

VII.

LA TUTELA INTERDITTALE

I. L' «interdictum unde vi» – II. L' «interdictum uti possidetis» – III. Altre figure interdittali.

I. L' «interdictum unde vi»

La materia interdittale costituisce, come accennato a suo tempo¹, uno degli ultimi settori dell'editto pretorio attorno al quale possiamo ricomporre il contributo di Pomponio, le correnti giurisprudenziali con cui egli si confrontò e le innovazioni che seppe introdurre. Naturalmente le nostre testimonianze, lungi dal dar vita a un quadro unitario, si frantumano nella diagnosi dei singoli *interdicta*, ai quali sarà opportuno guardare considerando anche le elaborazioni cui il nostro autore pervenne in altre opere.

A proposito dell'interdetto *unde vi*, abbiamo più volte richiamato il dissenso intercorso fra Labeone e Pomponio in (Ulp. 69 *ad ed.*) D. 43.16.1. 29², laddove è controversa proprio la definizione dei requisiti necessari per la concessione di quel rimedio, ossia l'elemento della *vis*, che il giurista più antico intendeva in modo non dissimile da come si delineava la violenza minacciata produttiva del timore che rileva per l'*actio quod metus causa*, mentre il nostro leggeva in termini più rigorosamente materiali, richiedendo il violento impossessamento del bene, sia pure già abbandonato per timore di una *turba* sopraggiungente.

¹) *Supra* in particolare II.2.III.14, ove un esame dei frammenti ove sono contestualmente ricordati Labeone e Pomponio.

²) 'Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum'. Un più dettagliato esame del passo, *supra* in particolare II.2.III.3 ove bibliografia.

Più complessa è la fattispecie, e diverso l'elemento su cui discute e che legittima all'*interdictum unde vi*, in un frammento ancora proveniente dal LXIX libro *ad edictum* di Ulpiano³, ossia D. 41.2.10.pr.-1⁴:

(pr.) Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione: quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est: et hoc Pomponius ait. (1) Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione

³) Sulla relativa frequenza delle citazioni da Pomponio, così come da Labeone, nel LXIX e LXX libro ulpiano, TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est'*, cit., p. 43 s. Sarei peraltro più cauto nel dedurne che «la fonte principale di consultazione fosse quasi esclusivamente il commentario di Pomponio e che la citazione dei giuristi antecedenti, ed in particolare di Labeone, avvenisse per l'appunto attraverso la mediazione dell'opera pomponiana».

⁴) Su questo passo, per tutti, V. SCIALOJA, *Sopra il precarium nel diritto romano*, Roma, 1878, ora in *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, p. 4 s., 12 ss., ID., *Il possesso del precarista*, in «Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna», Roma, 1888, ora in *Studi giuridici*, I, cit., p. 347 s., SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 32, BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., p. 83 s., P. CIAPESSONI, *Il precarista detentore*, in «Atti del I Congresso Nazionale di Studi Romani», II, Roma, 1929, p. 205 s., G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, in «RIL.», LXII, 1929, p. 13, J. GAUDEMET, *Études sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, p. 187 s., F. BOZZA, *Il possesso*, I, Napoli, 1936, p. 107 s., BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 163, V. SILVA, *Precario con possesso e precario con detenzione*, in «SDHL.», VI, 1940, p. 241 ss., PALERMO, *Il procedimento cauzionale*, cit., in particolare p. 98 nt. 2, G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 500 s., MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 129, M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz, 1956, p. 334 s., S. TONDO, «*Pignus*» e «*precarium*», in «Labeo», V, 1959, p. 190 ss. ove altra bibliografia, MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 255, METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., p. 81 ss., P. CORNIOLEY, *Due aspetti poco noti della «custodia»*, in «Labeo», XV, 1969, p. 205, P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano, 1969, in particolare p. 102 ss., 132 ss. ove bibliografia, M. MARRONE, «*Precario habere*» e «*precarium*», in «Labeo», XVII, 1971, p. 207 s., M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, in «ZSS.», LXXXIX, 1972, p. 105 ss. ove bibliografia, R. QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana*, in «BIDR.», LXXVII, 1974, p. 84, ANKUM, *Towards a Rehabilitation*, cit., p. 5, F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la «cautio damni infecti» en el derecho romano clasico*, in «AHDE.», XLV, 1975, in particolare p. 44, 47, M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)*, in «SDHL.», XLV, 1979, p. 50, G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in «SDHL.», XLV 1979, p. 102 ss., TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est'*, cit., p. 43 s., F. BETANCOURT, *La defenza pretoria del «missus in possessionem»*, in «AHDE.», LII, 1982, in particolare p. 418, B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 61 s., 69, P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie nel diritto romano classico*, Padova, 1998, p. 77, FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 278 s. Un accenno a questo testo, in considerazione dell'approvazione riservata alla dottrina pomponiana, *supra* I.2.IV.

esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit.

Al centro dell'indagine pomponiana è, in entrambi i paragrafi, la qualificazione giuridica del rapporto intercorrente fra il soggetto e la cosa di cui egli ha il godimento, e che – solo se risultasse di possesso o almeno di precario – potrebbe trovare tutela (ovviamente tranne, nel secondo caso, contro il concedente) nell'interdetto in esame. A Pomponio si deve così l'individuazione di un criterio temporale, in virtù del quale occorrerà guardare al rapporto posteriormente posto in essere per determinare se si tratti di locazione o di precario⁵.

Ancor più rilevante è la successiva disamina del nostro giurista, che si apre su una costruzione teorica giustificata dalla stessa esigenza, ma poi tesa a meglio definire il contenuto del *precarium* e i suoi rapporti con la locazione⁶. Il

⁵) Sul punto, per tutti, TONDO, *op. cit.*, p. 191, ZAMORANI, *op. cit.*, in particolare p. 133 s. Il criterio cui abbiamo accennato mi sembra però che solo con molta approssimazione possa far pensare a un rapporto «qui, en quelque sorte, a opérer novation de l'autre», come scrive MICHEL, *loc. cit.*

⁶) Indicativo, al riguardo, lo stupore di ZAMORANI, *op. cit.*, p. 135, dinanzi al fatto che «Ulpiano, in sede di commento agli interdetti possessori, si preoccupasse di riferire il preteso costruito di Pomponio, nel quale, dato il tenore della *rogatio*, l'interdetto stesso non veniva nemmeno in questione». Rilievi analoghi già in CIAPESSONI, *loc. cit.* (su cui però già BRANCA, «*Missiones in possessionem*», cit., p. 500 s.), SCHERILLO, *loc. cit.*, che ne inferiva l'interpolazione della frase '*quod si factum est, utrumque procedit*', SILVA, *op. cit.*, p. 242 s.; una persuasiva replica è però in TONDO, *op. cit.*, p. 191 nt. 47, LONGO, *Negozi*, cit., p. 103 (nettamente conservativo anche l'approccio di FIORI, *loc. cit.*). Queste osservazioni non sembrano giustificare i pesanti sospetti di alterazione avanzati da Zamorani, tanto più che il § 1 – anche come ci è stato tradito (e «daß die formalen Indizien eine Überarbeitung sicher machen, soll nicht bezweifelt werden», come scriveva KASER, *Zur Geschichte des precarium*, cit., p. 105, ben più prudente, tuttavia, nel rintracciare stravolgimenti sostanziali) – acquista nell'insieme di D. 41.2.10 un peso e una logica innegabili. Il discorso di Ulpiano (e, almeno per i primi due tratti, già di Pomponio) si apriva sì sul problema della legittimazione attiva all'interdetto *unde vi*, ma si strutturava in una triplice scansione, volta a definire le relazioni fra precario e locazione: se essi (cioè conduzione e richiesta di concessione a precario) si succedono cronologicamente, rileverà il rapporto posteriore (*pr.*), a meno che oggetto della '*rogatio*' sia la mera detenzione e non il possesso (1), col che i due rapporti possono concorrere (essendo eliminata – come rilevava TONDO, *op. cit.*, p. 191 – la ragione della loro incompatibilità, ossia appunto la *possessio ad interdicta* assicurata dal precario: tale combinazione di *locatio* e *precarium* avrebbe consentito di mutare, come afferma MARRONE, *loc. cit.*, dalla locazione l'onerosità e dal precario la revocabilità *ad nutum*. I dubbi circa la genuinità di queste testimonianze si fondano, nella ricostruzione di ZAMORANI, *op. cit.*, in particolare p. 144, essenzialmente sulla circostanza che «i classici ... non potevano concepire un *precarium* in cui il precarista rogasse ed ottenesse la mera detenzione del bene»; mentre ad avviso di KASER, *Zur Geschichte des precarium*, cit., p. 105,

primo infatti non escluderà ma concorrerà con la (locazione-) conduzione, ove – secondo una «elegante» argomentazione di Pomponio⁷, non priva di

«kein stichhaltiger Grund einzusehen ist, aus dem eine prekaristische Überlassung zu bloßer Detention mit dem klassischen Recht unvereinbar sein sollte» [analogamente LONGO, *Negozi*, cit., p. 103], anche se poi – pg. 108 – nella seconda parte del testo giuliano vengono rintracciate «nachklassischen oder kompulatorischen Verkürzungen»). Se invece con la richiesta di precario si persegue il possesso, e contestualmente si è conduttori (§ 2, da porre in relazione con Ulp. 69 *ad ed.*, D. 19.2.46: sugli immancabili sospetti destati dai due testi, MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 128 s. ove bibliografia, ZAMORANI, *op. cit.*, p. 136 s.; ne difendono la sostanziale genuinità TONDO, *op. cit.*, p. 191 s. nt. 48, LONGO, *Negozi*, cit., p. 102 s.; del secondo passo ulpiano è soprattutto valorizzato l'intento – evidentemente posteriore – di evitare la *praescriptio longissimi temporis*, da parte di C. SANCHEZ-ALBORNOZ, *El precarium en Occidente durante los primeros siglos medievales*, in «Études P. Petov», Paris, 1959, p. 484 s.), varrà senz'altro il primo rapporto ove nella locazione manchi sostanzialmente il pagamento di una mercede («*si quidem nummo uno conducit*»). In tal caso infatti la *conductio* è nulla, dal momento che, come scrive Gaio in *Inst.* 3.142, «*nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*», o, come leggiamo in D. 19.2.46 (*lex geminata* rispetto a D. 41.2.10.2), «*hoc donationis instar inducit*», e «*locatio ... donationis causa contrahi non potest*» (così Paul. 34 *ad ed.*, D. 19.2.20.pr.; sulla spiegazione, di natura filosofica più che economica, che della nullità della «*locatio nummo uno*» proponeva la Glossa, FIORI, *La definizione*, cit., p. 278 nt. 69). Ove viceversa una mercede sia prevista, dovrà di nuovo farsi riferimento a un criterio cronologico, che – benché la visuale sia rovesciata e nonostante spie stilistiche di variazione (il diverso tempo verbale, con tuttavia il mantenimento di una simmetria fra i due rapporti) – sembra ancora da identificare nella prevalenza, già sancita nel *principium*, della seconda relazione giuridica: una disciplina, più volte sospettata, che è invece giudicata solo pleonastica da LONGO, *op. cit.*, p. 103.

⁷ Attribuirei alla formulazione acuta e perspicua, ma faticosamente contratta in una trama di presupposti tecnici, la singolare terminologia ulpiana («*Pomponius bellissime temptat dicere*»). Ne traeva invece ragione di dubbi sulla genuinità del testo (non comprendendo «perché si faccia *temptare* Pomponio di affermare qualcosa, quando, in fine, la validità del costruito è data come indiscussa») ZAMORANI, *op. cit.*, p. 135 ove bibliografia, per il quale peraltro quella attribuita a Pomponio risulterebbe «un'interessante quanto misteriosa costruzione» (di un «attraente costruito» parlava invece TONDO, *op. cit.*, p. 191; a una «clear distinction between *possessio naturalis* and *possessio ad interdicta*» pensava ANKUM, *op. cit.*, p. 5), sino a ipotizzarne la paternità di un glossatore, «il quale, facendosi scudo dell'autorevole nome di Pomponio (richiamato nel *principium* da Ulpiano), ha avanzato il nuovo costruito». La congettura, oltre che indimostrabile, è poco plausibile, soprattutto laddove attribuisce a una mano tardoantica non solo lo stravolgimento (o l'ideazione) del contenuto, ma il riferimento stesso a Pomponio: è difficile pensare a una completa invenzione, ma neppure si comprende la ragione di ricorrere a un giurista la cui opera era, dopo l'età severiana, o scomparsa o rinvenibile solo con grande fatica. Né prova molto il richiamo di ZAMORANI, *op. cit.*, p. 137, alle radicali alterazioni a suo avviso sofferte dal pomponiano D. 43.26.5 (29 *ad Sabi*): qui non si tratterebbe di mutare (stravolgendoli) materiali pomponiani o di inventarne il richiamo entro la scrittura di un altro giurista, ma «soltanto» di intervenire su forma e sostanza di un testo direttamente proveniente dal nostro autore.

riscontri nella riflessione di Giuliano⁸ – oggetto del ‘rogare’ da parte del (futuro) precarista non sia stata l’immissione nel possesso ma la mera detenzione (nella terminologia romana, ancor più sfumata, non il ‘possidere’ ma l’ ‘in possessione esse’)⁹. In questo caso, seppure nel testo non sia detto espressamente, dobbiamo pensare che Pomponio escludesse la legittimazione attiva all’interdetto *unde vi*: il rilievo di questa soluzione – che poi rispondeva, *ratione materiae*, al problema centrale, e che doveva essere senz’altro condivisa – appare quasi oscurato, nella valutazione ulpiana, da quella corretta configurazione di una fattispecie in cui concorrono conduzione e precario, e dalla distinzione, che tale configurazione sorregge¹⁰, tra il possedere e l’essere in possesso¹¹.

Tanta attenzione alla regolamentazione del *precarium* ai fini della tutela interdittale trova un’eco significativa negli altri commentari pomponiani. Il

⁸) Anch’egli incline a non escludere una combinazione di *locatio* e *precarium*, in 44 *dig.*, D. 41.3.33.6 (‘... *sed et si utrumque intercesserit et precarii rogatio et conductio, intellegitur creditor possidere et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat*’). Sul nesso fra questa dottrina e la costruzione pomponiana, oltre che sull’assenza di precedenti testimonianze nella stessa direzione, già SCIALOJA, *Il possesso del precarista*, cit., p. 348. Abbiamo già ricordato i dubbi di «classicità» destati da tale combinazione e sulla disciplina che l’avrebbe interessata.

⁹) Sul significato dell’espressione ‘in possessione esse’ ampia bibliografia in ZAMORANI, *op. cit.*, p. 134 in particolare nt. 41; cui *adde* ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 61 s. Sui casi prospettati al riguardo (con un accostamento fra ‘*missio in possessionem damni infecti*’ e ‘*missio in bona legatorum servandorum causa*’ che non deve peraltro oscurare, ad avviso del Branca, altre differenze strutturali fra le due figure), BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 163, PALERMO, *Il procedimento*, cit., p. 98, M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*, I, Napoli, 1953, p. 168 ove bibliografia, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., in particolare p. 68 s. Sulla mancata menzione della ‘*missio fideicommissorum servandorum causa*’ (sul cui carattere insitico in un’altra testimonianza sul tema – 23 *ad Q. Muc.*, D. 42.4.12 –, per tutti, PALERMO, *op. cit.*, p. 98) e sul suo valore confermativo la genuinità del testo, TONDO, *op. cit.*, p. 191 nt. 47. Sull’assenza della ‘*missio in possessionem ex edicto Carboniano*’, QUADRATO, *op. cit.*, p. 83 s.

¹⁰) E che pure necessita, nella sua formulazione «forte» e concisa, di una esemplificazione da parte di Ulpiano. Questo, naturalmente, sempre che non si ritenga, con ZAMORANI, *op. cit.*, p. 135 s., «pedante ... e veramente degna di un glossatore l’enumerazione delle *missiones in possessionem*, classica nella sostanza, ma scarsamente appropriata nella fattispecie, dal momento che queste ultime scaturiscono da un espresso decreto pretorio» (il che, invero, non vedo perché ne sminuisca il valore probatorio: a Ulpiano premeva semplicemente indicare ipotesi in cui un soggetto si trovi ‘in possessione’, per esempio ‘*custodiae causa*’, come avviene nelle fattispecie enumerate, per cui certo è a monte – ma in quest’ottica poco rileva – una *missio* magistratuale). Sulla correttezza e genuinità degli esempi addotti, si vedano viceversa SCHERILLO, *Locazione*, cit., p. 11, TONDO, *op. cit.*, p. 191 nt. 47.

¹¹) Appunto ‘*alieno nomine*’, al solo fine di ‘*custodia*’ ed ‘*observatio*’.

profilo che nel testo appena esaminato risulta sotteso ma inespresso – ossia la sussistenza, con quel rapporto, dei requisiti per la concessione del nostro interdetto, ma anche l’esperibilità, per la controparte¹², della cosiddetta *exceptio vitiosae possessionis* –, vi è solo marginalmente affrontato, se non in un sorprendente *excursus* che rinveniamo nel XXIII libro *ad Sabinum*, dedicato all’editto degli edili curuli, e dove è precisata – con un’elementare chiarezza, degna di Gaio – la fruibilità dell’*interdictum uti possidetis* da parte del precarista nei confronti di tutti, tranne il concedente¹³.

