *index privatus*, la cui funzione venne ad essere così designata con il termine *'iudicare'*. Neppure però quello di «istruzione e decisione della controversia» era, come sembrerebbe, il primitivo significato dell'espressione *'iusdicere'*, anche se lo fu per molto tempo, prima della distinzione di funzioni, cui abbiamo accennato, poiché originariamente esso significava solo «dire la volontà (indistinta e trascendente) degli dei per il caso particolare», indicando cioè non una attività logica e tecnica, ma quasi un'operazione magica che solo chi aveva poteri sacerdotali e la possibilità quindi di interrogare gli dei (attraverso l'ordalia, l'aruspicina etc.) era in grado di compiere.

Questa l'evoluzione storica, vista a ritroso, del termine, che in epoca classica significa ormai «potere di instaurare un processo». Accanto a questo significato ce n'è però un altro, più ampio, che non può sfuggirci! Quello per cui *iurisdictio* indica genericamente «qualsiasi attività volta alla risolu-

zione delle controversie». Se così è però, chi ci dice che l'interdetto, pur non essendo un atto di *iurisdictio* in senso stretto, non possa essere un atto giurisdizionale in questo secondo senso?

Questo noi non potevamo vedere certo quando scrivemmo il nostro libro, poiché allora non erano giunti alle conclusioni, cui sono pervenuti in questi ultimi anni, i problemi relativi alla *iurisdictio*. Ora però è quasi inutile che Gioffredi e Gandolfi si sforzino per dimostrare che l'interdetto rientra nell'attività giurisdizionale, dal momento che una tale conclusione c'è quasi imposta dalla stessa configurazione del concetto di *iurisdictio* (Leifer, Lauria, De Martino, etc.)!

39. Non è lecito poi al Gandolfi di inchiodarci alla definizione del procedimento interdittale, come procedimento amministrativo, che noi avevamo enunciata. Anche se esso è un atto amministrativo, la sua funzione è pure giurisdizionale nel senso più largo che a quest'ultima espressione può e deve darsi. Del resto l'interdetto non è forse definito dalle fonti come un atto '*magis imperii quam iurisdictionis*'? Cosa vuol dire ciò? Se noi intendessimo '*iurisdictionis*' in senso stretto non riusciremmo mai a capire una simile definizione, che può dirsi costituisca, in certo modo, il banco di prova di tutte le teorie che intorno alla '*iurisdictionis*' si possano creare. Tenendo invece presente la concezione di '*iurisdictionis*' in senso lato, si comprende benissimo come l'interdetto, tendendo alla regolamentazione dei rapporti fra privati, sia sì un atto '*iurisdictionis*', ma al tempo stesso '*magis imperii*', perché l'*imperium*, su cui esso si fonda al pari di tutti gli altri provvedimenti magistratuali (l'*imperium* è il potere supremo che essi hanno e da cui scaturiscono come una logica conseguenza tutti gli altri), trova proprio in questa forma di tutela un'applicazione di gran lunga maggiore che non, ad esempio, nel processo ordinario. Si ricordi l'espressione di Gaio: '*principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit*', e quanto su di essa abbiamo già detto.

40. A questo punto è chiaro come anche i problemi se i rapporti protetti siano interessi o diritti soggettivi, e se la protezione interdittale possa o meno rientrare nell'ambito dell'*ordo iudiciorum*, perdano ogni importanza. Non vi è dubbio infatti che si tratta spesso di semplici interessi, ma a volte vi sono anche dei veri e propri diritti che vengono tutelati. Non è su questi concetti, dal momento che vi sono esempi sia per l'una che per l'altra categoria, che possiamo dunque polarizzarci per determinare la natura degli interdetti. In ogni caso non è certo sostenibile l'ipotesi che gli interdetti siano sorti per la protezione di quei rapporti sconosciuti allo *ius civile*, ed in seguito tutelati con azioni *in factum*, poiché essa non regge di fronte a due constatazioni:

1) che vi sono dei rapporti tutelati attraverso interdetti, per i quali già in precedenza esistevano invece delle azioni (ad esempio '*de glande legenda*' e '*de arboribus caedendis*': si veda XII tab. VII.9-10).

2) che vi sono interdetti, nati per la prima volta quando ormai le azioni *in factum* erano di applicazione quotidiana.

Se la protezione è nata e poi si è vastamente estesa, ciò vuol dire solo che essa soddisfaceva delle esigenze che il processo ordinario non riusciva altrettanto bene a soddisfare, ciò che si spiega agevolmente solo pensando alla sommarietà di questa forma di procedimento, su cui ci siamo già a lungo intrattenuti.

Quanto poi al problema se si tratti di procedimento ordinario o straordinario, non v'ha dubbio quanto alla sostanza delle cose, che il procedimento interdittale si avvicini molto alla procedura *extra ordinem* (si pensi tra l'altro alla forma della citazione, alla *cognitio* del magistrato che si conclude con un provvedimento decisorio). Nelle fonti non si trova però mai menzionato l'interdetto fra i mezzi di procedura *extra ordinem*, anzi qualche volta esso viene ad essi contrapposto. Questo però non ci deve fare alcuna meraviglia dal momento che i passi, in cui si fanno queste contrapposizioni, sono tutti interpolati. In essi infatti non si parla veramente di interdetto, ma di '*actio tamquam ex interdicto*' in contrasto coi cosiddetti mezzi di esecuzione '*iure potestatis*', definiti appunto come mezzi '*extra ordinem*'. Quando poi i gromatici fanno rientrare gli interdetti nello '*ius ordinarium*', non si deve fraintenderli, poiché essi vogliono soltanto distinguere – e per questo parlano di '*ius ordinarium*' – i mezzi

di tutela di competenza del magistrato giudicante da quelle controversie di carattere strettamente tecnico e professionale che spetta invece loro risolvere. Tuttavia dovendo oggi esprimerci in proposito, preferiamo modificare il nostro punto di vista e dire più prudentemente che gli interdetti possono anche essere classificati nell'ambito dell'*ordo iudiciorum*, pur tenendo ferme le molte particolarità che caratterizzano questa procedura.

## Riepilogo

Cerchiamo ora, ripercorrendo le tappe del nostro cammino, di richiamare le conclusioni cui siamo giunti di volta in volta in questo studio e di esporle sinteticamente, in modo che ne risulti facilitata la visione complessiva ed organica dell'istituto processuale dell'interdetto.