Più spesso la sussistenza di un precario e il suo particolare atteggiarsi in specifiche ipotesi¹⁴, rileva quale requisito per l’esperibilità, da parte del concedente, dell’*interdictum de precario*, la cui introduzione rispondeva, secondo Pomponio, a una ‘*summa aequitas*’¹⁵. Anche stavolta, peraltro, la sua analisi coinvolgeva i rapporti fra precario e possesso, per approdare a una costruzione teorica alquanto complessa, che per più aspetti recupera dibattiti risalenti sino all’età di Trebazio e Labeone, e per altri deve confrontarsi con certe, più organiche concettualizzazioni severiane¹⁶. Con una ‘*rogatio*’

¹²) Che naturalmente sia – atteso il carattere relativo di tale *exceptio* – lo stesso concedente a precario.

¹³) Il testo cui riferirsi è D. 43.26.17: ‘*Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest*’. Per il confronto con Gaio cui accennavamo, si veda *Inst.* 4.150-155.

¹⁴) Come nel caso di un’ulteriore *rogatio*, intervenuta in costanza del precario, quale ne differisce la scadenza, ma senza che venga mutata ‘*causa possessionis*’ o che si costituisca un nuovo rapporto (29 *ad Sab.*, D. 43.26.5; su questa problematica configurazione di un ‘*precarium ad tempus*’, ZAMORANI, *Precario habere*, cit., p. 101 ss., 175 s., che non ha mancato – in contrasto con SANCHEZ ALBORNOZ, *El precarium*, cit., p. 485 – di considerare «postclassico», e anche così «incomprensibile» il brano pomponiano; ritiene più semplicemente che esso alluda, come altri testi, alla «possibilità di un termine» che non altera la naturale revocabilità *ad nutum* del precario, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 85 s. nt. 298; conservativo anche l’approccio di G. MACCORMACK, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, in «BIDR.», LXXV, 1972, p. 87 s.); oppure di una ‘*rogatio*’ compiuta dal servo o dal *filius familias*, che farà sorgere la qualifica di precarista in capo al *dominus-pater* solo laddove questi – secondo una tipica distinzione pomponiana – avesse conferito un mandato in tal senso, o abbia poi ratificato la ‘*rogatio*’, non se questa è stata effettuata nella sua *ignorantia*, o dal sottoposto *suo nomine* (33 *ad Q. Muc.*, D. 43.26.13). La sussistenza di un vero e proprio precario era invece esclusa nel caso di ospiti e di ‘*qui gratuitam habitationem accipiunt*’ (29 *ad Sab.*, D. 43.26.15.1), così come la legittimazione all’*interdictum de precario* era esclusa nell’ipotesi di chi, tramite *cautio*, si fosse garantito la restituzione dei beni (D. 43.26.15.3).

¹⁵) Così in (29 *ad Sab.*) D. 43.26.15.pr.: ‘*Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus*’. Analogamente, Paolo avrebbe individuato nella creazione del nostro interdetto un meritorio intervento del pretore: (13 *ad Sab.*) D. 43.26.14.

¹⁶) Penso soprattutto all’articolata disamina paolina in tema di possesso e dei suoi

finalizzata al ‘*possidere*’¹⁷, non si dubitava infatti che quest’ultimo fosse ottenuto dal precarista, mentre vi erano divergenze – risalenti ai tempi di Trebazio, e già in parte risolte da questi e da Sabino¹⁸ – circa il permanere del possesso in capo al concedente. Dubbi ulteriormente superati da Pomponio nel senso di riconoscere un possesso in entrambi i soggetti, o comunque un ‘*penes utrumque esse*’¹⁹, in quanto uno (il precarista) possiede ‘*corpore*’ e l’altro (il concedente) non ha smesso di farlo ‘*animo*’²⁰.

elementi costitutivi (*corpus e animus*), laddove è particolarmente visibile – per usare le parole di MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., p. 429 ss. – la coesistenza di «impostazione storica e trattazione sistematica».

¹⁷) Ossia l’ipotesi non verificatasi, ma anche presupposta come ordinaria, in D. 41.2.10.1.

¹⁸) Si veda (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.2.3.5: ‘... *Sabinus tamen scribit eum qui precario dedit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius ...*’. Non appare casuale, in proposito, che l’elaborazione pomponiana di cui stiamo trattando provenga proprio dal commentario a Sabino.

¹⁹) Espressione piuttosto oscura, ma che conviene collegare – come suggerito da LAMBRINI, *L’elemento soggettivo*, cit., p. 154 nt. 19 (ma l’accostamento era già in F.P. MAGLIOCCA, *Per la formula dell’ ‘interdictum utrobi’*, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 232 ss., 241) – a (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 50.16.63 (‘*Penes te’ amplius est quam ‘apud te’: nam apud te est, quod qualiterqualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur*’), così da individuarvi un effettivo richiamo a una situazione possessoria.

²⁰) Il passo cui riferirsi, meritevole di ben altri approfondimenti, è (Pomp. 29 *ad Sab.*) D. 43.26.15.4: ‘*Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione*’. Riguardo a questo testo, ZAMORANI, *Precario habere*, cit., in particolare p. 31, 129 ss. ove bibliografia, non ha dubbi (che sarebbero invece legittimi) nell’individuare un semplice «*precarium* con detenzione», ma anche (e qui la dimostrazione è ancor meno persuasiva) nel giudicare «questa trasformazione della *possessio* del precarista in detenzione (o, comunque, in una forma affievolita di possesso) ... frutto di un’evoluzione postclassica». Orientamenti analoghi, in un senso e nell’altro, erano già in G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell’animo possidendi*, ora in *Scritti*, III, cit., p. 126 s. Ma dietro gli orientamenti che negano la «classicità» della seconda parte del frammento vi è una lunga storia, parzialmente riassunta da LAMBRINI, *L’elemento soggettivo*, cit., p. 154 s. nt. 20, viceversa orientata – al pari di MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., p. 452, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 21 nt. 53, 90 nt. 316 – in senso conservativo. A noi è sufficiente rilevare come l’ammissione pomponiana della simultanea *possessio* del bene in capo a due diversi soggetti (in quanto, per usare il lessico di D. 41.2.3.5 – sul cui significato ALBANESE, *op. cit.*, p. 90 nt. 316 –, l’una ‘*iusta*’ e l’altra ‘*iniusta*’) non costituiva un’assoluta novità, rinviando piuttosto alla già ricordata soluzione di Trebazio, che Labeone e poi Paolo avrebbero criticato, ma che sarebbe stata accolta da Sabino (che probabilmente citava il giurista repubblicano: ne è spia

Il significato del precario come preclusivo l'esperibilità (anche) dell'*interdictum unde vi* nei confronti del concedente è invece in qualche modo connesso alla diversa problematica affrontata in un altro passo tratto dal XXIX libro *ad Sabinum*, ossia D. 43.16.14²¹. Evidente è infatti come l'irrilevanza – ai fini del legittimo recupero anche delle cose mobili sottratte – del carattere violento, clandestino o «precario» del possesso riottenuto da chi fosse stato allontanato dal proprio fondo *vi armata*, non si identifichi, ma in larga misura presupponga la disciplina dell'*exceptio vitiosae possessionis* come non opponibile nel solo caso dell'*interdictum de vi armata*²².

Un'ultima problematica su cui conviene soffermarsi a proposito dell'*interdictum unde vi*, e con la quale possiamo tornare a dottrine risalenti all'*ad edictum*, attiene alla quantificazione della condanna nel *iudicium* da quello eventualmente sorgente. Il testo che rileva in proposito non proviene, all'interno del commentario di Paolo (e forse già di Pomponio)²³, dalla *sedes materiae*, come è invece nella silloge giustiniana. Si tratta di (Paul. 17 *ad ed.*) D.

l'inversione cronologica nel frammento paolino). L'adesione di Pomponio alla dottrina sabiniana del duplice possesso (verosimilmente, l'uno *ad interdicta* e l'altro *ad usucapionem*) era però sorretta – e in ciò consiste l'elemento di originalità – dall'impiego del costrutto teorico '*corpus-animus*', dietro al quale era a sua volta, come noto, una vicenda assai lunga, risalente al Proculo di (5 *epist.*) D. 41.2.27, se non al Labeone di (Iav. 5 *ex post. Lab.*) D. 41.2.51. Con un paradosso solo apparente (attesa la natura «trasversale» di molta produzione pomponiana rispetto agli schieramenti di *secta*), l'adesione a Sabino, in superamento dei dubbi labeoniani (di D. 41.2.3.5), si fondava così sulla recezione della teoria proculiana dell'*'animo retinere possessionem'* – su cui, da ultimo, LAMBRINI, *op. cit.*, p. 101 ss. ove bibliografia –, che da alcuni (come MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., p. 495 ss.) è stata letta in aderenza ed estensione della posizione labeoniana (di D. 41.2.51). L'orientamento di Proculo appare del resto sotteso, se non sviluppato, anche in (Pomp. 23 *ad Q. Muc.*) D. 41.2.25.2, così da destare la sensazione che davvero in tutta questa materia – come scrive C.A. CANNATA, *L' 'animo possidere' nel diritto romano classico*, in «SDHI», XXVI, 1960, p. 87 – «Pomponio fosse ancora sulla scia proculiana».

²¹) '*Sed si vi armata deiectus es, sicut ipsum fundum recipis, etiamsi vi aut clam aut precario eum possideres, ita res quoque mobiles omnimodo recipies*'.

²²) Nel senso che questo doveva essere il fondamento da cui Pomponio muoveva per coinvolgere anche i beni mobili, che pure non erano oggetto dell'*interdictum de vi armata* (si vedano [Ulp. 69 *ad ed.*] D. 43.16.1.3, 4, 6 e [Ulp. *ibid.*] D. 43.16.3.15), nel riottenimento di un possesso valido e legittimo anche se conseguito '*vi aut clam aut precario*'. Insiste sul collegamento fra il passo pomponiano e «il regime della inopponibilità dell'*exceptio vitiosae possessionis* ... esclusivo del *de vi armata*», G. NICOSIA, *Studi sulla «deiectio»*, Milano, 1965, p. 70 nt. 169; analogamente già B. SCHMIDLIN, *Das Rekuiperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg, 1963, p. 48 e nt. 4, e poi MURGA, *La perclusio locatoris*, cit., p. 254 nt. 40.

²³) Così LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 25, fr. 71, che per il nostro autore (così come per Paolo: *Palingenesia*, I, cit., c. 994) pensa all'esame del '*De iudiciis*'.

43.16.6²⁴:

In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere: et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id est tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestione habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri.

Il punto nodale del frammento²⁵ è costituito – sebbene alcuni non abbiano escluso che in origine il riferimento paolino fosse all'*interdictum utrubī*²⁶ – dall'individuazione dei criteri cui attenersi nel quantificare la condanna nel *iudicium* nascente dall'interdetto *unde vi*. Secondo Pomponio²⁷, a venire in rilievo non sarà tanto – come suggeriva Servio²⁸ a proposito dell'*interdictum uti possidetis* – il valore oggettivo della *res*, quanto l'interesse dell'attore a essere (mantenuto o) reimmesso nel possesso²⁹. La relativa spiegazione è anch'essa

²⁴) Su cui si vedano G. BESELER, *Miscellanea critica*, in «ZSS», XLIII, 1922, p. 425, KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 19 s. ove bibliografia, H. SIBER, *Vorbereitung und Ersatzzweck der Besitzinterdikte der Besitzinterdikte*, in «Scritti C. Ferrini», IV, Milano, 1949, p. 115, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 273 s., F.M. DE ROBERTIS, «*Quanti res est – id quod interest*» nel sistema della grande compilazione (contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano), in «SDHI», XXXII, 1966, in particolare p. 118 s., M. KASER, *Die formula der actio ad exhibendum*, in «RIDA», XIV, 1967, p. 292 e nt. 102, TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est'*, cit., p. 46 ss. (un'indagine cui si può per molti aspetti rinviare), nonché la *rec.* di P. VOICI, in «dura», XXXII, 1981, p. 182, KASER, HACKL *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 305, 411, VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit., p. 179 s., C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, p. 173 s. Abbiamo già accennato a questo frammento, per il significativo sintagma ('*hoc iure nos uti Pomponius scribit*') che restituisce la citazione dal nostro autore, *supra* I.2.II.2.

²⁵) Di cui è da tempo segnalato lo stretto collegamento con Ulp. 69 *ad ed.*, D. 43.17.3.11: '*In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. 'quanti res est' sic accipimus 'quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere'. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*'. Sui dubbi, non più condivisibili, circa la genuinità del testo paolino, per tutti, SIBER, *loc. cit.*

²⁶) In questo senso BESELER, *op. cit.*, p. 424; sul punto anche VOICI, *op. cit.*, p. 52, KASER, *Die formula*, cit., p. 292 nt. 102, TAFARO, *op. cit.*, p. 46 nt. 40. Sembra riferire l'elaborazione di Pomponio all'ambito degli interdetti *uti possidetis* e *utrubī*, VALDITARA, *loc. cit.*

²⁷) Seguito da Paolo, che anzi impiega – come evidenziato a suo luogo – una formulazione ('*et hoc iure nos uti Pomponius scribit*'), che ha quasi valore confermativo della disciplina apparentemente prospettata in proprio.

²⁸) E con lui, secondo KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 19, altri giuristi, probabilmente *veteres*: non penserei infatti, con TAFARO, *op. cit.*, p. 47, a una «contesa di scuola» in senso proprio.

²⁹) '*Quanti actoris intersit*' nella terminologia pomponiano-paolina; il '*pretium*

di plausibile paternità pomponiana³⁰, e mira a chiarire come l'interesse dell'attore sia determinabile solo in base alle circostanze, potendo accadere, ad esempio, che il possesso di uno schiavo³¹ garantisca al padrone ulteriori vantaggi, soprattutto nel caso di un suo impiego processuale.

Secondo alcuni autori³², l'espressione cui accennavamo (*'hoc iure nos uti Pomponius scribit'*) alluderebbe a una preesistente controversia giurisprudenziale, cui Pomponio avrebbe, nella ricostruzione paolina, posto fine: il dato non è certo così automatico, ma rimane plausibile, soprattutto se contestualizzato³³ in quella tendenza giurisprudenziale volta a interpretare, in riferimento alla clausola *'quanti ea res est'*, la *res* in senso sempre meno rigorosamente materiale, così che la soluzione contenuta nel nostro testo può ben porsi in antitesi, e in superamento, dell'opzione serviana ricordata in D. 43.17.3.11. La stessa tensione rinveniamo del resto nel contributo di Viviano attorno al nostro interdetto e ai frutti, posteriori alla *deiectio*, di cui esso comportava la restituzione (apprestandosi, in caso di inottemperanza, una *aestimatio litis*)³⁴. Frutti alla cui stregua il giurista del I secolo³⁵ considerava tutti i vantaggi di cui l'attore avrebbe goduto se non fosse stato spossessato, secondo un approccio che si svincola dalla materialità della privazione, e che forse Pomponio – verosimile conoscitore dell'opera viviana³⁶ – avrebbe recepito, o comunque condiviso, proprio per la monetizzazione del possesso a cui, per l'altrui *vis*, si è

possessionis', distinto dal *'pretium rei*', in quella ulpiana, che però, come rileva MEDICUS, *op. cit.*, p. 274, «bleibt eine recht unbestimmte Größe, weil man nicht erfährt, inwieweit bei seiner Ermittlung Grund und Zweck des Besitzes berücksichtigt werden sollen».

³⁰) In questo senso già la prudente inclusione di LENEL, *loc. cit.*

³¹) Riferimento non casuale, attesa la sua «imperfetta reificazione», suscettibile di incidere per molte vie sulla sfera patrimoniale del *dominus*: *infra* IV.1.

³²) Come Kaser e Tafaro (*supra* nt. 28); ma si vedano anche i più generali rilievi di A.B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in «Festschrift F. Schulz», II, Weimar, 1951, in particolare p. 209, H. LÉVY-BRUHL, «*Dissentiones prudentium*», in «Synteleia Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1964, p. 535, L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico in diritto romano*, Milano, 1976, p. 115 ss.

³³) Come nelle persuasive pagine di VALDITARA, *op. cit.*, p. 178 ss.

³⁴) La dottrina viviana è tramandata in (Ulp. 69 *ad ed.*) D. 43.16.1.41: «*Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum ceterarum etiam utilitatum habenda est: nam et Vivianus refert in hoc interdicto omnia, quaecumque habiturus vel adsecutus erat is qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui aut eorum litem a iudice aestimari debere eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset se vi deiectum non esse*».

³⁵) Lo abbiamo infatti collocato, seguendo recenti ricostruzioni, fra Tiberio e i Flavi: *supra* II.3.II.1 ove bibliografia.

³⁶) Come rilevato, pur con la prudenza imposta dall'unica citazione congiunta dei due autori di cui disponiamo (in D. 13.6.17.4), *supra loc. cit.*

dovuto rinunciare³⁷.

II. L' «*interdictum uti possidetis*»

Meno articolato è il quadro giurisprudenziale che emerge dalle testimonianze pomponiane attorno a un interdetto – *uti possidetis* – che è per più aspetti³⁸ accostabile all'*interdictum unde vi*, che verosimilmente precedette nel tempo. Un puntuale confronto con altre dottrine è infatti possibile solo a proposito del primo testo³⁹, ed ha come unico interlocutore l'immane Labeone. L'esame che vi abbiamo dedicato ha consentito di evidenziare come la concessione dell'*interdictum uti possidetis* a favore di chi intenda potare o ricondurre sul proprio fondo viti salite sugli alberi del vicino, sia sorretta da una valutazione del possesso in termini più agronomici che rigorosamente

³⁷) Insiste sul collegamento fra la dottrina di Viviano e quella di Pomponio, ma nel senso di un'immediata condivisione della prima da parte del secondo, senza segnalare il diverso ambito in cui esse si muovono, RUSSO RÜGGERI, *op. cit.*, p. 173 s. Quanto al processo di «materializzazione» implicato nell'orientamento di Pomponio, esso non è privo di riscontri in altre sue indagini, a cominciare da quanto verificato in tema di *iniuria* (D. 47.10.9.pr.).

³⁸) Dalla riferibilità ai soli beni immobili, alla opponibilità della cd. *exceptio vitiosae possessionis* (sulla cui risalenza nelle rispettive formule, di recente, FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, cit., p. 222 ss. ove bibliografia, G. NICOSIA, *Il possesso*, I, Catania, 1997, p. 157 ss.), alla finalità di recupero del possesso (che nell'*uti possidetis* è, come noto, almeno eventuale). Diversa è invece, a tacer d'altro, la configurazione dei due interdetti quanto ai destinatari dell'ordine magistratuale: *duplex uti possidetis*, unilaterale *unde vi*. Riguardo a quest'ultimo profilo, si veda tuttavia FALCONE, *op. cit.*, p. 121 ss. ove ampia bibliografia, che non esclude – sulla base di D. 43.17.1.5 – la possibilità di una versione *simplex* dell'*interdictum uti possidetis*.

³⁹) Ossia (Ulp. 69 ad ed.) D. 43.17.3.4, 7 ([4] 'Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid iuris sit. et ait Pomponius posse te ei denuntiare et vites praecidere, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius. [7] Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo videri non ab eo aedes possideri, qui κρύπτως possideret, sed ab eo, cuius aedes supra κρύπτως essent. verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur. dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebatur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat'), sul quale *supra* II.2.III.14 ove bibliografia. Conclusioni solo ipotetiche sono possibili per D. 41.2.6.pr.-1.

spaziali⁴⁰, alla cui stregua è da valutarsi come impedimento del possesso anche il caso in cui ‘*colere fundum prohibetur*’. Ancor più originale – e forse «eversiva» rispetto al principio ‘*superficies solo cedit*’ – era la soluzione labeoniana cui accedeva, non senza integrazioni, Pomponio, e ai cui sensi l’usuale inutilizzabilità dell’*interdictum uti possidetis* da parte di chi abiti il *cenaculum* posto sopra le *aedes* di altrui proprietà, troverebbe un’eccezione nell’ipotesi in cui il *cenaculum* sia posto al livello del terreno e provvisto di un accesso dalla pubblica via, nel qual caso il possesso delle *aedes*, e quindi la legittimazione al nostro interdetto, sarà del titolare di quanto emerge dal suolo e non di chi possiede i sotterranei.

Ancora un problema di legittimazione attiva all’*interdictum* in esame è al centro di (Ulp. 70 *ad ed.*) D. 43.17.4⁴¹, di cui sono però evidenti – soprattutto nella parte che riguarda il giurista antoniniano – le corruzioni sofferte⁴². Più che decisamente attribuita a Pomponio, vi risulta presupposta, da parte sua,

⁴⁰) O, per riprendere una espressione impiegata per D. 43.16.6 (da cui in effetti emerge un atteggiamento di Pomponio visibilmente collegato a quello di D. 43.17.3.4), in termini di vantaggio e godimento precluso, anziché rigorosamente materiali.

⁴¹) ‘*In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum*’. Al riguardo si vedano S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, p. 98 ss., G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, p. 338, 400, M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in «AUPA.», XXVIII, 1961, p. 47 s. nt. 1, 114 nt. 19 ove bibliografia, M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto, I, Dalle origini a Giustiniano*, Napoli, 1962, p. 184, M. MARRONE, *Osservazioni su «Vat. Fragm. 90»*, in «Studi B. Biondi», II, Milano, 1965, p. 275 ss. ove altra bibliografia, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell’età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 388 s. nt. 62, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 152 s. nt. 568, 575, 157 nt. 589, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 412, LAMBRINI, *L’elemento soggettivo*, cit., p. 21, M. BRETONNE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 204.

⁴²) Acuisce le perplessità attorno al parere di Pomponio la concessione, da parte sua, dell’interdetto *uti possidetis (utile)* a chi vanti una ‘*usus fructus possessio*’. Parla al riguardo di «una sicura manipolazione» BRETONNE, *I fondamenti*, cit., p. 204, che sembra però più fiducioso rispetto alla ‘*quasi possessio*’ di cui si tratta, in riferimento ora all’oggetto dell’usufrutto, ora al suo diritto stesso, in altri testi (fra cui D. 43.16.3.17, per più versi accostabile al nostro). Sul punto era ancor più radicale lo scetticismo di SOLAZZI, *loc. cit.* (ma senza conforto testuale la sua soluzione, secondo cui in luogo del tratto ‘*idem erit ... defendat possessionem*’ dovrebbe leggersi ‘*et si usum quis sibi defendat et alter possessionem*’); si vedano anche GROSSO, *op. cit.*, in particolare p. 337 s., MARRONE, *Osservazioni*, cit., in particolare p. 276 nt. 16, ALBANESE, *op. cit.*, p. 153 nt. 575. Meno problematico appare il nostro passo per la distinzione tra usufruttuario e possessore (contra SOLAZZI, *op. cit.*, p. 98, ma si vedano MARRONE, *La posizione*, cit., p. 47 ss. e BRETONNE, *La nozione*, I, cit., in particolare p. 184).

L'applicazione in via utile del nostro interdetto nei rapporti tra usufruttuari, usufruttuario e possessore o tra usufruttuario e usuario⁴³. Una soluzione di cui è indubbia l'analogia con quanto previsto da Ulpiano riguardo all'*interdictum unde vi*⁴⁴, e il cui significato, in relazione al lavoro di Pomponio, tende ad accrescersi alla luce dell'irreperibilità di precedenti, conformi testimonianze giurisprudenziali⁴⁵.

Diverso è il profilo della disciplina dell'*uti possidetis* messo a fuoco, e solo congetturale – come osservato a suo tempo – il collegamento con l'elaborazione labeoniana, nel caso di (Ulp. 70 *ad ed.*) D. 41.2.6.pr.-1⁴⁶. Qui è sufficiente rilevare come nel primo di questi paragrafi sia conservato l'unico contributo pomponiano relativo alla delimitazione del concetto di possesso clandestino, la cui sussistenza relativa (ossia nei confronti dell'avversario) determinava la soccombenza della parte, sia pure attuale possessore. A tanto rilievo di questo elemento corrisponde, da parte di Pomponio, un abbozzo di elaborazione teorica, ancorata ai requisiti di un'iniziale furtiva immissione nel godimento del bene nell'altrui ignoranza. La recezione ulpiana, pressoché

⁴³) Convegno infatti che si abbia qui un *interdictum uti possidetis utile*, e non *directum*, come il contesto lascerebbe supporre: MARRONE, *Osservazioni*, cit., p. 274 ss. (ove un confronto con *Vat. fr.* 90), ALBANESE, *op. cit.*, p. 151 s. nt. 568. L'isolamento della testimonianza ulpiana, irrimediabilmente scissa dal discorso originario, può peraltro spiegare la mancata menzione di *utilis* non meno degli ipotizzati tagli giustiniani: sfiora questo aspetto CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 389 nt. 62. Sul carattere bilaterale (anche) dell'*i.n.p. utilis* e sulla circostanza che con esso prevalesse – in quanto «si trovasse ... ad esercitare l'*uti frui* al momento dell'interdetto» – il possessore in senso proprio rispetto al preteso usufruttuario, si veda soprattutto, sulla scorta del Lenel, MARRONE, *Osservazioni*, cit., p. 276 s.

⁴⁴) Si tenga presente (70 *ad ed.*) D. 43.16.3.13-17. Insistono su questo parallelo GROSSO, *op. cit.*, in particolare p. 337 s., CAPOGROSSI COLOGNESI, *loc. cit.*, B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 152 nt. 568 e 157 nt. 589, il quale però ritiene che D. 43.16.3.13-17 si riferisse originariamente non all'*interdictum unde vi*, bensì a quello *si uti frui prohibitus esse dicitur*.

⁴⁵) Persino nella riflessione, non certo restia all' 'innovare', di un Labeone: *supra* II.2.III.14.I.

⁴⁶) (pr.) '*Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et, ne faceret, timebat. is autem qui, cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere: non enim ratio optinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est: nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur. itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur.* (1) *Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam*'. Un più ampio esame di questi paragrafi, con particolare attenzione proprio al rapporto fra il contributo di Labeone e Pomponio, *supra* II.2.III.14.I ove bibliografia.

letterale, del caso⁴⁷ risolto secondo questi criteri, è tanto più significativa alla luce dell'orientamento che egli assume in merito all'ipotesi in cui non sia riscontrabile una clandestinità nel momento dell'iniziale immissione in possesso, oppure vi sia una conoscenza o addirittura una volontà di chi ne è privato.

Difforme è, rispetto a questa prospettiva, la logica che sorregge la soluzione labeoniana riportata – non necessariamente attraverso la mediazione di Pomponio – nel § 1, laddove il criterio distintivo non è tanto quello del carattere inizialmente assunto dall'impossessamento o dell'atteggiamento psicologico della controparte, quanto quello del permanere, in capo a quest'ultima, di una disponibilità del bene che in senso materiale è venuta, seppure momentaneamente, meno. In discussione viene quindi, in quel frangente, la problematica dell' *'animo retinere possessionem'*, in cui già abbiamo visto collocarsi Labeone come probabile antesignano della concettualizzazione proculiana, più tardi seguita e forse estesa dallo stesso Pomponio⁴⁸. E' quindi verosimile che questi, se a sua volta affrontava il caso del § 1, non lo risolvesse in termini difformi dal giurista augusteo; mentre soltanto al nostro autore rimangono da attribuire i criteri delineati in D. 41.2.6.pr., ove ancora ricorre quell'attenzione a certi elementi psicologici delle parti (*voluntas, scientia, ignorantia*) e al momento iniziale di un rapporto giuridico, quali anche in altri contesti «graduano» o «colorano», rispettivamente, la disciplina o la qualificazione di determinate fattispecie nel mondo del *ius*⁴⁹.

⁴⁷) Relativo alla condotta di chi si immetta furtivamente nel possesso nell'ignoranza del soggetto di cui teme l'iniziativa processuale. Circa la quasi assoluta corrispondenza del tratto iniziale e conclusivo di D. 41.2.6.pr., che non per questo deve essere giudicato spurio, *supra loc. cit.*

⁴⁸) Quanto osservato nel testo presuppone un sostanziale superamento (al di là delle cautele prospettate dallo stesso A. alle nt. 4, 8) della lettura di P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano 1977, p. 116 ss., il quale individuava nel nostro passo la traccia del mancato riconoscimento, da parte di Labeone, della conservazione *animo* del possesso, quando invece è proprio l'ammissione che *'retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit'*, a determinare il carattere clandestino e giuridicamente imperfetto dell'altrui immissione nel godimento del bene.

⁴⁹) Basti pensare, nella prima ottica, a D. 9.4.7.1, D. 2.7.1.1, D. 14.1.1.20, D. 14.4.5.1, D. 15.1.7.2; nella seconda, a D. 3.5.14 e D. 16.3.1.13.

III. Altre figure interdittali

Ancor più frammentarie sono le nostre conoscenze circa la riflessione di Pomponio attorno ad altre figure di *interdicta*. Dalle citazioni di cui disponiamo – quasi tutte già esaminate ad altri fini – emerge una casistica minuziosa, ma di cui non sempre sono recuperabili le eventuali linee teoriche, o di metodo, che vi è sottesa⁵⁰.

Nel tentativo di definire la portata delle innovazioni apportate dal nostro giurista, possiamo così solo evidenziare come, a proposito dell'*interdictum de rivis*, egli superò per primo la preclusione labeoniana per cui il proprietario del fondo dominante non avrebbe potuto mutare la struttura della servitù d'acqua, in modo da rendere sotterraneo il *rivus* che era finora allo scoperto⁵¹. L'ammissione di questa attività come legittima, a meno che difforni previsioni si fossero avute con l'atto costitutivo della servitù, muoveva forse dalla diversa rappresentazione complessiva delle servitù rustiche, che in Pomponio si è ormai liberata da ogni elemento dell'arcaica configurazione, quale non è invece del tutto assente – pur con significative oscillazioni – nella riflessione di Labeone⁵². Ma nel giurista antoniniano interviene anche, a confutare la precedente soluzione, un più netto discrimine fra elementi di fatto e di diritto – lo stesso cui egli si affidava nella riformulazione, se non nel superamento, di altre posizioni labeoniane in tema di ineterdetti⁵³ –, così che la sopravvenuta impossibilità, per il titolare del fondo servente, di attingere acqua o di abbeverare gli armenti, non potrà essere di alcun impedimento, in quanto si tratta di vantaggi che sorgono dalle circostanze materiali, privi di un

⁵⁰) E' quanto riscontriamo soprattutto per le testimonianze attorno all'*interdictum quod vi aut clam* (D. 43.24.1.6, per il quale può rinvirsi a quanto rilevato *supra* II.3.II.5), e *de precario* (D. 39.5.18.pr.-2, che in realtà costituisce – come nel caso dell'*interdictum utrubi* – una sostanziale digressione; in proposito si veda comunque *supra* II.3.II.8 ove bibliografia).

⁵¹) Il testo cui riferirsi è (Paul. 66 *ad ed.*) D. 43.21.2 ('*Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellandi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset*'), esaminato *supra* II.2.III.14.II ove bibliografia.

⁵²) Su questo punto, con maggiori problematizzazioni e cautele rispetto alla *communis opinio*, *supra loc. cit.* ove bibliografia.

⁵³) Alludo – pur con tutti i dubbi relativi all'esistenza di una citazione da Labeone già in Pomponio (*supra* II.2.III.10, II.4.II.5) – a (Ulp. 17 *ad ed.*) D. 8.5.2.3, proveniente dall'esame delle azioni in tema di servitù: '*Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scribit. pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiamsi testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utilem interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta*'.

fondamento e di una protezione giuridica.

Spunti significativi si sono delineati anche a proposito dell'*interdictum de cloacis*, ove la disamina di Pomponio si svolge ancora in visibile confronto con la giurisprudenza del primissimo principato (Labeone e Fabio Mela). Dall'analisi condotta su (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 43.23.1.9, 12⁵⁴, è risultato come l'ottica in cui il primo interpretava questa forma di tutela fosse condivisa e radicalizzata in Pomponio, il contributo del quale (concessione della protezione interdittale anche a chi costruisca *ex novo* una fogna che sfoci in una pubblica cloaca) può addirittura considerarsi una combinazione della tesi labeoniana riportata nel nostro paragrafo (con la stessa tutela accordata a chi immetta una *privata cloaca*, già esistente, in una pubblica) e di quella tradita in D. 43.23.2, in cui – nonostante la lettera dell'editto – la costruzione *ex novo* di una fogna è stimata non meno meritevole di protezione interdittale che la sua *purgatio* e *refectio*.

Un'interpretazione estensiva del dettato editto, imposta da ragioni di *utilitas publica*, troviamo anche nel § 12, dove Fabio Mela e Pomponio concordano nel ritenere che la proibizione pretoria che venga impedita con la *vis* la *refectio* e *purgatio* della cloaca nel fondo del vicino, riguarderà anche l'ipotesi in cui tali operazioni richiedano l'ingresso nell'abitazione altrui e lo scasso dei pavimenti. Solo al nostro giurista è invece da attribuire la preoccupazione – espressiva di quell'elemento di effettività da lui tante volte perseguito – che, in un caso simile, '*committitur damni infecti stipulatio*', ossia che tale *cautio*, necessariamente prestata, venga poi resa senz'altro eseguibile, laddove la sua *missio* è invece negativamente subordinata – come preciserà Ulpiano – all'offerta di riparare '*id, quod ex necessitate reficiendae cloacae causa resciderat*'.

La testimonianza di cui disponiamo attorno all'*interdictum utrubi* non attiene invece a una rilettura della previsione editto, quanto alla verifica circa un elemento rilevante per la sua concessione (il permanere del possesso)⁵⁵, per poi aprirsi alla problematica della perdita del *dominium* in un'ipotesi di uscita

⁵⁴) (9) '*Idem Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum Pomponius scribit.* (12) *Unde Fabius Mela scribit competere hoc interdictum, ut in vicini aedes veniat et rescindat pavimenta purgandae cloacae gratia. verendum tamen Pomponius scribit, ne eo casu damni infecti stipulatio non committitur, si paratus sit restaurare id, quod ex necessitate reficiendae cloacae gratia resciderat*'. Per un'esegesi dei due paragrafi, *supra* II.2.III.14.III ove bibliografia, II.2.IV.1 ove bibliografia.