Nella prima parte del corso, muovendo dall'esame di un importante passo di Gaio, abbiamo analizzato nella sua struttura e nei suoi effetti l'intervento autoritativo del magistrato volto a risolvere le controversie («in via principale») in forza dei suoi poteri discrezionali. Abbiamo visto allora che l'interdetto è un ordine, di contenuto positivo o negativo, che, per la sua natura di *decretum*, si può tranquillamente porre sullo stesso piano del decreto-formula del processo ordinario, anche se (e qui si scorge la differenza fra i due procedimenti) l'uno sia tale da poter risolvere almeno provvisoriamente le controversie (nel presupporre le quali si distingue poi dalle semplici ordinanze magistratuali) e l'altro, cioè lo *iudicium*, sia solo un mezzo per giungere, attraverso il compimento della *litis contestatio*, alla sentenza del giudice.

Quanto alla sua obbligatorietà per il destinatario, essa non solo si è potuta desumere da considerazioni d'ordine generale (come l'essere un provvedimento fondato sull'*imperium* e tale da esercitare una indiretta forza coattiva), ma dallo stesso Gaio, che, parlandoci del successivo processo *ex interdito*, che si può avere qualora l'interdetto non venga osservato o ad esso non sia fatta opposizione, implicitamente ci fa intendere come ne sia possibile appunto l'osservanza.

Passando nella seconda parte ad esaminare più da vicino quello che noi chiamiamo il «processo interdittale», cioè la fase processuale antecedente l'emanazione dell'interdetto stesso, dopo alcune prime giustificazioni della sua autonomia (indipendenza dal '*rerum actus*' e necessità, per ricorrere all'interdetto quando sia in corso un processo formulare, di sospendere quest'ultimo), abbiamo messo in luce:

- come, a differenza di quello condotto nelle forme ordinarie, esso si inizi con un ricorso al magistrato, il quale, se ritenga proponibile la *postulatio*, ne autorizza la notificazione al destinatario (la cui partecipazione non è poi indispensabile, potendosi procedere in sua contumacia);
- come non si possa parlare di rappresentanza, se non intendendo l'espressione in senso molto lato, a designare il '*postulator pro alio*';
- come infine non sia applicabile il principio '*confessus pro iudicato habetur*' (dando la confessione luogo ad una semplice ordinanza), ed il giuramento volontario, eventualmente prestato da una parte non vincoli probabilmente il magistrato, in considerazione degli interessi pubblici che possono entrare in gioco in questa procedura.

Per quel che riguarda il delicato problema della '*causae cognitio*', sul quale ci siamo intrattenuti a lungo, conducendo un attento esame di numerosi passi relativi all'accertamento della legittimazione passiva, alla valutazione della formula d'interdetto richiesta, alla scelta ed all'adattamento della medesima, alla concessione di interdetti utili o repentini ed infine alla possibilità di inserire un'*exceptio* nell'interdetto, abbiamo concluso che:

- il magistrato poteva sempre svolgere un'indagine più o meno approfondita sulla fattispecie sottopostagli (senza che ciò implicasse immancabilmente assunzione o valutazione di prove, come so-

stiene il Gandolfi) e che non trovandola corrispondente a quella astrattamente prevista dall'editto, poteva negare la tutela richiesta, oppure concederla in caso contrario, a meno che egli stesso si fosse riservato (ed ecco il valore dell'inciso '*causa cognita*' che s'incontra in certe clausole edittali) di provvedere discrezionalmente;

– che in ogni caso il provvedimento concesso poteva essere condizionato al sussistere di determinati requisiti, dal pretore stesso non accertati.

Con l'esame pertanto della '*denegatio interdicti*' (della cui forza di preclusione abbiamo discusso, propendendo però per la soluzione negativa) e dell'*'editio interdicti'* (confutando in proposito la dottrina che vi scorge un atto di parte e non del magistrato) abbiamo chiusa questa seconda parte, dopo aver fatto rinvio di alcune questioni di carattere dogmatico, come quella se possa parlarsi di «rapporto processuale» per il procedimento interdittale e l'altra intorno al carattere sommario di questa procedura.

Abbiamo quindi, nella terza parte, trattato dapprima della ottemperanza all'interdetto, combattendo la tesi dell'interdetto «pura forma» col restringere l'applicabilità della clausola «R.A.Q.E.I.E.», di cui si fa forte la dottrina avversaria, al solo caso degli *interdicta secundaria*, cui accenna Gai., *inst.* 4.170, nonché ponendo nella giusta luce il passo di Cicerone in *pro Tull.* 23.53 (altro argomento degli oppositori) che, rettamente interpretato, non esclude minimamente, come si vorrebbe, che il comando pretorio potesse essere eseguito.

Venendo poi ai casi di opposizione e trasgressione e quindi allo svolgimento dei processi formulari '*per formulam arbitriariam*' e '*per sponsionem*', i quali ci interessano solo per i loro rapporti funzionali con il vero procedimento interdittale, abbiamo:

– accennato all'evoluzione storica di queste forme processuali (di cui per prima compare quella '*per sponsionem*', poi quella '*per formulam arbitriariam*' ed infine lo '*iudicium secutorium*');;

– precisato quale sia l'oggetto dell'indagine svolta dal giudice formulare (tendente appunto ad accertare quale sia stato il comportamento dell'impetrato di fronte all'ordine concreto e non di fronte all'editto pretorio);

– dimostrato convenientemente perché agli interdetti proibitorii non sia applicabile il procedimento arbitrale;

– riaffermato per quest'ultimo la qualifica di giudizio di opposizione, in contrasto con l'opinione di Gandolfi;

– illustrato, guardando al processo '*per sponsionem*' in particolare, le formule dello *iudicium secutorium* e discusso sull'esistenza di una clausola restitutiva per la formula relativa agli ordini negativi (possibilità che però abbiamo esclusa).

A questo punto abbiamo sciolta la riserva fatta in precedenza e giustificato l'uso della espressione «processo interdittale», e l'applicabilità ad esso del concetto di «rapporto processuale», desunto dalla dogmatica moderna (Chiovenda), intrattenendoci poi sulla sommarietà di questa procedura ed istituendo un significativo raffronto con il procedimento ingiuntivo del nostro Codice di Procedura Civile, di cui si sono rilevate le analogie che, *mutatis mutandis*, lo avvicinano al processo interdittale romano.

Nell'ultima parte del corso abbiamo invece portato la nostra indagine sul campo di applicazione degli interdetti, quale si presenta all'epoca della redazione giuliana dell'editto, ed esaminate brevemente le classificazioni troppo estrinseche offerte dalle fonti classiche, le altre più o meno tarde di minore importanza, nonché gli aggruppamenti condotti sulla base di criteri troppo moderni, come quello del Gandolfi, abbiamo delineato un prospetto dei vari settori, in cui può trovare applicazione la tutela interdittale, facendone un accurato riscontro sulla scorta dell'editto ricostruito dal Lenel.