⁵⁵) Che naturalmente rileva per individuare chi e se ha più lungo posseduto nell'anno antecedente la richiesta dell'interdetto.

del bene dalla sfera del controllo umano⁵⁶. Nonostante l'impiego (atipico)⁵⁷ del verbo *'refert'* – anziché di *'quaerere'* o forme simili – la sensazione è di un problema posto, più che risolto, da Pomponio, e di cui Ulpiano dà conto in (72 *ad ed.*) D. 41.2.13.pr.⁵⁸:

Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi. ego dominium me retinere puto, possessionem non puto, nec est simile fugitivo: namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione: at in lapidibus diversum est.

L'ipotesi discussa è quella di un naufragio, che ha fatto terminare alcune *lapides* in fondo al Tevere, sottraendole così, come accennato, ad ogni disponibilità. Ove esse siano più tardi recuperate, ci si domanda se, per il periodo che sono rimaste sommerse, la relativa proprietà si sia mantenuta integra⁵⁹. Nonostante l'assenza di una soluzione chiaramente attribuita a Pomponio, è plausibile la tesi⁶⁰ secondo cui egli sarebbe rimasto dubbioso circa la persistenza del *dominium* sui *'lapides mersi'*, mentre avrebbe escluso la conservazione su di essi del possesso, richiamando al riguardo il caso dello schiavo *fugitivus*, verosimilmente risolto nel medesimo senso – il che spiegherebbe il successivo riferimento di Ulpiano, che in quell'ipotesi optava per il mantenimento del posses-

⁵⁶) Secondo una prospettazione analoga, ma risolta in termini diversi e comunque meno articolati, rispetto alla tematica dibattuta in D. 41.1.44.

⁵⁷) Si veda *supra* I.2.III.

⁵⁸) Sul passo si vedano G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., p. 157 s., C. ARNÒ, *In tema di 'servus fugitivus'*, in «Studi S. Perozzi», Palermo, 1925, p. 267, E. ALBERTARIO, *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*, Milano, 1929, p. 17 s., F. PRINGSHEIM, *Acquisition of ownership through servus fugitivus*, in «Studi Solazzi», cit., p. 611, G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante «potestati subiecti»*, Milano, 1960, p. 468 ss. ove bibliografia, G. LONGO, *Il possesso sul servus fugitivus*, in «AUMA.», XXV, 1961, p. 32 s., U. LEPTIEN, «*Utilitatis causa*». *Zweckmäßigkeitenscheidungen im römischen Recht*, in «SDHL.», XXXV, 1969, p. 65, H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, Wiesbaden, 1971, p. 42, ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, cit., p. 103 s., nonché la *rec.* di V. CASTAGNA, in «Lura», XXVIII, 1977, p. 302, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 143 s., 166, ID., *Le situazioni possessorie*, cit., p. 47, 51, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989, p. 212 s., nonché la *rec.* di A. BURDESE, in «SDHL.», LVI, 1990, p. 432, L. VACCA, *L'abbandono degli immobili*, in «Labeo», XXXIX, 1993, p. 416.

⁵⁹) In realtà non è agevole restituire il senso dell' *'in integro'* del testo: considerata la prosecuzione ulpiana e soprattutto la *sedes materiae*, è presumibile si intenda così indicare un *dominium* non disgiunto dal possesso.

⁶⁰) Per cui inclina, pur con qualche dubbio, NICOSIA, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 469 e nt. 288, ma si veda anche ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, cit., p. 103 nt. 22.

so, ma era visibilmente preoccupato di segnalare la difformità rispetto all'ipotesi iniziale. Probabilmente, quindi, la posizione di Pomponio conobbe, ai fini dell'applicazione dell'*interdictum utrubi*, l'adesione di Ulpiano⁶¹, ma attraverso un percorso logico rovesciato, in cui valeva in senso prima analogico e poi differenziante la diversa soluzione in merito al *servus fugitivus*.

Quanto a quest'ultima ipotesi, occorrerebbe di nuovo valutare come il giurista antoniniano si ponesse dinanzi al problema dell' '*animo retinere possessionem*', rispetto al quale già ad altro proposito – ma sempre in tema di interdetti – lo abbiamo visto collocarsi su posizioni proculiane. Tuttavia la particolarità dell'oggetto del possesso e la correzione che, sul punto, era stata introdotta all'interno della stessa *secta*, verosimilmente inducevano Pomponio a escludere la conservazione della *possessio animo* sullo schiavo fuggitivo. Ne sarebbe risultato un orientamento antitetico a quello cui negli stessi anni approdava Gaio⁶², e in sostanziale continuità con l'opinione radicale fatta propria (solo) da Nerva figlio⁶³, e riferita in (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.2.1.14⁶⁴.

⁶¹) Quasi a conferma della massima – '*nihil commune habet proprietas cum possessione*' – di Ulp. 70 *ad ed.*, D. 41.2.12.1, frammento compilato subito prima del nostro, ma la cui enunciazione generale è in realtà pertinente a una più specifica problematica processuale: tende invece ad ampliarne la portata, attraverso un accostamento soprattutto con Venul. 1 *interd.*, D. 41.2.52.pr., ALBANESE, *Le situazioni*, cit., p. 14. Quanto poi alla disciplina che Ulpiano prospettava nel nostro passo (sulla cui sostanziale genuinità, per tutti, NICOSIA, *op. cit.*, p. 469 ss. ove bibliografia), il confronto con quella che egli indicava, contro la *communis opinio* ('... *quod plerumque credendum est* ...') in (41 *ad Sab.*) D. 47.2.43.11, può essere sì indicativo – come scrive SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 212 – della «incertezza dei giuristi nella individuazione degli estremi della derelizione», ma lascia anche trasparire la diversità fra le due ipotesi, la seconda delle quali prevede uno *iactus* da parte del proprietario che non era (almeno esplicitamente) menzionato nella prima, e la cui esatta qualificazione giuridica rappresenta proprio il punto nodale della controversia (che dovrà essere letta – come già suggeriva VACCA, *L'abbandono*, cit., p. 416 – in connessione con altre testimonianze ulpiane: [53 *ad ed.*] D. 39.2.15.21, [69 *ad ed.*] D. 43.16.1.24 e [12 *ad ed.*] D. 41.7.1).

⁶²) Del quale si veda la chiara formulazione in (27 *ad ed. prov.*) D. 41.2.15.

⁶³) Ma qualche dubbio circa il pensiero dello scolarca suscita Paul. *ibid.*, D. 41.2.3.13.

⁶⁴) Questa lettura delle testimonianze pomponiane in materia (pensiamo a [Ulp. 17 *ad Sab.*] D. 7.1.12.3, [Paul. 21 *ad ed.*] D. 6.1.21, ma soprattutto [Pomp. 3 *ad Sab.*] D. 6.2.15 e [Pomp. 31 *ad Q. Muc.*] D. 41.1.54.4), con l'esclusione della conservazione del possesso del servo fuggitivo e quindi l'aderenza alla soluzione di Nerva, è lucidamente formulata da NICOSIA, *op. cit.*, p. 410 ss. ove bibliografia, contro gran parte della romanistica meno recente (si vedano peraltro i cenni, pur non troppo chiari, di ARNO, *op. cit.*, p. 264 ss., e, sebbene in un'ottica greve di pregiudizi interpolazionistici – poi estremizzati da PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 617 s. –, di ALBERTARIO, *I problemi*, cit., in particolare p. 23 s.), ma con la sostanziale adesione di LONGO, *Il possesso*, cit., p. 11 ss. (pur con vari punti di divergenza), ZAMORANI, *op. cit.*, p. 94 ss., L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 71 s.

Un'altra occasione in cui la diagnosi pomponiana, muovendo dalle forme di intervento previste nel *De interdictis*, giunge a toccare problemi più generali in tema di possesso e servitù – poc'anzi la modificabilità della struttura del *rivus* da parte del titolare del fondo dominante, adesso la pignorabilità di una delle antiche servitù rustiche –, è costituita dalla seconda citazione proveniente dall'esame dell'*actio Serviana et quasi Serviana*⁶⁵. La conserva, non senza traccia di una cauta approvazione del referente⁶⁶, un testo complesso come (Paul. 68 *ad ed.*) D. 20.1.12⁶⁷:

Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoratis conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Un primo, grave problema esegetico è costituito da un dato che appare viceversa il presupposto indiscusso da cui muovono Pomponio e Paolo, ossia la pignorabilità delle quattro più antiche servitù rustiche⁶⁸. Solo in tempi

⁶⁵ Sulla prima (D. 20.2.6), attinente piuttosto ai rapporti fra locatore e conduttore, *supra* III.5.III.2 ove bibliografia.

⁶⁶ Su cui *supra* I.2.IV.

⁶⁷ Su questo passo S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Roma, 1928, p. 765, P. CIAPESSONI, «*Servitus personae*» e «*usus personae*», in «Per il XIV Centenario della codificazione giustiniana», Pavia, 1934, p. 973 ss. ove bibliografia, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 55 ss. ove bibliografia, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*², Milano, 1954, p. 150 s., FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., p. 177 ss., nonché la *rec.* di M. TALAMANCA, in «*Iura*», XV, 1964, p. 384, J.A. ANKUM, *Utilitatis causa receptum. On the pragmatism of the Roman lawyers*, in «Symbolae M. David», I, Leiden, 1968, p. 18 s., G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 108 s., nonché la *rec.* di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, in «*Iura*», XX, 1969, p. 651, LEPTIEN, «*Utilitatis causa*», cit., p. 60 ove bibliografia, G. CRIFÒ, *Altri studi sul quasi-usufrutto in diritto romano*, in «AUPE», n. s. II, 1974, p. 378, W. LITEWSKI, *Pignus in causa indicati captum*, in «SDHL», XI, 1974, p. 252 e nt. 202, CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., p. 463 ss. ove altra bibliografia, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 84, T. MAYER MALY, *Die Verpfändbarkeit von Grunddienstbarkeiten*, in «*Satura Feenstra oblata*», cit., p. 175 ss. ove bibliografia, J. DE CHURRUCA, «*Pignus*», in «Derecho romano de obligaciones», cit., p. 382 s., G. FALCONE, *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano e la «lex contractus»*, in «*Labeo*», XLIII, 1997, p. 251 nt. 37, BRETONNE, *I fondamenti*, cit., p. 202.

⁶⁸ In questo senso, per tutti, CIAPESSONI, *op. cit.*, p. 975 s. e CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., in particolare p. 465. Assai meno chiaro è, in primo luogo, se i due giuristi pensassero a un *pignus datum* (come prudentemente suggerisce CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 472 s.), oppure a un *pignus conventum* o *hypotheca* (come riteneva GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 109, e come sembrerebbe suggerire il termine *pignoratis*

conventio, soprattutto se confrontato col finale del testo marciano che precede il nostro nella compilazione; una diversa spiegazione è però proposta da CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 473 nt. 43; né è del resto indicativa la *sedes materiae*, attesa l'estensione dell'*actio Serviana*, almeno in età giuliana – si veda soprattutto Iul. 11 *dig.*, D. 13.7.28.pr. –, anche a favore dei creditori muniti di *pignus datum*, e non solo di ipoteca: così, per tutti, M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, 1982, in particolare p. 155, PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 501, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 395; in senso opposto però A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, p. 152 ss.). E' altresì controverso se la servitù ceduta in pegno fosse già esistente, ossia se il debitore fosse titolare di un fondo dominante, oppure se venisse all'uopo costituita dal debitore stesso (facendo gravare sul proprio terreno una *servitus* a favore del fondo, purché vicino, del creditore): le fini ricerche di CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., p. 467 ss. ove bibliografia, risultano in gran parte persuasive, ma non fuggono tutti i dubbi. Egli ritiene infatti, riprendendo i rilievi del CIAPESSONI, *op. cit.*, p. 975 ss., che «la classificazione delle più antiche servitù rustiche come oggetto di pegno si collegava alla loro mancipabilità anche *fiduciae causa*» (il che spiegherebbe perché solo ad esse si riferisse il nostro testo, e ne confermerebbe la genuinità, giacché la limitazione a quelle quattro figure risulterebbe meno comprensibile in un'età in cui era svanita la distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*: su questo tratto dell'argomentazione di Capogrossi Colognesi si veda tuttavia MAYER MALY, *Die Verpfändbarkeit*, cit., p. 175), e che proprio da uno sviluppo di precedenti *mancipationes fiduciae causa* costitutive di servitù sul fondo del debitore traesse origine (attraverso «una più o meno consapevole operazione effettuata dai giuristi anteriori a Pomponio») la disciplina accolta nel nostro testo. Che esso riguardasse la costituzione di una servitù da parte del debitore e proprietario del fondo (divenuto) servente a favore del fondo (divenuto) dominante di cui fosse titolare il creditore, era opinione anche di GROSSO, *loc. cit.*, TALAMANCA, *rec. cit.*, p. 384. Più opinabile mi sembra il rilievo di CAPOGROSSI COLOGNESI (*op. cit.*, p. 468 s., nt. 37) che «l'ipotesi del trasferimento di una servitù già esistente da parte del vecchio titolare al suo creditore ... costituirebbe una deviazione troppo radicale ed evidente del principio dell'inerenza delle servitù ai fondi dominanti e serventi, perché essa potesse essere seriamente discussa dai giuristi del secondo secolo». A parte la (non univoca) indicazione della terminologia del nostro testo, ove le servitù sembrano preesistere al pegno e non essere costituite in sua ragione, non mancano dibattiti giurisprudenziali fra I e II secolo circa ipotesi che a quel principio, rigorosamente assunto, avrebbero potuto derogare: pensiamo solo ai diversi orientamenti di Labeone, Proculo e Pomponio stesso riguardo alla possibilità per il titolare del fondo dominante di '*commodare*' (o comunque gratuitamente cedere) una servitù di acquedotto al proprio vicino: (Pomp. 33 *ad Sab.*) D. 8.3.24 (su cui STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., p. 27 ss. ove bibliografia: sul collegamento fra le due testimonianze pomponiane – nonché Paul. 66 *ad ed.*, D. 43.21.2 –, già BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 152, GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 109). Del resto la realtà del rapporto era comunque salvaguardata, nel nostro caso, dalla precisazione della vicinanza del fondo di cui fosse titolare il creditore pignoratizio, legittimato a fruire della servitù sino all'adempimento dell'obbligazione, così come poi il terzo cui tale *servitus* poteva essere alienata ove il debito non venisse assolto entro un certo termine. Optava per l'interpretazione che vuole pignorata una servitù di cui godeva (quale titolare del fondo dominante) il debitore, ma attraverso un'argomentazione – come vedremo – ancora greve di sospetti interpolazionistici, BIONDI, *Le servitù*, cit., in particolare p. 152, nonché FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., p. 178; apprezzabili appaiono invece la prudenza e le problematizzazioni

relativamente recenti la soluzione affermativa è stata valutata come rispondente al pensiero dei giuristi del Principato, e non frutto di intervento giustiniano⁶⁹. Gli stessi sospetti sono stati poi sollevati, e in modo anche più radicale e persistente, riguardo al tratto finale, ove è l'approvazione paolina per la *sententia* del nostro giurista⁷⁰, di cui era condivisa – anche se più per i vantaggi pratici che garantiva alle parti (*propter utilitatem contrahentium*), che per una sua intrinseca correttezza o eleganza argomentativa – la soluzione (allo stato del testo)⁷¹ affermativa circa la possibilità di apporre alla *pignori datio* il

di GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 108 s.

⁶⁹) Al quale pensava, ma con significative esitazioni, ancora BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 151 s. ove bibliografia: da un lato infatti egli desumeva dai «principi fondamentali in tema di pegno e di possesso» l'inidoneità di una servitù, in quanto ormai *ius (in re aliena)*, a costituire oggetto di *possessio* e quindi di pegno (col che quindi Biondi implicitamente escludeva si potesse trattare di *pignus conventum: supra* nt. precedente) – difficoltà invece superate (o superabili) in età giustiniana, con l'ammissibilità di una *iuris possessio* (o *quasi possessio*) e dell'alienabilità delle servitù. Dall'altro lato, secondo Biondi «pensare ... che i compilatori abbiano inventato il quesito (*scil.* di D. 20.1.12), nonché la menzione di Pomponio, è un sogno» – il che peraltro non impediva di esercitare l'*ars ignorandi* su quale effettivamente fosse la «decisione classica» nel nostro frammento. A rielaborazioni subite dal testo, ma essenzialmente nella parte conclusiva, pensava GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 108 s. Che si tratti di un brano «difficilmente sospettabile, almeno nei suoi tratti fondamentali» (ossia, con l'eccezione proprio dell'approvazione paolina), è convinzione anche di CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., p. 464 ss. ove bibliografia (e una persuasiva replica – p. 466 nt. 33 – ai sospetti di SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 54 ss.; analogamente MAYER MALY, *Die Verpfändbarkeit*, cit., in particolare p. 177).

⁷⁰) Il tratto *quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est* «non pare una chiusa genuina» a SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 58; sembrava una cesura dei compilatori a BIONDI, *op. cit.*, p. 152; «una interpolazione che troncava una più vasta discussione, sostituendovi una rapida conclusione affermativa», secondo GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 108; una «quasi certa ... interpolazione» per CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 464 nt. 28; «un'intrusione giustiniana volta a troncata perentoriamente l'esposizione del dibattito classico», per FALCONE, *loc. cit.*, che però non esclude che «nel dettato classico i compilatori avessero trovato un appiglio terminologico per ricorrere all'espressione *utilitas contrahentium*». Un atteggiamento più conservativo e sensibile al riferimento all'*utilitas* nell'argomentazione dei giuristi del principato, è invece assunto da ANKUM, *loc. cit.*, e da MAYER MALY, *op. cit.*, p. 178, secondo il quale, rispetto ai sospetti di alterazione, «es ist vilmeher geboten, die Eigenart der mit einem Hinweis auf ihre *utilitas* gerechtfertigten Problemlösungen der Klassiker zu berücksichtigen»; rilevando altresì (e questo rafforzerebbe il rilievo dell'approvazione paolina) che «aus der Berufung auf die *utilitas* kann nicht geschlossen werden, daß Pomponius vorher eine ausführliche Begründung juristisch-logischer Art gegeben habe».

⁷¹) Si riverberano naturalmente su quest'orientamento i sospetti avanzati sulla disciplina (pignorabilità delle servitù di passaggio e di acquedotto) che ne è presupposto. Particolarmente radicale era l'opinione di PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 765, secondo cui Pomponio si sarebbe schierato contro la pignorabilità delle *serviutes* in questione e l'intero

pactum de vendenda servitute. Un *pactum* che naturalmente diverrebbe operante dopo che l'inadempimento si era protratto per un determinato periodo, mentre durante quest'ultimo era comunque consentito l'uso della servitù al creditore che fosse titolare di un fondo vicino⁷².

L'apporto di Pomponio si discosta così dalla stretta operatività processuale dell'*actio Serviana* e *quasi Serviana*, per fissare invece, nella prospettiva della loro applicazione, due momenti della disciplina delle servitù rustiche più antiche: la loro pignorabilità – come presupposto ormai pacifico, e destinato a crescente fortuna in età severiana⁷³ –, e la relativa applicabilità dei *pacta* relativi al regime del pegno, di cui doveva essere invece controverso il riferimento a «figure che, in precedenza, avevano dovute essere assoggettate esclusivamente alla *mancipatio fiduciae causa*» (cui il *pactum vendendi* era sostanzialmente estraneo)⁷⁴.

Né può stupire la direzione assunta dall'indagine pomponiana, conside-

tratto da *'ut talis pactio fiat'* alla fine del frammento sarebbe di fattura giustiniana. Opportuni ridimensionamenti sono in CIAPESSONI, *op. cit.*, p. 974 ss., SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 581, BIONDI, *op. cit.*, p. 151 s., CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., p. 474 e nt. 45 ove bibliografia, il quale peraltro ritiene «probabile che la risposta a tale quesito (*scil.* «circa l'applicabilità della clausola relativa al *ius distrabendi*»), data originariamente dal giureconsulto (*scil.* Pomponio), dovesse essere negativa».

⁷²) Tale uso sarebbe stato ceduto – secondo FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., p. 178, che, come abbiamo visto, muove dall'idea che pignorata sia una servitù di cui precedentemente godeva il (fondo del) debitore – «in funzione anticretica ... come corrispettivo degli interessi della somma presa a mutuo». Una critica a questa interpretazione è però in CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 470 nt. 39; dubbioso è MAYER MALY, *op. cit.*, p. 178 s.

⁷³) La pignorabilità delle (quattro più antiche) servitù rustiche ammessa da Pomponio, costituirebbe infatti – ad avviso di MAYER MALY, *op. cit.*, in particolare p. 180 s., DE CHURRUCA, «*Pignus*», cit., p. 383 – un significativo momento di transizione verso quella generale pignorabilità delle servitù rustiche che sembra, e *silentio*, presupposta in (Marc. l. s. ad *form. hypoth.*) D. 20.1.11.3 («*iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint*'). Sul collegamento fra il nostro e il brano marciano si vedano, pur entro visuali diverse, CIAPESSONI, *loc. cit.* (il quale riteneva giustiniana la disciplina che vi è delineata), SOLAZZI, *Requisiti*, cit., p. 55 (ove altri sospetti sulla testimonianza di Marciano), BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 151 (che partiva dai sospetti del Perozzi circa la natura insitica della limitazione marciana ai *praedia urbana*), GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 108 s. (il quale non escludeva che '*urbanorum*' sia un'aggiunta giustiniana), CRIFÒ, *Altri studi*, cit., p. 378 nt. 14, LITEWSKI, *loc. cit.*, FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., p. 177 ss., CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., p. 464 ss., MAYER MALY, *Die Verpfändbarkeit*, cit., p. 175 ss., DE CHURRUCA, «*Pignus*», cit., p. 383, BRETONE, *I fondamentali*, cit., p. 202 nt. 27.

⁷⁴) In questi termini CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 474 s., che opportunamente insiste sul rilievo di tale *pactum* e del *ius distrabendi* che esso conferiva al creditore (e che non rinnegava, secondo BIONDI, *op. cit.*, p. 152, «il carattere prediale della servitù ... pur rispettando il contenuto del pegno»).

rata non tanto la verosimile frequenza di *excursus* nella sua trattazione, quanto la carenza, nella «sistemica» editale, di *sedes materiae* più opportune⁷⁵, e soprattutto la ricorrente necessità, in materia di interdetti, di affrontare più ampie problematiche «sostanziali» da quelli implicate: dai rapporti fra precario e locazione (D. 41.2.10.pr.-1) ad altri aspetti del regime del *precarium* (D. 43.26.5, D. 43.26.15, sino alla parziale digressione di D. 39.5.18.pr.-2), dalla particolare operatività del principio '*superficies solo cedit*' (D. 43.17.3.7) alla determinazione dei requisiti della clandestinità nel possesso (D. 41.2.6.pr.), dalla problematica dell' '*animo retinere possessionem*' – verosimilmente risolta in senso proculiano, ma con deviazioni in merito al *servus fugitivus* e ai beni usciti dalla sfera del controllo umano (D. 43.26.15 e D. 41.2.13.pr.) –, alle conseguenze dell'alterazione geomorfica dei luoghi oggetto di servitù (D. 43.21.2).

⁷⁵) Escluderei in particolare che indagini simili potessero essere svolte nel luogo editale dedicato alle servitù, che attiene solo al regime della *confessoria* e *negatoria servitutis* (su cui *infra* III.8.III.4). Quanto alle problematiche di diritto pignoratizio, non appare casuale che le testimonianze pomponiane provengano o dall'ambito che stiamo adesso studiando, o da contesti diversi, e dove solo occasionalmente la trattazione lambiva quella materia (penso a D. 20.1.13.2, in tema *de pactis*, o a D. 13.7.36.pr., verosimilmente relativo all'*actio de dolo*).

VIII.

PREVISIONI PRETORIE E STRATIFICAZIONI DI «IUS CIVILE»

I. Editto e sfere normative – II. Il «De his quae cuiusque in bonis sunt»: l'analisi delle azioni pretorie – II.1. L'*actio Publiciana* – II.2. La tutela contro il '*ensor qui falsum modum dixerit*' – III. Procedure di tradizione civilistica in senso stretto – III.1. Dottrine in tema di *hereditatis petitio* – III.2. L'indagine sulla *rei vindicatio* – III.2.I. Confusione e commistione – III.2.II. Casi di comunione e *servus fugitivus* – III.2.III. Impieghi particolari della *rei vindicatio* e digressioni nella sua analisi – III.3. Le azioni a tutela (o negatorie) dell'usufrutto – III.4. Analoghe procedure in materia di servitù – III.5. Le azioni divisorie, in particolare *finium regundorum* e *familiae erciscundae* – III.5.I. Estensione dell'*officium iudicis* – III.5.II. L'oggetto della divisione ereditaria – III.6. L'*actio ad exhibendum*.

I. Editto e sfere normative

Con la ricognizione condotta finora ci siamo trovati nel cuore delle indagini dedicate da Pomponio alle disposizioni che il pretore aveva introdotto e che in più casi (come in tema di formalità introduttive del processo, di interventi in circostanze di *metus*, dolo o altro fattore di squilibrio negoziale, di interdetti) costituiscono momenti esemplari delle innovazioni garantite dalla *iurisdictio* magistratuale. Ma è pur vero che l'editto e le sue interpretazioni non si identificano completamente con la sfera normativa del *ius honorarium*: le seconde non mancano di «digressioni» e spunti «sistematici» che ben potrebbero trovarsi nei commentari di *ius civile* o in altre opere¹, né può

1) Non del tutto superate – pur nell'eccessiva enfaticizzazione delle «sintesi dommati-

negarsi che il genere cui quelle interpretazioni sono affidate – il genere dei commenti lemmatici – sia lontano dall'esaurire, come ogni letteratura, la tradizione di diritto cui esso rinvia². Ma è soprattutto il programma pretorio che – oltre a disporsi, probabilmente, attorno a una sequenza non priva di riscontro nelle XII Tavole³ – disegna vividamente, nell'accostare forme di tutela sorte esclusivamente dalla *iurisdictio* del *praetor* ed altre che invece riposano su prescrizioni di *ius civile*, quell'opera di integrazione, sussidio o correzione rispetto all' «altro diritto», in sé in qualche modo assorbito, che avrebbe poi teorizzato Papiniano⁴.

L'approccio romano, in virtù del quale in tanto vi è diritto in quanto vi è una corrispondente difesa processuale⁵, non consente cesure tra le due sfere normative: in ultima analisi sarà sempre il pretore che – pur secondo un diverso margine di discrezionalità – dovrà approntare quella forma di tutela e munire di effettività quanto in un antico precetto o in una legge comiziale trova solo giustificata, o imposta, la sua protezione. Davvero, in questo senso, il pretore (e l'editto) costituisce la *'viva vox iuris civilis'*⁶, né può pensarsi ad altro

che e sistematiche» poste in essere dai commentatori dell'editto – sono al riguardo le pagine di S. RICCOBONO, *L'opera della giurisprudenza romana. In particolare i commentari «ad edictum»*, in «Atti del IV Congresso nazionale di studi romani», IV, Roma, 1936, p. 68 ss.

²) Ho in mente ciò che, a proposito della tradizione speculare, scrive M. BRETONE, *La tradizione civilistica*, in «La codificazione del diritto», cit., p. 74 s.: «il diritto non è soltanto un fenomeno letterario anche se si autorappresenta in una letteratura. Parlare di tradizione civilistica significa, dunque, riferirsi al diritto al di là della sua letteratura».

³) Sul punto, di recente, TONDO, *Profilo*, II, cit., p. 404 ss., più cauto MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., p. 67 nt. 19 ove altra bibliografia. Una più radicale impostazione, come detto (*supra* III.2.II nt. 19), è negli studi di Lauria.

⁴) Nel notissimo (2 *def.*) D. 1.1.7: prima elaborazione – secondo GALLO, *L'officium del pretore*, cit., p. 86 s. (ma si veda anche ID., *La riflessione di Papiniano sul «ius honorarium»*, in «Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité» [*cur.* I. PIRO], Catanzaro, 1999, in particolare p. 35 ss.) – della «distinzione, comprensiva di tutto il diritto in vigore, tra *ius civile* e *ius honorarium*», laddove i richiami che lo stesso Pomponio opera al *ius honorarium* (in *l. s. ench.*, D. 1.2.2.10 e 12) individuerebbero in quest'ultimo solo «il diritto ricondotto alla *pars iuris* costituita dagli *edicta magistratum*». Diritto di cui peraltro Pomponio avrebbe colto – secondo LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 7 s. – l'impossibilità di identificazione col solo programma magistratuale, laddove l'*interpretatio prudentium* avrebbe invece svolto, rispetto agli editti, un ruolo simile a quello avuto, per il *ius civile*, rispetto alle XII Tavole.

⁵) Vi accennavamo *supra* III.3.III ove bibliografia.

⁶) L'espressione, anch'essa famosa, è di Marciano, in (1 *inst.*) D. 1.1.8, ove essa è attribuita al *ius honorarium* anziché al pretore o all'editto, ma non è improbabile che fosse a questi ultimi l'originario riferimento. Ne trae spunto per affermare che «l'editto rispecchia l'intero ordinamento giuridico nella sua dimensione privatistica», BRETONE, *Storia*, cit., p. 150. Diversa, ma non necessariamente contrastante, la prospettiva di TONDO, *Profilo*, II,

«vivente» diritto se non a quello cui egli dà attuazione con le tipologie di intervento che promette.

Naturalmente questo quadro è più propriamente descrittivo di quanto avvenuto nelle stagioni più fluide della normazione editale: dopo la *compositio* giuliana, Pomponio avrebbe avuto dinanzi a sé gli esiti, più che lo spettacolo in atto, di questo fenomeno. Eppure molto, al di là dei mutamenti sostanziali, rimaneva: fuori di ogni rigore sistematico od espositivo, nell'*edictum perpetuum* si sarebbero incontrate, a breve distanza, forme di tutela di origine diversissima. Ne offre l'esempio più evidente un titolo come il '*De his quae cuiusque in bonis sunt*', che, nel suo alluvionale sedimentarsi di previsioni, abbiamo visto al centro di persistenti divergenze nell'ordine espositivo dei commentatori⁷ – risultato, verosimilmente, di una tarda fissazione della sua interna sequenza. In esso convivono, spesso senza una visibile logica che ne imponga l'accostamento, mezzi processuali di origine e struttura diversissima, da quelli che si fondano sul precetto decemvirale relativo alle *pauperies*⁸ oppure sulla *lex Aquilia*, o da quelli che costituiscono (come la *rei vindicatio*, ma anche le azioni

cit., in particolare p. 389 s., 403 s., che insiste, sulla scia di Betti, sul rapporto e la differenza («l'uno aveva valore di per sé, l'altro solo in quanto applicato») tra *ius civile* e *ius honorarium*, così da affermare che «mentre l'un *ius* s'atteggiava a sistema in sé concluso ed esauriente, da ignorare persino l'esistenza dell'altro, quest'altro ... non solo lo presupponeva operante, ma veniva anche a coordinarvisi, senza mai formalmente intaccarlo ... nell'intesa, quindi che essi ... venivano ad atteggiarsi ... quali sistemi distinti e concorrenziali». Contro l'idea di una duplicità di ordinamenti si veda tuttavia GALLO, *L'officium del pretore*, cit., p. 53 ss. ove bibliografia, con rilievi (come l'insistenza, in adesione a Wieacker, sull'assenza di «distinti sistemi processuali per il *ius civile* e il *ius honorarium*»: *op. cit.*, p. 57 s.; o l'osservazione secondo cui «anche i mezzi processuali risultanti da quest'ultima [scil. dalla legge] e dalle fonti ad essa equiparate trovavano collocazione nell'editto e venivano anch'essi applicati nell'esercizio della funzione giurisdizionale»: *op. cit.*, 83) in gran parte persuasivi, e coincidenti con quanto appena affermato nel testo. Si tratta ovviamente di problematiche assai complesse, che non possiamo qui approfondire come meritano. Basti però osservare come la dicotomia fra *ius civile* e *ius honorarium* non dovesse essere – agli occhi di Pomponio, e poi soprattutto di Ulpiano – rappresentativa di due distinte realtà giuridiche, ma piuttosto di due '*positiones studii*' (nel senso di Ulp. 1 *inst.*, D. 1.1.1.2, ove però il riferimento è al '*ius publicum et privatum*') e di due ben differenziate tradizioni letterarie (rispetto alle quali, però, già si collocava con qualche difficoltà il genere dei *digesta*, che forse non a caso i nostri due giuristi non praticarono). E' solo in quest'ultimo senso – e pur considerando come le relative ricognizioni non fossero più direttamente dedicate al *ius civile* ma alle opere di Quinto Mucio e Sabino, quasi che il confronto fosse con realtà scritte, normative o giurisprudenziali, e non con dimensioni normative distinte – che la dicotomia in esame risulta (come rilevato *supra* in particolare III.2.II) enfatizzata, e persino fondante, all'interno della produzione pomponiana.

⁷ *Supra* I.3.I.

⁸ Già disciplinate, appunto, in XII Tab. VIII.6.

divisorie) la versione formulare di *legis actiones*, ad azioni nate nel cuore della *iurisdictio* magistratuale.

Si tratta, in questo secondo caso, di forme di tutela imposte dai «fatti», concesse senza altro fondamento se non la meritevolezza che in quelli riconosceva il pretore (*actiones in factum*, come quella promessa avverso *nautae, caupones et stabularii*, o contro il ‘*ensor qui falsum modum dixerit*’). Ma anche, e più significativamente, si tratta di rimedi che hanno alle spalle antiche disposizioni di *ius civile*, ma che il magistrato costruisce secondo una struttura inedita, così da garantire, in virtù di una *fictio* o di altro adattamento formulare, una protezione a situazioni che per il diritto civile sarebbero irrilevanti. Questo è, in particolare, il caso dell’*actio Publiciana*, da cui conviene prendere le mosse.

II. Il «*De his quae cuiusque in bonis sunt*»: l’analisi delle azioni pretorie

II.1. L’*actio Publiciana*

L’attenzione prestata da Pomponio alla *formula* introdotta per la prima volta dal pretore Publicio non può assolutamente stupire. Quel rimedio era infatti destinato a un’estesa applicazione e soprattutto a dare risposta, e al contempo sfruttare, i due elementi che caratterizzavano la circolazione della proprietà dei beni in Roma⁹, ossia il carattere non immediatamente traslativo di dominio (della merce) attribuito all’*emptio venditio*, e la brevità del decorso temporale richiesto per l’usucapione¹⁰. Sulla tecnica del meccanismo introdotto dal magistrato, e sulle problematiche tecniche da quello implicate, Pomponio

⁹) E che più ne segnano la distanza rispetto alla maggior parte delle esperienze giuridiche moderne.