Affrontato quindi il tema delle «origini» e riassunte le opinioni che in dottrina si contendono il campo, abbiamo passato in rassegna le fonti da cui è possibile trarre elementi sufficienti a stabilire un termine *post quem* ed abbiamo potuto fissarlo al 200 circa a.C.

Tentando poi con metodo induttivo di ricostruire lo sviluppo di questa procedura, abbiamo visto:

– come l'interdetto sia sorto originariamente come un mezzo di polizia, consistente in un ordine a-

stratto ed incondizionato del pretore, relativo ai luoghi ed alle cose sacre;

– come esso si sia andato man mano concretizzando, con possibilità di una ‘*multae dictio*’ per la trasgressione;

– come infine sia divenuto un mezzo di tutela processuale, allorché alla ‘*multae dictio*’ si sostituì una ‘*summa stipulationis*’, che una parte poteva farsi pagare dall’altra, ciò che rese infatti necessaria la richiesta da parte dell’interessato e la instaurazione di un vero e proprio processo.

Abbiamo inoltre illustrato:

– come l’adattamento di questa forma di tutela alla *possessio* dell’*ager publicus* ne abbia determinato, con l’elaborazione del concetto di «possesso» da parte della giurisprudenza, un progressivo ampliamento del campo di applicazione;

– come, estendendosi man mano ai molti altri rapporti tipici di una società agricola, quali quelli di vicinanza o di passaggio attraverso fondi rustici, l’interdetto abbia finito per abbracciare tutti i settori cui è riferibile in epoca classica.

Quanto poi alla «natura», avendo escluso che ci si possa valere indiscriminatamente per determinarla dei moderni concetti di amministrazione e giurisdizione, come fa taluno, abbiamo ammesso che:

– essendovi in epoca classica due concetti di ‘*iurisdictio*’, uno in senso di «potere di instaurare un processo ordinario», l’altro come «attività rivolta in generale alla risoluzione delle controversie», anche l’interdetto può farsi rientrare fra gli atti di *iurisdictio* purché non si dimentichi che al tempo stesso esso è un atto fondato sull’*imperium*, anzi, come si esprimono le fonti, ‘*magis imperii quam iurisdictionis*’, trovando qui la sua massima applicazione quel supremo potere dei magistrati, che è poi il fondamento di tutti gli altri che loro competono.

Abbiamo infine, per concludere la nostra indagine, discusso intorno ad alcuni problemi, quali quello se i rapporti protetti per via d’interdetto siano diritti soggettivi o interessi legittimi (problema che peraltro non ha grande importanza essendo ammissibili entrambe le soluzioni), e l’altro se il processo interdittale rientri o meno fra le forme di procedura *extra ordinem*, che, nonostante le analogie sostanziali chiaramente rilevabili, abbiamo creduto opportuno risolvere riconducendo la protezione interdittale, pur con le dovute riserve, entro l’ambito dell’*ordo iudiciorum*.

## Appendice bibliografica

Agli studenti, che desiderino approfondire i problemi trattati nello svolgimento di questo corso, segnaliamo qui, senza pretese di completezza, una breve rassegna delle opere più importanti, che potranno essere consultate con profitto.

A) Per quanto riguarda il processo civile romano in generale ricordiamo le trattazioni di L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925, trad. it. – *Istituzioni di procedura civile romana* (cur. R. Orestano) –, Milano, 1938, G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, Torino, 1948-1949, G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I-III, Bologna 1946-1948, nonché gli scritti processuali di A. BISCARDI: *Sulla nozione di contratto giudiziario*, in «Giurisprudenza comparata di diritto civile», XI, 1948, p. 5 ss., *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in «RISG.», n.s., III, 1949, p. 445 ss., *Quelques observations sur la ‘litis contestatio’*, in «RIDA.» (Melanges F. De Visscher), III, IV, 1950, p. 159 ss., *rec.* a LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., in «Dura», II, 1951, p. 291 ss., *La ‘litis contestatio’ nella procedura per legis actiones*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», III, Napoli, 1952, p. 461 ss., *Une catégorie d’actions négligée par les romanistes: les actions formulaires «quae ad legis actionem exprimentur»*, in «T.», XXI, 1953, p. 310 ss., *La ‘litis contestatio’ nell’ordo iudiciorum (corso)*, Siena, 1953, ed *Esquisse d’une histoire critique de la ‘litis contestatio’*, in «RHDFE.», XXXIII, 1955, p. 1 ss.

B) Per la procedura interdittale in modo particolare sono tuttora opere fondamentali, ancorché assai antiquate nel metodo e nei criteri di esposizione, le monografie di K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig 1853, A. UBBELOHDE, cont. a C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der*

*Pandekten nacht Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XLIII-XLIV (cur. V. POUCHAIN), Milano, 1899-1907, (1-2) p. 135 ss., e l'articolo enciclopedico di A. BERGER, 'Interdictum', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IX, Stuttgart, 1916, p. 1609 ss.

Degne di particolare attenzione fra le opere moderne sono poi quelle di E. ALBERTARIO, *Actio e interdictum (nota esegetica)*, Pavia 1911 (= *Contributo allo studio della procedura civile giustiniana*, I, *Actiones e interdicta* [1913], in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, p. 13 ss.), E. GINTOWT, *Ueber den Charakter der Interdikte und der Iudicia ex Interdicto*, in «Studi A. Albertoni», II, Padova, 1935, p. 233 ss., S. RICCOBONO, *Interdictum Actio*, in «Festschrift P. Koschaker», II, Göttingen, 1939, p. 368 ss., C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul procedimento interdittale*, in *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1947, p. 85 ss., oltre alle due monografie, frequentemente citate in questo corso e nelle quali potranno trovarsi ulteriori dati bibliografici, di A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, e G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955 (\*).