¹⁰) L’incidenza di questo secondo elemento sul meccanismo dell’*actio Publiciana* è naturalmente di ordine solo pratico, nel senso che la finzione del decorso di un termine pari, ad esempio, a quello attualmente richiesto per l’usucapione dei beni immobili (dieci o venti anni, ex artt. 1158 s. c.c.), avrebbe costituito, con ogni probabilità, una manipolazione troppo eclatante, che ogni pretore avrebbe avuto difficoltà a proporre o recepire. Sul tentativo – operato da L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l’actio Publiciana*, ora in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano» (cur. L. VACCA), Torino, 1997, in particolare p. 99 s. – di individuare nell’introduzione dell’*actio Publiciana* la tendenza a una sorta di conciliazione fra costruzione dogmatica e giurisprudenziale della compravendita come negozio esclusivamente obbligatorio e una prassi che vi individuava comunque un modo di trasferimento della proprietà, si vedano i rilievi di A. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, *ibid.*, p. 18 ss.

doveva soffermarsi soprattutto nell'*ad edictum*, laddove gli stessi temi erano forse assorbiti, nei commentari a Quinto Mucio (almeno nei libri XXIII-XXVI) e a Sabino (libro XXXII), nella trattazione di '*possessio et usucapio*'¹¹.

Una soluzione simile riproduce pienamente, sul piano delle tradizioni letterarie, la dicotomia cui accennavamo, e che pure è più nell'operatività processuale che nella sostanza delle cose, atteso il fondamento strettamente giusciviltistico che è nell'*intentio* dell'*actio Publiciana*. Un ulteriore fattore di complicazione è rappresentato dalle incertezze circa il periodo in cui fu introdotto il nostro rimedio¹² e, di conseguenza, dalla difficoltà di definire il contesto giurisprudenziale con cui il giurista antoniniano iniziò a confrontarsi, e rispetto al quale furono scelte le dottrine (invero non numerose) risalenti al nostro commentario.

L'assenza di contributi relativi all'*actio Publiciana* che precedano nel tempo i *libri membranarum* di Nerazio¹³ non impone necessariamente di pensare a una tardissima introduzione del nostro rimedio, che oltretutto cadrebbe in un'età in cui la normazione editale ha generalmente perduto la sua fluidità e si è chiusa da tempo la stagione delle innovazioni più significative. E' plausibile che, fra i generi letterari, l'azione in esame venisse trattata quasi esclusiva-

¹¹) Il nostro rilievo è solo ipotetico, non confortato da riferimenti, in alcuno di quei testi, all'*actio Publiciana*: è però verosimile che più di un aspetto rilevante nell'ottica di quell'azione sia stato affrontato trattando del possesso e dell'usucapione. Una soluzione relativa alla legittimazione attiva all'*actio Publiciana* è anche in un frammento proveniente dal III libro *ad Sabinum* (in tema '*de acquirenda vel omittenda hereditate*'), ossia D. 6.2.15.

¹²) Usualmente identificato con la pretura di Publicio, caduta nel 67 a.C. (così, di recente, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 350 nt. 111, BURDESE, *Editto publiciano*, cit., p. 119, ma si veda già F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, in «*RIDA.*», IX, 1962, p. 358 s. e nt. 2 ove ampia bibliografia; più prudenti PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 472, GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 710). Ricostruisce diversamente la storia dell'editto publiciano DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 67 ss.: la sua conclusione circa un'emanazione avvenuta sullo scorcio del I secolo d. C. non risulta sempre persuasiva, ma – come vedremo – l'assenza di univoci riferimenti giurisprudenziali, prima di Nerazio, a un'innovazione pretoria così significativa, è senz'altro degna di attenzione. Rilievi critici circa la datazione proposta dal Di Lella sono comunque in KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 107 e nt. 113, VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 89 ss. in particolare nt. 1, 5 ove altra bibliografia. Un puntuale riesame del dibattito storiografico è in MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*», cit., 34, che sembra comunque aderire alla *communis opinio*.

¹³) E' dal terzo libro di quest'opera che proviene D. 6.2.17, prima sicura testimonianza giurisprudenziale – come sottolinea DI LELLA, *op. cit.*, in particolare p. 72 ss., 80, 110 – in questa materia. E' però probabile – come recentemente rilevato da L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 103, e BURDESE, *Editto publiciano*, cit., p. 121 s. – la connessione alla nostra materia delle dottrine di Sabino e Cassio tramandate in (Ulp. 16 *ad ed.*) D. 41.3.10.pr.

mente – come riscontrato nel *corpus* pomponiano – nei commentari editi, la cui conoscenza è per noi, fino a Gaio, particolarmente laboriosa. L'assenza di testimonianze ascrivibili a un Labeone o a un Pedio, per non parlare di Servio, Ofilio e Viviano, non è quindi, di per sé¹⁴, un fenomeno eclatante, tanto più che il lavoro giurisprudenziale su questo argomento sarebbe stato condensato dai giustinianeî in una *sedes materiae* (D. 6.2) piuttosto agile, composta di 17 frammenti, spesso privi di citazioni.

Rimane il dato, per noi assai rilevante, di un Pomponio che compare, nella trattazione ulpiana, come il primo giurista (almeno fra i commentatori dell'editto) che si sia occupato *ex professo* della materia, al di fuori di ogni ascendenza e confronto con il «suo» Labeone, e piuttosto in continuità, almeno sotto un profilo, con l'apporto di Giuliano¹⁵. Tutto questo è ben visibile, come evidenziato a suo tempo, nel caso di (Ulp. 16 *ad ed.*) D. 6.2.11.4-5¹⁶, dove la previsione generale di Giuliano – secondo cui, in presenza dei requisiti per cui avrei potuto usucapire la schiava, se non fosse stata *furtiva*, potrò, se non consapevole di questo suo stato, usucapire il figlio frattanto generato e disporre, prima che il tempo relativo sia trascorso, dell'*actio Publiciana* – costituisce il punto di avvio dell'analisi di Pomponio, che estende quella disciplina per il bambino nato dalla figlia dell'*ancilla*, o al caso in cui egli sia stato generato, ma non propriamente partorito dalla schiava, in quanto questa sia premorta e il figlio ne sia stato estratto '*exsecto ventre eius*'.

Prive di un immediato riscontro nelle teorie di Giuliano sono invece le soluzioni del nostro giurista conservate nei successivi paragrafi dello stesso frammento¹⁷. Si tratta infatti di una minuziosa analisi, ormai lontana

¹⁴) E soprattutto se guardiamo a ognuno di questi giuristi preso isolatamente: a destare stupore è piuttosto, nell'insieme, la coincidenza di quell'assenza, come un vuoto – per l'oggettività di un silenzio o una scelta dei referenti – nella memoria degli autori posteriori.

¹⁵) Che dell'*actio Publiciana* doveva occuparsi, non troppo estesamente, nel VII libro dei *Digesta*, assieme alla *rei vindicatio*: LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 331 ss. I relativi frammenti sono tutti costituiti da citazioni compiute da Ulpiano nel XVI libro *ad edictum* (quindi in *sedes materiae*).

¹⁶) (4) '*Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis Publicianam habebam*'. (5) '*Idem est et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est, ut et Pomponius libro quadragensimo scripsit*'. Abbiamo già esaminato questi paragrafi, con particolare attenzione al rapporto fra l'enuenziazione generale di Giuliano e l'indagine casistica di Pomponio, *supra* II.4.II.5 ove bibliografia.

¹⁷) Mi riferisco a D. 6.2.11.6-10: (6) '*Idem ait aedibus emptis, si fuerint dirutae, ea quae aedificio accesserunt huiusmodi actione petenda*'. (7) '*Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei qui accedit: et ideo si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, et ad partem*'.

dall'ipotesi contemplata dallo scolarca sabiniano, e volta piuttosto a riconoscere la fruibilità dell'*actio Publiciana* in altri cinque casi. Così è nell'ipotesi (§ 6) di *emptio* di un edificio, che sia poi andato distrutto, rispetto alle *res* per cui vi fu accessione all' '*aedes*' – ove era forse motivo di dubbio il particolare regime di quiescenza della proprietà dei materiali della costruzione, ove sia diverso il *dominus* di questi e del fondo.

Analoga soluzione nel caso (§ 7) di un'accessione per alluvione, a seguito della quale si forma un'unità organica del tutto, ove l'incremento fluviale condivide pienamente, ai fini dell'esperibilità dell'*actio Publiciana*, lo stato del fondo principale¹⁸. La situazione è in certo senso inversa (una *res* acquistata nella sua intierezza, e di cui sono poi scisse delle parti), ma analoga la disciplina, nel § 8, ove Pomponio prevede che l'*actio Publiciana* relativa a statue acquistate con compravendita consensuale si estenderà anche alle loro '*partes recisae*'¹⁹. L'azione in parola è infine accordata (§§ 9 e 10) tanto in riferimento all'area che all'*insula*, nel caso in cui sia stata *empta* la prima e costruita dall'acquirente la seconda, oppure sia stata comprata l'*insula* e questa '*ad aream pervenit*'²⁰.

Attraverso questa ricognizione, viene restituito quello che doveva essere uno dei principali canoni del lavoro di Pomponio, teso a una rassegna tendenzialmente esaustiva dei casi già presenti agli interpreti, o astrattamente ipotizzabili. Molte di queste soluzioni non risultano ardite o sorprendenti, né derogano ai principi in tema di accessione: esse però si contrappongono, come detto, a un vuoto di precedenti testimonianze giurisprudenziali, e dovevano comunque apparire meritevoli per la minuziosa concretezza della loro formulazione, quasi un ponte tra certe faticose astrazioni di Giuliano (che '*generaliter dicit*') e l'universo infinito dei fatti.

quae per alluvionem accessit. et ita Pomponius scribit. (8) Idem adicit et si statuae emptae partes recisae petantur, similem actionem proficere. (9) Idem scribit, si aream emero et insulam in ea aedificavero, recte me Publiciana usurum. (10) Item, inquit, si insulam emi et ad aream ea pervenit, aequo potero uti Publiciana. Su questi paragrafi, C. APPLETON, *Histoire de la propriété Prétorienne et de l'action Publicienne*, I, Paris 1889, p. 123 s., E. CARUSI, *L'azione publiciana in diritto romano*, Roma, 1889, p. 206 s., BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., p. 194, P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli, 1980, p. 23, nonché la *rec.* di P. VOGLI, in «*Iura*», XXI, 1970, p. 236, P. MADDALENA, «*accedere*» e «*cedere*» nelle fonti classiche, in «*Labeo*», XVII, 1971, p. 175 s.

¹⁸) Sul punto soprattutto MADDALENA, *Gli incrementi*, cit., p. 23, ID., «*Accedere*», cit., p. 175 s., che sottolinea il rilievo di un'altra testimonianza pomponiana: 34 *ad Sab.*, D. 43.20.3.2.

¹⁹) Sulla nozione di '*pars*' quale emergente da questo e altri testi, BRETONNE, *loc. cit.*

²⁰) Sia stata cioè più tardi demolita, col che verrà in rilievo il nudo suolo: APPLETON, *op. cit.*, p. 124.

Diverso è il profilo del regime dell'*actio Publiciana* affrontato da Pomponio, lontano da ogni possibile raffronto con altri contributi, in (Ulp. 16 *ad ed.*) D. 6.2.7.14²¹:

Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur.

Interessante, ma difficile da ricostruire, è qui il rapporto tra la formulazione generale che apre il testo e le specifiche soluzioni attribuite a Pomponio. Ulpiano sta infatti esaminando, dal § 11, l'espressione edittale '*qui bona fide emit*', per definire i casi in cui un'attività dolosa precluda l'esperimento dell'*actio Publiciana*. L'irrelevanza di un comportamento simile tenuto prima o dopo la conclusione della compravendita è così raffigurata come una conseguenza che Pomponio desumeva dal principio '*Publiciana tempus emptionis continet*'²², al quale Ulpiano faceva seguire (§ 15) quello secondo cui '*bonam autem fidem solius emptoris continet*'.

Non può però escludersi anche il fenomeno inverso, ossia che quell'ampia formulazione sia ascrivibile al solo Ulpiano, e che in essa venisse restituito un più disorganico quadro di soluzioni pomponiane. Nell'un caso e nell'altro, affiora una tecnica di lavoro simile a quella riscontrata nel precedente frammento: un impegno, da parte del nostro giurista, a una diagnosi casistica, attraversata da poche e faticose astrazioni, e che pure offriva, in tanta penuria, il primo modello interpretativo di cui dar conto.

II.2. La tutela contro il '*ensor qui falsum modum dixerit*'

La nostra ricognizione ha preso le mosse dalla significativa compresenza, in un

²¹) Su questo passo (che conserva la prima dottrina attribuibile – seguendo LENEL, *Palägenesia*, II, cit., c. 27 – all'analisi pomponiana della materia), O. LENEL, *Beiträge zur Kunde prätorischen edicts*, Stuttgart, 1878, p. 49 (= *Gesammelte Schriften*, I, cit., p. 215, da cui citeremo), APPLETON, *Histoire*, I, p. 171 nt. 13 ove bibliografia, CARUSI, *L'azione publiciana*, cit., p. 174 s., O. LENEL, *Nachträge zum Edictum perpetuum*, ora in *Gesammelte Schriften*, II, Napoli, 1990, p. 427 ove bibliografia, P. APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nießteigentümer*, in «ZSS.», XCIX, 1982, p. 160.

²²) Su cui LENEL, *Nachträge*, cit., p. 427 ove bibliografia. Circa il rapporto fra questa disciplina e la dottrina giulianea riferita nel § 17 (che richiede la buona fede al momento della '*traditio rei emptae*'), APPLETON, *op. cit.*, p. 171 nt. 13 ove bibliografia, CARUSI, *op. cit.*, p. 175 s. (che intende il '*tempus emtionis*' come «riunione», invero non chiarissima, di due momenti distinti quali «conclusione della vendita e consegna della cosa»).

titolo come il *'De his quae cuiusque in bonis sunt'*, di mezzi di natura propriamente pretoria accanto a forme di tutela di tradizione strettamente civilistica. Il contributo di Pomponio relativo all'*actio Publiciana*, per quanto forse non pervenisse a innovazioni eclatanti né si discostasse molto da una rigida analisi casistica, ha offerto un esempio del lavoro che egli conduceva sulla prima categoria di interventi. Ancor più indicativo è al riguardo – a parte un'importante, ma circoscritta soluzione in tema *'De aleatoribus'*²³ – il suo articolato contributo attorno a un'*actio in factum*, come quella promessa contro il *'mentor qui falsum modum dixerit'*.

Molte delle dottrine conservate da Ulpiano sono state, per l'aperta approvazione che questi vi riserva, già esaminate. Vi affiorano linee metodiche e persuasioni di fondo che anche altrove sorreggono il lavoro di Pomponio sull'editto: al centro troviamo la discussione circa i requisiti per la legittimazione attiva e passiva, nonché – sotto il profilo, rilevante nel primo senso, dell'*'interesse falsum modum renuntiatum non esse'* – un esame del carattere complementare dell'*actio in factum* e dei suoi rapporti con le azioni (contrattuali o di altra natura) fruibili dal contraente danneggiato dall'agrimensore.

La concessione dell'azione era quindi prevista dal pretore contro quest'ultimo, per il caso in cui abbia – con dolo o *'culpa lata'*²⁴ – indicato una falsa misura. In proposito, Pomponio valutava in maniera rigida l'aspetto della condotta, mentre dilatava, ai fini della legittimazione passiva, il requisito soggettivo. Come apprendiamo da (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 11.6.7.2²⁵, egli optava infatti per un'interpretazione che presenta, secondo le nostre categorie, uno spiccato carattere estensivo-teleologico, in quanto tesa ad apprestare comun-

²³ Mi riferisco a (Ulp. 23 *ad ed.*) D. 11.5.1.3 (*'Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat an et si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. et est relatam apud Pomponium solummodo poenalem actionem denegatam, quod non puto verum. Praetor enim simpliciter ait 'si quod subtractum erit, iudicium non dabo'*), esaminato *supra* I.2.V ove bibliografia. Qui è sufficiente ricordare come al centro dell'interesse pomponiano fosse la previsione circa la non concessione di *iudicium* per ciò che è stato dolosamente sottratto al titolare della bisca. Come in altre occasioni la soluzione passava attraverso un'interpretazione letterale, il cui fulcro era – come in D. 44.7.37.pr., D. 4.3.1.4-6 e D. 4.3.7.pr. – la determinazione del significato di *actio* (stavolta *furti*). Un'espressione in cui Pomponio scorgeva un riferimento del pretore alla sola *actio poenalis*, secondo una posizione che Ulpiano – più aderente alla lettera editale, che nella sua indeterminatezza sembra avere una portata generale, e forse anche interessato a un inasprimento, di efficacia «generalpreventiva», della previsione editale – avrebbe decisamente disapprovato.

²⁴ Si veda (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 11.6.1.1, nonché *supra* I.2.IV ove bibliografia.

²⁵ *'Nec non illud quoque Pomponius dicit etiam in eum, qui mentor non fuit, fefellit tamen in modo, competere hanc actionem'*. Su questo passo, per tutti, WESENER, *Actiones ad exemplum*, cit., p. 230 s., GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 134.

que tutela al contraente leso dall'inesatta quantificazione rimessa a un terzo, sia egli *mentor* o meno.

Una posizione che sarà recepita, fino a costruirne un punto nodale, nell'argomentazione di Ulpiano, il quale – dopo aver rilevato in D. 11.6.5.2 che *'hoc iudicium latius praetor porrexit'*²⁶, e aver ribadito (D. 11.6.7.1) la concessione dell'*actio* contro il *mentor machinarius*, si varrà (§§ 3-4) proprio del principio delineato da Pomponio (ma anche di una pronunzia imperiale) per affermare la legittimazione passiva di *architectus* e *tabularius*²⁷. Ma è una linea interpretativa che affiora di nuovo, da parte del nostro autore, nel riconoscimento di un legittimato passivo, oltre che nel *'mentor propter iudicium adhibitus'*²⁸, anche nel *mentor* ausiliario del giudice e non richiesto dalle parti: un'ipotesi in cui il requisito di un incarico conferito dai contendenti doveva lasciare spazio, pur non senza cautela, all'effettiva salvaguardia degli interessi del soggetto leso²⁹.

Restrittiva è invece, come accennato, l'interpretazione del giurista antoniniano in merito alla condotta che legittimi la concessione dell'*actio in factum*, tanto che egli non stimava fruibile né quest'ultima né un'*actio utilis* nell'ipotesi in cui il *mentor*, anziché indicare dolosamente una falsa misura, ne abbia fraudolentemente ritardato la comunicazione, così da ledere una delle parti (la quale potrà essere tutelata solo mediante *actio de dolo*)³⁰. Ancora rilevante nell'ottica della legittimazione passiva è la precisazione pomponiana circa la sola trasmissibilità attiva della nostra azione³¹, di cui egli sembra sottolineasse – ma il relativo tratto potrebbe essere corrotto, e rimane comunque di non agevole comprensione – il carattere nossale anziché

²⁶) Ma l'esemplificazione proposta sembra alludere ad altre direzioni in cui si sarebbe verificata questa estensione – di carattere analogico, secondo GALLO, *op. cit.*, p. 134 nt. 19.

²⁷) Come scrive WESENER, *op. cit.*, p. 231, «Die Klagemöglichkeit gegen den *architectus* stellt einen Sonderfall des allgemeinen Grundsatzes dar, den Pomponius vertrat, daß die Agrimensoren-Klage *etiam in eum, qui mentor non fuit, fefellit tamen in modo, anwendbar sei*».

²⁸) Verosimilmente da intendere – come scrive L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, p. 100 – come «consulente tecnico nominato dalle parti».

²⁹) Questo il tenore di (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 11.6.3.4 (*'Idem Pomponius scribit, si propter iudicium adhibitus mentor fraudaverit me in renuntiatione, teneri eum, si ob hoc de iudicio minus tuli: plane si a iudice adhibitus contra me renuntiauerit dolo malo, dubitat, an teneri mihi debeat? quod magis admittit'*), per il quale si veda *supra* I.2.IV ove bibliografia.

³⁰) Il passo cui riferirsi (già esaminato *supra* I.2.IV ove bibliografia, ma anche III.5.VI) è (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 11.6.5.pr.: *'Si mentor non falsum modum renuntiauerit, sed traxerit renuntiationem et ob hoc euenit ut venditor liberetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit, haec actio locum non habet: sed nec dari utilem debere Pomponius ait'*.

³¹) Così in D. 11.6.3.5 (*'Hanc actionem heredi similibusque personis dandam Pomponius scribit: sed in heredem similesque personas denegandam ait'*), studiato *supra* I.2.IV ove bibliografia.

adiettizio³².

Quanto alla legittimazione attiva, la necessità di un *'interesse falsum modum renuntiatum non esse'*, implica un regime di complementarietà dell'*actio* contro il *mentor*, nel senso che tale interesse viene meno nella parte che possa disporre di altra soddisfacente forma di tutela. Si tratta di uno dei temi particolarmente cari a Pomponio, così come inconfondibilmente sua – e per più aspetti accostabile alla costruzione in tema di *actio de dolo* – è la previsione circa la fruibilità, in luogo della nostra azione, di una *condictio* o, rispettivamente, di un'*actio ex vendito* da esperirsi contro l'altro contraente da parte del compratore o del venditore che abbiano consegnato più denaro o tradito una maggior quantità di terreno a causa dell'inesatta *renuntiatio*. Il tutto, naturalmente, ove l'insolvenza della controparte non vanifichi questa procedura, imponendo – in perfetta analogia con l'ipotesi di D. 4.3.9.3 – il ricorso all'azione contro il terzo (ossia, in questo caso, lo stesso agrimensore)³³.

La stessa tensione a garantire la maggior effettività possibile alla tutela del contraente danneggiato doveva indurre Pomponio a prevedere un'altra, più articolata protezione dell'*emptor*. Per questo egli infatti ipotizzava – in luogo del ricorso alla *condictio* – la possibilità di promuovere, oltre all'*actio empti* contro il venditore anche l'azione contro il *mentor*, salva l'assoluzione di questi – in quanto ormai venuto meno l'*'interesse'* dell'attore e quindi la sua legittimazione – ove la prima procedura desse l'esito sperato. Non solo invece in caso di totale fallimento di questa (come per insolvenza del convenuto, secondo quanto già previsto per *condictio* e *actio venditi*), ma anche nell'ipotesi di parziale insuccesso, col pagamento, da parte del venditore, di una parte soltanto di quanto richiesto, Pomponio stimava ancora esperibile, *de residuo*, l'azione contro l'agrimensore³⁴.

³²) La citazione cui riferirsi è conservata in D. 11.6.3.6 (*'Servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat'*), sul quale *supra* I.2.IV ove bibliografia.

³³) Le testimonianze da considerare sono in D. 11.6.3.2-3: (2) *'Pomponius tamen scribit, si emptor plus dedit venditori propter renuntiationem, quia condicere potest quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil enim emptoris interesse, cum possit condicere: nisi solvendo venditor non fuit: tunc enim mentor tenebitur. (3) Sed si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus a mensore, consequenter dicit Pomponius non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emptorem, nisi et hic emptor solvendo non sit'*. Ampio esame del passo, con anche una spiegazione dell'opzione in un caso per la *condictio* e nell'altro per l'azione contrattuale, nonché un raffronto con la posizione assunta da Pomponio in D. 19.1.32, *supra* I.2.IV ove bibliografia.

³⁴) Questa dottrina pomponiana, di cui forse Ulpiano segnalava l'interna coerenza (con un *consequenter* che in effetti non sembra una neutra notazione circa i passaggi del suo ragionamento), è leggibile in D. 11.6.5.1 (*'Si cum falsus modus renuntiatum esset, emptor cum*

III. Procedure di tradizione civilistica in senso stretto

III.1. Dottrine in tema di *hereditatis petitio*

L'analisi del *'De his quae cuiusque in bonis sunt'* poneva Pomponio, come detto, a confronto anche con azioni che affondavano le radici nella più risalente tradizione di *ius civile*, e che tutelavano posizioni giuridiche che già in quella trovavano riconoscimento. Ne emerge un contributo, pur frammentario e tutto orientato in una prospettiva processuale, che interessa i maggiori temi dei diritti reali, ma anche significativi aspetti delle obbligazioni *ex delicto* e del diritto ereditario. Pertengono proprio a quest'ultimo le azioni con cui Pomponio verosimilmente apriva – deviando dalla sequenza «cristallizzata» da Giuliano – il commento di questo titolo³⁵.

Due, in particolare, sono le sue testimonianze relative all'*hereditatis petitio*³⁶. La prima è conservata in (Ulp. 15 *ad ed.*) D. 5.3.16.pr.³⁷ e consiste, come già verificato, in una sostanziale adesione al parere di Ottaviano a proposito della disciplina relativa al debitore (del *de cuius* o comunque *hereditarius*) convenuto con *hereditatis petitio*, la cui obbligazione sia sottoposta a termine o condizione. Questi verosimilmente assumeva di essere erede e reclamava quindi l'estinzione del proprio debito per confusione: Ottaviano e Pomponio (la cui soluzione sarà recepita e persino estesa da Ulpiano)³⁸ erano dell'avviso che – per l'esame circa la scadenza del termine, cui è subordinata la condanna del convenuto – debba rinviarsi al momento della pronuncia giudiziale relativa all'*hereditatis petitio*.

venditore ex empto egisset, agere poterit etiam cum mensore: sed si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. quod si non de toto modo qui deerat cum venditore egerit, sed de minore, consequenter scribit Pomponius de residuo cum mensore agi posse), analizzato più ampiamente *supra* I.2.IV ove bibliografia.

³⁵) Si veda *supra* I.3.II.

³⁶) Procedura alla quale Pomponio non sembra dedicasse, in genere, un contributo memorabile: ad essa non sono destinate parti specifiche negli altri commentari, né nella *sedes materiae* del Digesto (D. 5.3) ricorre altrove il nome del nostro autore. Nessuna dottrina pomponiana ci è pervenuta anche in merito alla successiva, e contenutisticamente vicina, disposizione editale (*'Si pars hereditatis petitur'*).

³⁷) *'Quod si in diem sit debitor vel sub condicione, a quo petita est hereditas, non debere eum damnari. rei plane indicatae tempus spectandum esse secundum Octaveni sententiam, ut apud Pomponius scriptum est, an dies venerit: quod et in stipulatione condicionali erit dicendum. si autem non venerit, cavere officio iudicis debeat de restituendo hoc debito, cum dies venerit vel condicio extiterit'*. Un più approfondito esame di questo passo *supra* II.3.II.2 ove bibliografia.

³⁸) Secondo il quale la medesima disciplina dovrà apprestarsi nel caso di *stipulatio condicionalis*, come apprendiamo dalla seconda parte di D. 5.3.16.pr.

Ascrivibile al solo Pomponio, e non priva di integrazioni nella recezione severiana, è invece la disciplina per un'ipotesi di deterioramento, ad opera del possessore, di un bene appartenente all'asse ereditario, prospettata in (Paul. 20 *ad ed.*) D. 5.3.36.2³⁹. Pomponio prevedeva al riguardo un concorso elettivo, previa *cautio*, fra *hereditatis petitio* e *actio legis Aquiliae*: una soluzione accolta da Paolo⁴⁰, ma con un'importante integrazione, ai cui sensi quel concorso (elettivo) di azioni sarà infatti ammissibile solo ove il danno si sia verificato mentre l'eredità era ancora giacente (*'ante aditam hereditatem'*), mentre se esso è stato posto in essere nel periodo successivo (e tuttavia sempre precedente la *litis contestatio*), non si terrà conto, ai fini della *restitutio*, dei danni prodotti, e dovrà quindi farsi ricorso (esclusivamente) all'*actio legis Aquiliae*⁴¹.

Queste citazioni non consentono, sia per la specificità dei casi discussi sia per la distanza che fra loro intercorre, un quadro generale circa caratteri e indirizzi dell'analisi pomponiana sull'*hereditatis petitio*. Mi sembra però affiorarvi una tendenza analoga a quella riscontrabile a proposito di un'altra azione fruibile dagli eredi (*l'actio familiae erciscundae*), nel cui ambito il nostro giurista faceva rientrare anche una cognizione sui danni prodotti dal coerede (almeno) usufruttuario⁴². In entrambi i casi, quindi, un *petere* e un (*h*)*erciscere* che non si arrestano al dato materiale del posseduto o del *relictum*, ma vengono dilatati – secondo uno sforzo che, nel secondo caso, è ancor più visibile, ma che forse anche nel primo veniva attuato senza le debite distinzioni – a una serie di fatti ed elementi che incidono sull'asse ereditario, e che è giusto e conveniente addebitare, con la stessa procedura, al terzo possessore o al coerede.

³⁹) *'Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae ommissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus. nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem'*. Sul passo, *amplius, supra* I.2.V ove bibliografia.

⁴⁰) Solo al quale sembra da attribuire, anche sintatticamente, il tratto da *'quae electio locum habet'*.

⁴¹) Sugli altri casi (in cui però il riferimento è talvolta a danni provocati prima dell'adizione ereditaria), prospettati da Pomponio, Paolo e Ulpiano, in cui tale *actio* è accordata all'*heres* – o, come in Ulp. 18 *ad ed.*, D. 9.2.13.3, al legatario –, BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., p. 68.

⁴²) Il testo cui più giova riferirsi è in tal senso (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.16.4. Abbiamo esaminato *supra* II.4.II.5 ove bibliografia, come esso attesti che in un ordine di idee non lontano da Pomponio dovesse porsi – anche senza ipotizzare reciproche citazioni – Salvio Giuliano.

III.2. L'indagine sulla *rei vindicatio*

III.2.1. *Confusione e commistione*

Autentico paradigma dell'azione civile (e dell'*actio in rem*) – dietro alla quale è dato rintracciare una storia antichissima, che rimonta ai primordi dell'esperienza processuale romana – è la *rei vindicatio*. Pomponio doveva occuparsene, nell'*ad edictum*⁴³, prima dell'*actio Publiciana*, a partire dalla seconda parte del XXXVI libro e fino al XXXIX⁴⁴: a conservarne notizia sono, secondo un vistoso sovvertimento dell'usuale proporzione, quattro citazioni di Paolo e tre di Ulpiano. In esse il discorso del nostro giurista si mantiene ancorato a profili processuali, ma non senza ritagliare segmenti di disciplina «sostanziale» in tema di frutti, confusione, comunione e *servus fugitivus*, per poi aprirsi ad autentiche digressioni, collegate a un uso particolare e senz'altro atipico della *rei vindicatio*⁴⁵.

Quanto ai frutti, abbiamo già rilevato l'adesione di Pomponio alla teoria di Trebazio secondo cui il possessore sarà tenuto alla restituzione (o, in caso diverso, ci dovrà essere *aestimatio*) dei frutti effettivamente percepiti e di quelli che '*honeste*' sarebbero potuti esserlo, così che saranno da computarsi, qualora il bene sia perito per dolo o colpa del convenuto, i frutti che sarebbero stati prodotti fino al momento della sentenza⁴⁶.

Più articolato il discorso per la disciplina della *confusio* (e *commistio*), in merito alla quale il contributo di Pomponio – non privo di importanti innovazioni – è restituito da due richiami ulpiane. Il primo è contenuto in (16 *ad ed.*) D. 6.1.3.2⁴⁷:

⁴³ Per l'*ad Sabinum* non è priva di incertezze (come già segnalato da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 139) l'attribuzione alla *rei vindicatio* del XXXI libro, mentre non sembra esservi una specifica *sedes materiae* all'interno dell'*ad Quintum Mucium*.

⁴⁴ Questi i dati cui siamo pervenuti – non senza un ampliamento e una problematizzazione della inversione fra *actio Publiciana* e *rei vindicatio* che era stata scorta sin da Lenel – *supra* I.3.II.

⁴⁵ Sul quale *infra* paragrafo seguente.

⁴⁶ Il testo cui riferirsi è (Paul. 21 *ad ed.*) D. 6.1.33 ('*Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt. et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, veriore putat Pomponius Trebatii opinionem putantis eo usque fructuum rationem habendam, quo usque haberetur, si non perisset, id est ad rei indicandae tempus: quod et Iuliano placet. hac ratione si nuda proprietatis dominus petierit et inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habetur*'), più analiticamente studiato *supra* II.2.II.3 ove bibliografia.

⁴⁷ In proposito si vedano F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, VI, Milano, 1888, p. 132, BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., p. 27, M. PAMPALONI, *Appunti sulla Confusione e sulla*

Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

Al centro del testo – di cui sembra ormai pacifica la sostanziale genuinità⁴⁸ – è l'ipotesi di una confusione o commistione⁴⁹ di beni della medesima natura, tale da impedire una loro successiva distinzione. Nessun cenno è qui compiuto alla volontà dei proprietari delle *res* circa il fenomeno in esame: un elemento che troveremo invece al centro di un'altra distinzione pomponiana, e che

Commistione, in «BIDR.», XXXVII, 1929, p. 34 s., G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, p. 61, 154 s., FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 87 ss., GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision*, cit., p. 83, M. KASER, *Natürliche Eigentumsverwerksarten im altrömischen Recht*, in «ZSS.», LXV, 1947, p. 240 s., P. VAN WARMELO, *Aspects of joint Ownership in roman law*, in «T.», XXV, 1957, p. 134 ss., G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano. I. La procedura formulare*, Torino, 1958, p. 183 s., M. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in «T.», XXIX, 1961, p. 186 ss., A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, p. 201, G. BROGGINI, *Pluris petitio*, ora in *Coniectanea*, cit., p. 651, M. KASER, *Adiudicare bei der actio finium regundorum und bei den Vindikationen*, in «Symbolae David», I, cit., p. 107, A. WACKE, *Die Zahlung mit fremden Geld. Zum Begriff des pecuniam consumere*, in «BIDR.», LXXIX, 1976, p. 117, G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, p. 71 s., B. SCHMIDLIN, C.A. CANNATA, *Droit privé romain*, I, Lausanne, 1984, p. 180 s., ARICO ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., in particolare p. 429 ss., M.J. SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung von Vermischung und Verarbeitung im klassischen römischen Recht*, in «RIDA.», XXXIX, 1992, p. 239 s. e nt. 12, ID., *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, p. 164 ss. ove bibliografia, ID., *Teilvindikation oder Teilungsklage? Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht*, in «ZSS.», CX, 1993, in particolare p. 135 ss. ove bibliografia (tre studi esemplari, cui possiamo per molti aspetti rinviare), KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 326, MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., p. 194.