---

\*) Senza alcuna intenzione di seguire un ordine cosiddetto ragionato né di raggiungere una pur relativa esaudività, si dà qui un più ampio ed aggiornato panorama della letteratura romanistica relativa agli interdetti:

B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, in particolare p. 24 ss.; C. ALBERT, *Über den Besitz unkörperlicher Sachen*, I. *Darstellung des possessorischen Interdictum de itinere actuque privato*, Leipzig, 1826; E. ALBERTARIO, *Contributo allo studio della procedura civile giustiniana*, I. *Actiones e interdicta* (1913), in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, p. 13 ss.; ID., *Il possesso delle servitù prediali* (1912-1913), in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, p. 337 ss.; U. ALVAREZ, *Curso de Derecho Romano*, I. Madrid, 1955, p. 500 ss.; H. ANKUM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de pignus relatif?*, in «I.», LIII, 1985, p. 275 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, I. *Sequestro volontario e sequestro giudiziale* (1906) in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 59 ss.; ID., 'Interdictum', in «Dizionario epigrafico», IV, Roma, 1926, p. 68 ss.; ID., *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, I, Milano, 1930, p. 78 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1993, p. 141 ss.; J.A. ARIAS BONET, *Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clasico*, in «AHDE.», XLII, 1972, p. 291 ss.;

M. BALZARINI, rec. a L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, in «Iura», XXII, 1971, p. 217 ss.; H. BARCKHAUSEN, *Rôle des interdits dans la procedure romaine*, Paris, 1860; L. BELLAVITE, *Dell'importanza giuridica del possesso e degli interdetti in generale*, in «AG.», IV, 1869, p. 583 ss.; E. BEKKER, *Zu den Lehren von legis actio sacramento, dem uti possidetis und der possessio*, in «ZSS.», V, 1884, p. 136 ss.; C. BELLU, 'Ex conventu vim fieri' e 'ex interdicto vim facere', in «SUC.», XLVIII, 1973-1974, p. 38 ss.; L. BELON, *De interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt*, Paris, 1848; P. BERETTA, *Interdetti in praesens e in praeteritum*, in «Studi E. Albertario», II, Milano, 1953, p. 131 ss.; ID., *Interdicta noxalia*, in «Eos», XLVIII, 1956 («Symbolae R. Taubenschlag»), p. 395 ss.; A. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, in «ZSS.», XXXVI, 1915, p. 176 ss.; ID., *In tema di derelizione*, in «BIDR.», XXXII, 1922, p. 8 ss.; ID., 'Interdictum', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IX, Stuttgart, 1916, c. 1609 ss.; ID., 'Operis novi nuntiatio', ivi, XVIII.1 (1939), c. 559 ss.; ID., 'Interdicta mixta', in «Studi V. Simoncelli», Napoli, 1917, p. 171 ss.; ID., 'Interdicta de cloacis', in «Encyclopedic Dictionary of Roman Law», Philadelphia, 1953, p. 508; ID., 'Interdicta de fluminibus publicis', ivi, p. 508; ID., 'Interdicta de reficiendo', ivi, p. 508; ID., 'Interdicta de rivis', ivi, p. 510; ID., 'Interdictum de tabulis exhibendis', ivi, p. 510; ID., 'Ripa', ivi, p. 685 ss.; ID., *Interdicta noxalia*, in

- «Eos» XVIII.1 («Symbolae R. Taubenschlag»), 1956, p. 395 ss.; ID., *Sull'iscrizione detta di Nazareth*, in «Labeo», III, 1957, p. 221 ss.; A. BERTHOULE, *Études sur la propriété et sur l'usage des eaux qui ne font pas partie du domaine public*, Paris, 1872; C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile*, Torino, 1915, p. 35 ss.; F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la «cautio damni infecti» en el derecho romano clásico*, in «AHDE.», XLV, 1975, p. 90 ss.; ID., *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos*, ivi, LIII, 1983, p. 52 ss.; ID., *Prolegomenos al estudio de los interdictos utiles*, in «Estudios A. D'Ors», I, Pamplona, 1987, p. 249 ss.; ID., *El libro anónimo «de interdictis» Codex Vaticanus Latinus n. 5766*, Sevilla, 1997; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische civilprozess*, II, Bonn, 1865, p. 344 ss.; A. BIGNARDI, *Actio, interdictum, arborea. Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in «Index», XII, 1983-1984, p. 465 ss.; EAD., «*Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali. Alle origini dell'interdetto «uti possidetis»*, Milano, 1984; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1913, p. 212 ss.; ID., *rec. a O. MARTIN, Quelques observations sur l'operis novi nuntiatio*, in «BIDR.», XXIX, 1918, p. 235 ss.; ID., *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup>, Milano, 1955, p. 603 ss.; ID., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in «NNDI.», IV, Torino, 1960, p. 811; A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938; ID., *D. 43,16,16: nota esegetica*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 729 ss.; ID., *rec a G. GANDOLFI, Contributo allo studio del processo interdittale romano*, in «Jura», VII, 1956, p. 354 ss.; ID., «*Interdicta de cloacis*», in «NNDI.», VIII, Torino, 1962, p. 799; ID., «*Interdictum de ripa munienda*», ivi, p. 802 ss.; ID., «*Interdictum de rivis*», ivi, p. 804; ID., «*Interdictum ne vis fiat aedificandi*», ivi, p. 807; A. BONET, *De l'origine historique des interdits relatifs aux res publicae*, Lyon, 1897; L.B. BONJEAN, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les Romains*, II, Paris, 1845, p. 344 ss.; G. BOURCART, *Des interdits uti possidetis et utrobi en droit romain*, Paris, 1880; L. BOVE, «*Interdicta de locis publicis*», in «NNDI.», VIII, cit., p. 800; G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di opera nuova come forme di autotutela cautelare*, in «SDHI.», VII, 1941, p. 313 ss.; ID., *Carattere penale dell'interdetto quod vi aut clam*, in «Scritti A. Scialoja», IV, Bologna, 1953, p. 111 ss.; H.K. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozessen*, Leipzig, 1859; C. G. BRUNS, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, 1874; C. BUFF, *Anwendung possessorischer Rechtsmittel auf den Quasibesitz der Servituten. Interdictum uti possidetis und interdictum de itinere actus privato*, in «Archiv für praktische Rechtswissenschaft», VII, 1860, p. 133 ss.; F. BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana*, I, Pisa, 1886; ID., *Sull'interdictum momentariae possessionis e sulla redintegrandia del diritto canonico*, in «ATO.», 1892-1893, p. 253 ss.; A. BURDESE, *rec. a D. DAUBE, Concerning the classifications of interdicts*, in «Jura», III, 1952, p. 254 ss.; ID., «*Possesso (diritto romano)*», in «ED.», XXXIV, Milano, 1985, p. 452 ss., in particolare p. 461 ss.; ID., *rec. a G. FALCONE, Ricerche sulle origini dell'interdetto uti possidetis*, in «SDHI.», LXII, 1996, p. 583 ss.; ID., *rec. a L. SOLIDORO MARUOTTI, La tutela del possesso in età costantiniana*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 451 ss.; ID., *rec. a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, in «SDHI.», LXVII, 2001, p. 541 ss.; C. BUSACCA, *Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat*, in «SDHI.», XLIII, 1977, p. 265 ss.; ID., *Riflessioni sull'interdetto ne quid in loco sacro fiat*, in «Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti», XLVII, 1978, p. 61 ss.;
- C.A. CANNATA, *Deiectio e interdetti de vi*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 102 ss.; A. CANU, *De l'interdit uti possidetis et de l'interdit utrobi*, Caen, 1875; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Interdetti*», in «ED.», XXI, Milano, 1971, p. 901 ss.; ID., *L'interdetto «quod vi aut clam» e il suo ambito di applicazione (1993)*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 5 ss.; ID., *Uti possidetis e ager publicus (rec. a G. FALCONE, Ricerche sulle origini dell'interdetto uti possidetis)*, in «Labeo», XLIII, 1997, p. 445 ss.; ID., *Uti hoc anno aquam duxisti, id est alternis diebus*, in *Proprietà e diritti reali*, cit., p. 129 ss.; J. CARRIEU, *Rapports de voisinage en droit romain*, Toulouse, 1873; C. CEGLIE, *Sull'interdictum de arboribus caedendis*, in «Labeo», III, 1957, p. 363 ss.; A. CENDRIER, *Interdit unde vi*, Paris, 1891; P. CIAPPELLONI, *Appunti sul testo editto degli interdetti uti possidetis e utrobi*, in «Studi A. Albertoni», II, Padova, 1937, p. 13 ss.; G. CICOGLIA, *L'interdictum quod vi aut clam e l'operis novi nuntiatio*, Padova, 1910; P. COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours, 1947; P.E. CORBETT, *The roman law of marriage*, Oxford, 1930, p. 123 ss.; C. COSENTINI, *In tema di operis novi nuntiatio (Problemi di origine)*, in *Miscellanea romanistica*, Catania, 1956, p. 117 ss.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 105 ss.; J. CREMIEU, *Theorie des actions possessories*, Paris, 1846; J. CUIACIUS, *Observationum et emendationum libri*, in *Opera omnia*, III, Napoli, 1758, c. 96 ss.;
- D. DAUBE, *Concerning the Classification of Interdicts*, in «RIDA.», VI, 1951, p. 23 ss.; M. DAVID, *Études sur l'interdit quod vi aut clam*, 1947; P. DE FRANCISCI, *rec. a P. COLLINET, La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, in «RISG.», 3<sup>a</sup> s., I (LXXXIV), 1947, p. 372 ss.; R. DEKKERS, *Reciperare possessionem*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 143 ss.; G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gatz, 1872, p. 231 ss.; R. DE RUGGIERO, *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, in «SUC.», I, 1909, p. 184 ss.; L. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Firenze, 1935, p. 335 ss.; CH. DESTRAIS, *De la propriété et des servitudes en droit romain*, I, Paris, 1885, p. 480 ss.; A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*, in «Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera (4-5 dicembre 1991)», Napoli, 1994, p. 481 ss.; X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clasico*, Roma-Madrid, 1974; ID., *La vis en la tutela interdittal publica (A proposito de una hipotesis de Labruna)*, in «Persona y derecho», III, 1976, p. 421 ss.; G.B. DORE, *Studi sugli interdetti romani*, Firenze, 1890; C.A. DUHN, *Ueber die exceptio quod vi aut clam*, in «Ar-

chiv für die civilistische Praxis», XLVIII, 1875, p. 43 ss.;

E. ECK, *Die sogenannte Doppelseitige Klagen des römischen und gemeine deutsche Rechts*, Berlin, 1870; A. EXNER, *Die imaginäre Gewalt in altrömischen Besitzstorungsverfahren*, in «ZSS.», VIII, 1887, p. 167 ss.;

B. FABI, *La protezione interdittale delle servitù prediali*, in «AUCA.», XV, 1941, p. 123 ss.; G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di 'interdicta'*, in «AUPA.», XL, 1988, p. 173 ss.; ID., *Ricerche sulle origini dell'interdetto uti possidetis*, in «AUPA.», XLIV, 1996, p. 9 ss.; ID., *rec. a I. FARGNOLI, Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*, in «T.», LXVII, 1999, p. 136 ss.; I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*, Milano, 1998; F. FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'operis novi nuntiatio*, in «Labeo», XLV, 1999, p. 38 ss.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *rec. a L. LABRUNA, Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, in «AHDE.», XLIV, 1974, p. 791 ss.; D.V. FERREIRA, *Savigny. Origine des interdits possessoires*, in «Romanitas», II, 1959, p. 128 ss.; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Roma, 1999; R. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht*, Aachen, 1996; A. FITTING, *Iuristische Beiträge*, in «Archiv für die civilistische Praxis», n.s., V, 1872, p. 304 ss.; A.W.S. FRANCKE, *Ueber das interdikt quod vi aut clam*, ivi, XXII, 1839, p. 350 ss.; B. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's 'pro Caecina'*, Princeton, 1985;

G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955; ID., *'Azione possessoria (Diritto romano)'*, in «NNDI.», II, Torino, 1958, p. 93 ss.; ID., *Lezioni sugli interdetti. Corso di diritto romano*, Milano, 1960; ID., *rec. a X. D'ORS, El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, in «SDHL.», XLII, 1976, p. 488 ss.; E. GINTOWT, *Ueber den Charakter der Interdikte und der Iudicia ex Interdicto*, in «Studi A. Albertoni», Padova, II, 1937, p. 233 ss.; ID., *Valeri Probi iuris notae: R.A.Q.E.L.E.*, in «AUPA.», XV, 1936, p. 219 ss.; ID., *Ueber den Charakter der Interdikte und der Iudicia ex interdicto*, in «Studi A. Albertoni», II, Padova, 1937, p. 233 ss.; C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul procedimento interdittale*, in *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1947, p. 85 ss.; A. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in «SU.», LIX, 1990-91, p. 198 ss.; EAD., *'Interdicta'*, in «Digesto 4. Discipline privatistiche. Sezione civile», IX, Torino, 1993, p. 502 ss.; P.F. GIRARD, F. SENN, *Manuale élémentaire de droit romain*<sup>8</sup>, Paris, 1929, p. 408 ss.; O. GRANDENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in «BIDR.», II, 1889, p. 7 ss.; G. GROSSO, *rec. a L. LABRUNA, Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia* (1971), ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino, 2001, p. 751 ss.; G. GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo, 1873;

L. HALLWACHS, *Über die Voraussetzungen der vis und clandestinitas bei dem interdictum quod vi aut clam und die Natur des zum Gebrauch dieses Interdikts berechtigenden Interesses*, in «Archiv für practische Rechtswissenschaft», IV, 1857, p. 336 ss.; A.S. HARTKAMP, *rec. a L. LABRUNA, Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, in «T.», XLII, 1974, p. 122 ss.; G.E. HEIMBACH, *Interdicte*, in «Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten», V, Leipzig, 1844, p. 526 ss.; W. HEINZERLING, *Possessorische Interdicte. Besitzproceß*, in «Archiv für practische Rechtswissenschaft», XVI, 1869, p. 171 ss.; R. HENLE, *Unus casus*, Leipzig, 1915, p. 106 ss.;

G. IMPALLOMENI, *'Fraudatorium interdictum'* (1977), in *Scritti giuridici vari*, Padova, 1996, p. 391 ss.;

E. JOBBÉ DUVAL, *Études sur la procédure civile chez les Romains*, I, Paris, 1896; ID., *Les decreta des magistrats pourvus de la iurisdictio contentiosa inter privatos*, in «Studi P. Bonfante», III, Milano, 1930, p. 165 ss.;

W. KAISER, *rec. a F. BETANCOURT, El libro anónimo «de interdictis» Codex Vaticanus Latinus n. 5766*, in «ZSS.», CXIV, 1999, p. 352 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 515 ss.; ID., *Zur Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam*, in *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozess*, Bonn, 1865, p. 59 ss.; M. KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in «ZSS.», LXVIII, 1951, p. 131 ss.; ID., *Zum Ediktsstil* (1951), in «Ausgewählte Schriften», I, Napoli, 1976, p. 209 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, p. 276 ss. e 295 ss.; ID., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*<sup>2</sup>, Köln-Graz, 1956; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den Actiones in rem*, in «ZSS.», XCVIII, 1981, p. 77 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, p. 408 ss.; F.L. VON KELLERM, A. WACH, *Der römische civilprozess und die Aktionen*, Leipzig, 1883; D. KLEIN, *The concept and the Protection of Possession*, in «Das römisch-holländische Recht», 1992, p. 541 ss.;

L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971; ID., *'Iuris maxime ... adversaria'. La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica* (1992), in *Genera iuris institutorum morum. Studi di storia costituzionale romana*, Napoli, 1998, p. 1 ss.; F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis*, I. *La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza, 1938, II. *Il problema della usucapibilità degli agri vectigalis*, in «AUCA.», XIII, 1939, p. 161 ss., e III. *La trasmissibilità a titolo singolare del ius vectigalis*, in «ATRI.», XI, 1940, p. 1 ss.; F. LA ROSA, *rec. a J. DE MALAFOSSE, L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, in «Iura», III, 1952, p. 347 ss.; F. LAMBERTI, *'Principio responsabilità' a Roma?* (*rec. a R. FISCHER, Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht*), in «Labeo», XLV, 1999, p. 128 ss.; M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*, Napoli, 1957; E. LEFEVRE, *Des interdits relatifs aux voies des communication en droit romain*, Paris, 1873; G. LEIST, *cont. a F. GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nacht Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909,

XXXVII-XXXVIII, Milano, 1909, (cur. S. CUGIA), V, p. 221 ss.; M. LEMOSSE, rec. a J. DE MALAFOSSE, *L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, in «RHD.», XXIX, 1951, p. 588 ss.; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, (rist. 1956), p. 446 ss.; E. LEVY, *Possessory Remedies in Roman Vulgar Law*, in «Scritti beatificazione C. Ferrini», III, Milano, 1948, p. 108 ss.; J.M. LLANOS PITARCH, *La restitución de la posesión (el interdicto quod vi aut clam)*, Castellón, 1995; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1947, p. 81 s.; C. LONGO, 'Interdicta de itineris publicis', in «NNDI.», VIII, cit., p. 800; ID., 'Interdictum quod vi aut clam', ivi, p. 808; ID., *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del 'paterfamilias'*, in «BIDR.», XL, 1932, p. 213 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*<sup>2</sup>, Roma, 1953, p. 80 ss.; V. LUPARIA, *Sullo scopo dell'azione di manutenzione nel possesso annale e di reintegrazione nel possesso e sul senso della molestia e dello spoglio secondo il Codice Italiano*, in «AG.», XXVII, 1881, p. 122 ss.; G.I. LUZZATTO, rec. a M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*, in «Labeo», V, 1959, p. 118 ss.; ID., *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretorî*, 1965, p. 142 ss.;

E. MACHELARD, *Theorie générale des interdits en droit romain*, Paris, 1864; F. MAGLIOCCA, *Per la formula dell' «interdictum utrubî»*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 221 ss.; J. DE MALAFOSSE, *L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, Toulouse, 1947, rist. an. Roma, 1967; G. MANCUSO, *Tra edictum e interdictum. Appunti su alcune singolarità terminologiche in tema di testi interdittali*, in «Iura», XLII, 1991, p. 110 ss.; M. MARRONE, *Appunti sul possesso romano e sul possesso del codice civile italiano*, in «Studi G. Musotto», III, Palermo, 1955, p. 291 ss.; ID., *Actio ad exhibendum*, in «AUPA.», XXVI, 1958, p. 408 ss. e 475 ss.; O. MARTIN, *Quelques observations sur l'operis novi nuntiatio*, in «Études P.F. GIRARD», I, Paris, 1913, p. 167 ss.; G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio*, in «Labeo», XII, 1966, p. 178 ss.; A. MERCIER DE LACOMBE, *Des interdits de aqua cottidiana et aestiva, de rivis, de fonte*, Paris, 1856; A. METRO, rec. a X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, in «Iura», XXV, 1974, p. 189 ss.; J.H. MICHEL, rec. a G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, in «Latomus», XV, 1956, p. 442 ss.; M.A.S. MOLLÀ, J.M. LLANOS, *Prohibición de demolición de edificaciones. Aspectos legales y procesuales*, in «RIDA.», XLII, 1995, p. 235 ss.; A. MOZZILLO, rec. a G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, in «Labeo», I, 1955, p. 81 ss.; ID., *Contributo allo studio delle stipulationes pretorie*, Napoli, 1958; F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam nella tutela delle servitù e dell'usufrutto*, in «Studi C. Sanfilippo», VII, Milano, 1987, p. 487 ss.; ID., *Inaedificatio*, Milano, 1988;

G. NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, I, Milano, 1965; ID., *Il possesso*, I (*Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*), Catania, 1997, in particolare p. 87 ss.; H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in «ZSS.», L, 1930, p. 119 ss.; D. NÖRR, *Zum Intediktenverfahren in Irni und anderswo*, in «Iuris vincula. Studi M. Talamanca», Napoli, 2001, VI, p. 75 ss.; A. OSSIG, *Römisches Wasserrecht*, Leipzig, 1898, p. 151 ss.;

G. PADELETTI, *Le azioni possessorie e il fondamento della protezione del possesso in diritto romano*, in «AG.», XV, 1875, p. 3 ss.; U.E. PAOLI, *La difesa del possesso in diritto attico*, in «Studi A. Albertoni», II, Padova, 1937, p. 311 ss.; O. PAPERI, *Procurator e interpretatio nell'editto 'unde vi'*, in «SDHI.», LXIII, 1997, p. 401 ss.; J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clasico*, Barcelona, 1982; ID., *La denuncia de obra nueva en el derecho justiniano*, in «Sodalitas. Scritti A. Guarino», V, Napoli, 1984, p. 2087 ss.; L. PELBOIS, *De interdictis*, Paris, 1845; L. PELLECCCHI, *Contributi palinogenetici allo studio dell'operis novi nuntiatio*, in «SDHI.», LXVIII, 2002, p. 95 ss.; F. PERIER, *De interdictis*, Grenoble, 1846; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, I, Roma, 1928 (rist. Roma, 2002), p. 868 ss.; E. PFERSCHKE, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses. Eine Rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Graz, 1888; H.H. PFLÜGER, *Die sogenannte besitzklagen des römischen Rechts*, Leipzig, 1890; O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino delle servitù di «iter», «actus» e «via»*, in «Studi A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 267 ss.; F. PLATANIA, *Sull'antichità della procedura degl'interdicta*, in «AUCT.», XV-XVI, 1924, p. 126 ss.; F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in «Festschrift O. Lenel», Leipzig, 1921, p. 232 s.; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, p. 427 ss.;

J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987; ID., *Das interdictum quod vi aut clam im römischen Baurecht*, in «Iuris vincula. Studi M. Talamanca», cit., VII, p. 1 ss.; F. REDUZZI MEROLA, *Sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in «Index», XXVII, 1999, p. 333 ss.; S. RICCOBONO, *Interdictum-Actio*, Ulp. LXIX ad Ed., fr. 1,4-9, D.43,17. Gai. IV,155, in «Festschrift P. Koschaker», II, Göttingen, 1939, p. 368 ss.; ID., «Interdicta», in «NDL.», VII, Torino, 1938, p. 3 ss., rist. (con appendice di S. RICCOBONO jr) in «NNDI.», VIII, Torino, 1962, p. 792 ss.; ID., rec. a P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Iustinian*, in «BIDR.», LIII-LIV, 1948, p. 441 ss.; A. RODGER, *The Position of aquae ductus in the Praetor's Edict*, in «New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays B. Nicholas», Oxford, 1989, p. 177 ss.; A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 203 ss.; ID., *Ueber das Nunciationsverfahren*, in «Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts», IV, 1861, p. 126 ss.; F. RUFFINI, *L' «actio spoli»*, Torino, 1889;

R. SALEILLES, *La controversia possessionis et la vis ex conventu. A propos de l'interdit uti possidetis*, in «NRHD.», XVI, 1892, p. 245 ss.; G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publicis tuendi gratia*, Padova, 2001; F.K. VON SAVIGNY, *Über die lis vindictiarum und über das Verhältniss derselben zu den Interdicten* (1817), in *Vermischte Schriften*, I, Berlin, 1850, p. 292 ss.; ID., *Über das interdict quorum bonorum* (1823-1828), ivi, II, p. 216 ss.; H. SCHAFFER, *Beiträge zur Lehre von Selbsthülfe*, in *Bezie-*

hung auf das *interdictum quod vi aut clam* und die *operis novi nuntiatio*, in «Archiv für praktische Rechtswissenschaft», I, 1852, p. 1 ss.; K.A. SCHMIDT, *Die interdicta de cloacis*, in «Zeitschrift für geschichte Rechtswissenschaft», XV, 1850, p. 51 ss.; ID., *Ueber die Stellung des Interdicts quod vi aut clam im römischen Actionensystem und in der römischen Praxis*, in «Zeitschrift für Civilrecht und Prozess», n.s., VII, 1845, p. 347 ss.; ID., *Das Interdictenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 59 ss.; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1894, p. 332 ss.; E. SEIDL, *rec. a J. DE MALAFOSSE, L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit romain*, in «BZ.», XLV, 1952, p. 108 ss.; H. SIBER, *Vorbereitung und Ersatzzweck der Besitzinterdikte*, in «Scritti C. Ferrini», IV, Milano, 1949, p. 98 ss.; S. SOLAZZI, *Studi sul divorzio* (1925), in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 1 ss.; ID., *D. 43,29,3 e un'oscura distinzione fra gli «interdicta»*, in «SDHI.», V, 1939, p. 226 ss.; ID., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, p. 79 ss.; ID., *Interdictum quam servitutum?* (1950), in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 215 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, in particolare p. 105 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano, 2002, p. 283 ss.; A. STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam*, Cassel-Göttingen, 1865; ID., *Zum Lehre vom interdictum quod vi aut clam*, in «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht», VIII, 1866, p. 139 ss.;

F. TAGLIACARNE, *Degli interdetti romani*, Firenze, 1877; C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989; A.F. THIBAUT, *Beiträge zu der Lehre von den Interdicten*, in «Archiv für die civilistische Praxis», I, 1820, p. 105 ss.; J. TOUTAIN, *De l'interdit utrobi*, Caen, 1888;

A. UBBELOHDE, *cont. a C.F. GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XLIII-XLIV (cur. V. POUCHAIN), Milano, 1899-1907, (I-II, III-IV, V);

P. VAN WARMELO, *Interdictum quod vi aut clam*, in «Acta Juridica», V, 1962, p. 15 ss.; E. WENDLER, *Beiträge zur Lehre den quasipossessorischen Interdikten*, Tübingen, 1899; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, trad. it. – *Istituzioni di procedura civile romana* (cur. R. Orestano) –, Milano, 1937; H. WITTE, *Das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen Possessorium ordinarium*, Leipzig, 1863;

F. ZIMMERMAN, *Ueber das interdictum und die exceptio quod vi aut clam, mit erläuterten Rechtsfällen*, in «Archiv für die civilistische Praxis», XLI, 1858, p. 182 ss.; F. ZUCCOTTI, *La tutela interdittale degli «intervalla dierum et horarum» previsti per l'esercizio dello «ius aquae ducendae»*, in «Diritto e processo nella esperienza romana», cit., p. 303 ss.; ID., *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «SDHI.», LX, 1994, p. 159 ss.; ID., *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della reffectio delle servitù di passaggio*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo», II, Napoli, 1997, p. 617 ss.; ID., *rec. a I. FARGNOLI, Studi sulla legittimazione attiva all'interdictum quod vi aut clam*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 550 ss.; ID., *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali (Vivagni. II)*, in «RDR.», II, 2002, p. 1 ss. (estr.).

## Indice delle fonti

GAI INSTITUTIONES			
4	6.	3.3.40.pr.	23.
4.29	10.	3.3.42.pr.	24.
4.30	10.	3.3.45.2	24.
4.118	44.	8.5.17.2	30.
4.138	6.	10.4.15	11; 40.
4.138-139	6.	11.7.9	18.
4.139	15; 65.	11.8.1.8	31.
4.140	9.	12.2.3.1	27.
4.141	14; 15; 54; 56.	12.2.7.pr.	28.
4.143	65.	29.3.2.8	13; 14; 19.
4.148	35.	39.1.1.10	43.
4.149	35.	39.1.5.20	24.
4.150	35.	39.2.9.1	40.
4.154	16.	39.3.4.3	20.
4.155	35.	39.3.21	33.
4.157	61.	42.1.14	48.
4.160	61.	42.2.6.2	25; 26.
4.162-163	54.	42.8.6.8	17.
4.163	55; 58.	43	6.
4.164-165	55.	43.1.1.pr.	64.
4.165	58.	43.1.2.1	64.
4.166	58.	43.1.2.3	64.
4.166-166.a	55.	43.3.2.4	50.
4.166.a	58.	43.5.1.1	12; 13; 14; 27.
4.169	59.	43.5.1.2-10	34.
4.170	52; 60; 81.	43.5.3.9	12.
		43.7.1	19.
		43.8.2.pr.	29.
		43.8.2.6	37.
		43.8.2.7	31.
LEX XII TABULARUM ( <i>Bruno</i> )		43.8.2.13	29.
III.1-2	26.	43.8.2.14	29.
VII.9-10	79.	43.8.2.15	29.
		43.8.2.17	31.
		43.8.2.35	30; 37.
VATICANA FRAGMENTA		43.8.2.36	30.
90	39.	43.8.2.37	30.
311	75.	43.8.2.38	30.
		43.8.2.39	30; 37.
		43.8.2.40	30.
		43.8.6	24.
		43.8.7	16.
		43.12.1.3	33.
CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS		43.12.1.4	33.
2.1.3	19.	43.12.1.12	16; 38.
8.1.1	39.	43.12.1.17	38.
		43.13.1.6	32; 41.
		43.13.1.12	36.
DIGESTA		43.14.1.6-7	38.
3.1.1.2	23.	43.14.1.8	21.
3.2.4.2	8.	43.14.1.8-9	38.
3.3.35.2	20.	43.16.9.1	17.

<p>43.17.1.3            7; 18.            43.17.3.1            61.            43.17.3.2            7.            43.18.1.2            44.            43.19.1.pr.          39.            43.19.1.2            44.            43.19.1.4            44.            43.19.1.5            44.            43.19.1.10          46.            43.19.3.7            39.            43.19.3.13          45.            43.20.1.3            34.            43.20.1.13          33.            43.20.1.31          34.            43.20.1.38-39      35.            43.24.7.3            41.            43.24.7.4            42.            43.24.13.1          34.            43.24.15.pr.        31.            43.24.15.5          46.            43.24.22.4          36.            43.26.6.4            33.            43.29.3.7            19.            43.29.3.12          22.            43.29.3.13          22; 49.            43.29.3.14          21; 22; 23.            43.30.1              42</p>		<p>43.30.1.3            42.            43.30.1.4            42.            43.30.1.5            42.            43.32.1.3            39.            47.23.5              24.            50.1.26              16.            50.17.194            8.</p> <p style="text-align: center;">INSTITUTIONES IUSTINIANI</p> <p>4.7.8                  8.            4.15.pr.              28.            4.15.1                10.</p> <p style="text-align: center;">* * *</p> <p style="text-align: center;">CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO (1942)</p> <p>art. 125                62.            art. 633               63.            art. 638               62.            art. 639               63.            art. 640               63.            art. 641               63.            art. 645               63.            art. 645 cpv.        63.</p>
---	--	---

\* \* \*

<p>AGENNIUS URBICUS</p> <p><i>de controversiis agrorum</i> (Lachmann)            p. 74, ll. 29 ss.    19.            p. 63, ll. 13 s.     20.</p> <p>M. TULLIUS CICERO</p> <p><i>Academica</i>            4                      49.</p> <p><i>pro A. Caecina oratio</i>            13.36                18; 77.            29.82                15.</p> <p><i>epistulae ad familiares</i>            7.13.2               42.            15.16.3              20.</p> <p><i>de legibus</i>            3.20                  49.</p> <p><i>de oratore</i>            1.10.41-44        77.</p> <p><i>Philippicae</i>            12.22                49.</p> <p><i>pro M. Tullio oratio</i>            12.29                37.</p>		<p>23.53                20; 53; 81.</p> <p><i>Tusculanae disputationes</i>            2.8.20               49.</p> <p>SEXTUS IULIUS FRONTINUS</p> <p><i>de controversiis</i> (Lachmann)            p. 15, ll. 1 s.       7.            p. 16, ll. 3 s.       7.</p> <p><i>de controversiis agrorum</i> (Lachmann)            p. 36, ll. 14 s.     20.</p> <p>Q. HORATIUS FLACCUS</p> <p><i>carmina</i>            1.1.1                49.</p> <p>TITUS LIVIUS</p> <p><i>ab urbe condita</i>            25.1.11             75.</p> <p>P. OVIDIUS NASO</p> <p><i>fasti</i>            1.444                49.</p>
---	--	--

T. MACCIUS PLAUTUS		12.2.25	49.
<i>Stichus</i> (Lindsay)			
696	76.		
750	76.		
M. VALERIUS PROBUS		C. IULIUS SOLINUS	
<i>de iuris notis</i>		<i>collectanea rerum memorabilium</i>	
<i>Einsidl.</i> 70	51 s.; 81.	27.12	8.
M. FABIUS QUINTILLIANUS		P. TERENCE APER	
<i>institutio oratoria</i>		<i>Eunuchus</i>	
9.3.22	15; 56.	319-20	76.
* * *			
LEX AGRARIA		LEX GALLIAE CISALPINAЕ	
18-19	76.	XIX	41; 43.