⁴⁸) Così, al di là del rilievo circa qualche imperfezione formale (come «*possint*» in luogo del più corretto «*possit*»), SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 164 ove bibliografia, ID., *Teilvindikation*, cit., p. 136. Sostanzialmente conservativo, diversamente che per D. 6.1.5.pr., era anche l'approccio di VAN WARMELO, *Aspects*, cit., p. 135 s. Pensava a possibili corruzioni, ma non a una vera e propria interpolazione, FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 88.

⁴⁹) Individuava nel nostro passo una testimonianza del fatto che Pomponio «does not distinguish (like Justinian) between *commixtio* and *confusio*», secondo un'impostazione già abbandonata nel periodo «post-classico», VAN WARMELO, *Aspects*, cit., p. 136, mentre riteneva che in origine egli si fosse riferito solo a un'ipotesi di confusione, PAMPALONI, *Appunti*, cit., p. 35 (ove anche altre ipotesi di corruzione del passo). Più in generale, sul significato di («*conflare*») «*confundere*» e «*commiscere*» nei testi giurisprudenziali, SCHERMAIER, *Teilvindikation*, cit., p. 125 ss.

sembra posto alla base – per essere però sostanzialmente vanificato – della costruzione attribuita al Gaio delle *Res cottidianae*⁵⁰. Quanto al bene risultante dalla confusione o commistione, ne è segnalato il carattere ‘*commune*’, ma evidentemente nel senso di una ‘*communio pro diviso*’⁵¹, il cui scioglimento non avrà luogo attraverso *actio communi dividundo*. L’esclusione di tale procedura risulta anzi il presupposto non detto, ma fondante la disciplina di Pomponio, che precisa piuttosto come i proprietari avranno a disposizione una *rei vindicatio*, naturalmente relativa non all’insieme (‘*non totum ...*’) ma alla rispettiva parte (‘*... pro rata*’), così da atteggiarsi – ove sia indefinita la percentuale da ciascuno apportata alla massa complessiva – come *vindicatio incertae partis*⁵².

La portata di questa soluzione si chiarisce – inserendosi in un’organica ricognizione, senza equivalenti nelle trattazioni coeve – alla luce delle citazioni conservate in (Ulp. 16 *ad ed.*) D. 6.1.5.pr.-1⁵³:

⁵⁰) Torneremo più ampiamente sul punto trattando di D. 6.1.5.pr. (e del confronto con Gai. 2 *rer. cott.*, D. 41.1.7.8-9). La presenza di questo riferimento alla *voluntas* in una dottrina di Pomponio e non nell’altra conduceva VAN WARMELO, *Aspects*, cit., p. 135, a stimare genuino D. 6.1.3.2 e frutto di interpolazione la distinzione (in D. 6.1.5.pr.) fra commistione volontaria e involontaria. Una persuasiva critica è però in SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 164, ID., *Teilvindikation*, cit., p. 136 s. Meno condivisibile la decisa affermazione di MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., p. 194, secondo cui in D. 6.1.3.2 avremmo senz’altro «un caso di confusione o commistione di cose, avvenuta senza la volontà dei proprietari»: si tratta solo di un’ipotesi (pur plausibile) che il silenzio di Pomponio non rende assolutamente certa.

⁵¹) Così KASER, *Natürliche Eigentumserwerbsarten*, cit., p. 240, seguito da SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 171.

⁵²) In tal senso, per tutti, SEGRÈ, *op. cit.*, p. 154 s., PROVERA, *La pluris petitio*, cit., p. 183 s., KASER, *Adindicare*, cit., p. 107, SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., p. 72, SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 171 s., ID., *Teilvindikation*, cit., p. 136, MAGANZANI, *op. cit.*, p. 194; di diverso avviso ARICO ANSELMO, *op. cit.*, p. 434 e nt. 137. Meno chiaro il primo dei tre interrogativi che VAN WARMELO, *Aspects*, cit., p. 137 si pone a proposito del nostro passo («if the usual actions for division are not allowed by Pomponius, how does each party claim his share?»). Ancor meno persuasiva l’ipotesi (risalente a I. Cromme, per me irreperibile), secondo cui Pomponio avrebbe pensato a un concorso elettivo tra *vindicatio pro parte* e *actio communi dividundo*: giuste osservazioni sono in SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 171 s. Quanto alle ragioni che imponevano questa struttura della *vindicatio*, ampie indicazioni in MAGANZANI, *loc. cit.* ove bibliografia, ma si veda già F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nacht Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, VI, cit., p. 132.

⁵³) Su questi paragrafi si vedano GLÜCK, *Commentario*, VI, cit., p. 131 ove bibliografia, C. FERRINI, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, ora in *Opere*, IV, Milano, 1930, p. 82 ss., S. PEROZZI, *Materia e species*, in «BIDR.», III, 1890, p. 216 s., 233 s., PAMPALONI, *Appunti*, cit., p. 34 s., SEGRÈ, *Corso di diritto romano. La comproprietà*, cit., p. 61, 154 s., FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 87 ss., GAUDEMET, *Étude*, cit., p. 83 s., KASER, *Natürliche Eigentumserwerbsarten*, cit., p. 241, 247, ID., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 287, P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*

(pr.) Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio. (1) Idem scribit, si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen.

Cinque sono le fattispecie che vengono qui esaminate, e disciplinate secondo un complesso intreccio di criteri, dalla presenza o assenza di una volontà dei *domini* in merito alla confusione, dalla diversità o meno di natura fra le *res*, all'alterità della *species* del prodotto rispetto alle sue componenti, fino alla separabilità o meno degli stessi all'interno del bene composto. Così nel caso di

(*Corso di diritto romano*), Padova, 1952, in particolare p. 250 s., W. OSUCHOWSKI, *Des études sur les modes d'acquisition de la propriété en droit romain. Recherche sur l'auteur de la théorie électorique en matière de la spécification*, in «Studi Arangio-Ruiz», III, cit., p. 41 ss., F. WIEACKER, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, in «Festschrift E. Rabel», Tübingen, 1954, p. 274, 287, A. MOZZILLO, *Note in tema di specificazione*, in «Scritti giuridici per il centenario della Casa Editrice Jovene», cit., in particolare p. 729 s., M. MAYER MALY, *Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, in «ZSS.», LXXIII, 1956, p. 148 s., VAN WARMELO, *Aspects of joint ownership*, cit., in particolare p. 134 ss., PROVERA, *La pluris petitio*, cit., p. 183 s., KASER, *Das Geld*, cit., p. 186 ss., J.A.C. THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, in «Melanges Ph. Meylan», Lausanne, 1963, p. 352 s., ID., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in «ZSS.», LXXXI, 1964, p. 125 s., LIEBS, *Gain und Pomponius*, cit., p. 72, KASER, *Adiudicare*, cit., p. 107, A. CALONGE, *Breve exegesis en materia de especificacion*, in «Studi Grosso», II, cit., p. 204 s., B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in «BIDR.», LXXII, 1969, p. 113 ss. nt. 64 ove bibliografia, SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., p. 71, G. THIELMANN, *Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung im römischen Recht*, in «De iustitia et iure. Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1980, in particolare p. 205 ss., 222, 225 s., H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981, p. 316 s., nonché la *rec.* di H. WAGNER, in «Iura», XXXII, 1981, p. 257, M.J. SCHERMAIER, *D. 41,1,24 und 26 pr.: Ein Versuch zur Verarbeitungslehre des Paulus*, in «ZSS.», CV, 1988, p. 473 ss. ove altra bibliografia, nonché la *rec.* di M. TALAMANCA, *Publicazioni pervenute alla direzione*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 880, G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 429 ss., SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung*, cit., in particolare p. 243 ss. ove bibliografia, ID., *Materia*, cit., p. 164 ss., ID., *Teilindikation*, cit., p. 135 ss., O. BEHREND, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in «ZSS.», CXII, 1995, p. 230 s., MAGANZANI, *Gli agrimensori*, cit., p. 194, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 82, 84, 90.

confusio di frumento di diversa proprietà non rileva tanto, agli occhi di Pomponio, la persistente possibilità di *'deduci et separari'* ciò che è confluito nell'unica massa (possibilità esclusa in D. 6.1.3.2)⁵⁴, quanto, e forse di conseguenza, il retrostante intento delle parti. Un'autentica comunione era infatti riconosciuta dal nostro autore solo ove la confusione fosse avvenuta *'voluntate dominorum'* – che è quindi l'unica ipotesi, fra quelle contemplate nei due passi, per cui egli sicuramente stimava fruibile l'*actio communi dividundo* –, mentre in assenza di tale *voluntas* i due proprietari potranno ricorrere a un'*actio in rem*, ossia, verosimilmente, la stessa tipologia di *vindicatio* cui ci si riferiva in D. 6.1.3.2⁵⁵.

Al caso di confusione di frumento voluta dai proprietari alcuni, non precisati giuristi (*'quidam'*) assimilavano l'assemblaggio di vino di un soggetto e miele di un altro in un'unica quantità di *mulsum*, il quale quindi cadeva in una comproprietà scioglibile solo mediante *actio communi dividundo* (§ 1). Ai loro occhi evidentemente non rilevava la sostanziale e irreversibile trasformazione subita dai due elementi: a distinguerne la disciplina rispetto a un vero e proprio caso di *confusio* dovette essere per primo, come è stato rilevato⁵⁶, proprio Pomponio⁵⁷, che vi individuava piuttosto una *specificatio* e optava, in

⁵⁴) E che invece qui è tale – giusta l'insegnamento del passo delle Istituzioni giustinianee (2.1.28) che, come vedremo, riproduce la soluzione di Pomponio e Ulpiano – da far sì che i *'singula corpora'* componenti i beni confusi (ossia i vari grani di frumento) solo per un atto di volontà cadono in comunione, mentre di per sé *'in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint'*.

⁵⁵) Si vedano SEGRÈ, *op. cit.*, p. 154 s., FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., in particolare p. 89 s., PROVERA, *La pluris petitio*, cit., p. 184, KASER, *Adiudicare*, cit., p. 107, SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 172, MAGANZANI *op. cit.*, p. 194. Diversamente – ma con una lettura che proietta sulla dottrina di Pomponio la disciplina di *Iust. Inst.* 2.1.28 più che valorizzarne il nesso con l'altra citazione tratta dal nostro autore – ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 436 s. e nt. 143, secondo cui sarebbe stata applicabile una *«actio in rem in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse ... che non è certamente una vindicatio pro parte»*, e anzi si propone come «una particolare forma di *vindicatio* per il *totum* (pro modo frumenti)».

⁵⁶) Da SCHERMAIER, *Teilvindikation*, cit., p. 139, che parla della «Abgrenzung von Vermischungs- und Verarbeitungsrecht» come «eine pomponische Neuerung».

⁵⁷) Nessun dubbio che in lui debba essere identificato l'*'ipse'* che *'significat'* ciò che anche Ulpiano stima «più vero» rispetto alla soluzione dei *'quidam'*: così, implicitamente, THOMAS, *Locatio*, cit., p. 125 s., ma anche SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung*, cit., p. 246, ID., *Teilvindikation*, cit., p. 137, BRETONE, *I fondamenti*, cit., in particolare p. 90. E' stata anche ipotizzata l'attribuzione a Pomponio dell'espressione *'sed puto verius'* che sintatticamente apparirebbe invece di paternità ulpiana: FERRINI, *Appunti*, cit., p. 82 ss., SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., p. 113 s. nt. 64 (che, in aderenza al precedente A., reputava così che Ulpiano trascrivesse l'opinione di Pomponio per poi esporre la propria, difforme dottrina, di stampo sabiniano, omessa dai giustinianei), THIELMANN, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 206 ove altra bibliografia, SCHERMAIER, *D. 41,1,24*, cit., p. 473 s., ID., *Materia*, cit., p. 165 s.

aderenza al «dogma» proculiano⁵⁸, per il riconoscimento di un acquisto (a titolo originario) di proprietà in capo all'autore della trasformazione⁵⁹.

Diversamente da D. 6.1.3.2 e D. 6.1.5.pr., incontriamo ancora ipotesi in cui vengono uniti (previa, stavolta, commistione) beni di diversa natura nella seconda parte del § 1⁶⁰. Pomponio si atteneva qui a quel criterio di separabilità che era accennato in D. 6.1.3.2 («... *ut deduci et separari non possint* ...») e solo

⁵⁸) Risalente appunto a Nerva e Proculo, come apprendiamo da (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 41.1.7.7, più che dalla consueta anonima perifrasi di Gai., *Inst.* 2.79 (ho esaminato i due passi in *Il modello delle scuole*, cit., p. 53 s., 69 s. ove ampia bibliografia). Circa l'adesione di Pomponio a questa posizione, o comunque la sua distanza da quella fatta propria da Sabino, per tutti, FERRINI, *Appunti*, cit., p. 82 ss., VOCI, *Modi di acquisto*, cit., p. 250 s., OSUCHOWSKI, *Des études*, cit., p. 42 s. (che però non esclude una vicinanza di Pomponio alla «*théorie eclectique*»), THOMAS, *Non solet locatio*, cit., p. 352 s., ID., *Locatio*, cit., p. 125, CALONGE, *Breve exegesis*, cit., p. 204 s. e nt. 28 s., SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., p. 113 ss. nt. 64, THIELMANN, *Zum Eigentumsvererb*, cit., p. 205, 207, SCHERMAIER, *D. 41,1,24*, cit., in particolare p. 475, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 84, 90. Il termine «dogma» è usato nel testo secondo l'accezione che ho cercato di chiarire in *Il modello delle scuole*, cit., p. 58 e nt. 264 ove bibliografia.

⁵⁹) Sembrano ormai superati i sospetti di interpolazione avanzati (ad esempio da PEROZZI, *Materia*, cit., p. 234 e MOZZILLO, *Note*, cit., p. 720) attorno al tratto «*sed puto verius ... non continet*»: SCHERMAIER, *Teilvindikation*, cit., p. 137 ove altra bibliografia. La dottrina di Pomponio è sorretta dalla persuasione (da tempo collegata a orientamenti stoici: SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung*, cit., p. 247 ss. ove ampia bibliografia) che il prodotto finale non presenti più «*suam speciem pristinam*», laddove – come scrive BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 82, in superamento dei dubbi di SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 193 – il miele e il vino risultano «*species* come cose individue, *materia* come componenti del *mulsum*». Questa elaborazione in tema di specificazione (assieme al contenuto, cui accenneremo, di D. 41.1.27.1) ha lasciato supporre (soprattutto a WIEACKER, *Spezifikation*, cit., p. 274, ma si vedano anche OSUCHOWSKI, *Des études*, cit., p. 43, MAYER MALY, *Spezifikation*, cit., p. 149, LIEBS, *Gaius*, cit., p. 72, NELSON, *Überlieferung*, cit., p. 316 s.) che in Pomponio fosse già traccia della «*media sententia*» (esposta nel gaiano D. 41.1.7.7, e applicata da Paolo in D. 32.78.4, D. 41.1.24 e D. 41.1.26.pr.) che avrebbe chiuso la controversia di scuola: diversamente, e con buone argomentazioni (soprattutto nel rilievo che «*Pomponius und Ulpian verwenden das Argument der materia manens hier in anderer Bedeutung als Paulus, nämlich als Abgrenzungskriterium zwischen Vermischung und Verarbeitung*»), SCHERMAIER, *D. 41,1,24*, cit., p. 475 s. Ritiene che «con la *media sententia* ... non ha niente a che fare Pulpiano D. 6, 1, 5, 1», anche BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 90; ma nella medesima direzione erano già FERRINI, *Appunti*, cit., p. 82 ss., VOCI, *Modi di acquisto*, cit., p. 250 s. (almeno per ciò che concerne la posizione di Pomponio), CALONGE, *Breve exegesis*, cit., p. 204 s. e nt. 28 s., SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., p. 113 ss. nt. 64, THIELMANN, *Zum Eigentumsvererb*, cit., p. 207.

⁶⁰) Rispetto al quale sono da rilevare solo guasti formali, come il carattere verosimilmente glossematico delle due spiegazioni («*quia deduci possit ... quia separari potest*») e la tautologia, o comunque inegnanza, della frase «*agetur autem in rem actio*»: THOMAS, *Locatio*, cit., p. 126, SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., p. 114 nt. 64, SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung*, cit., p. 245, ID., *Teilvindikation*, cit., p. 138 ove altra bibliografia.

implicito nel *principium* del nostro frammento: tale caratteristica era riscontrabile nell'assemblaggio di piombo e argento, così che doveva escludersi la costituzione di una comproprietà e il ricorso all'*actio communi dividundo*, per fare piuttosto luogo a un'*actio in rem*⁶¹. Viceversa, nella commistione di rame ed oro, non era più dato distinguere le due componenti, ma neppure si determinava – come per il *mulsum* – una specificazione, permanendo, sebbene confuse, l'una e l'altra materia, così che Pomponio avrebbe di nuovo accordato una *vindicatio pro parte*, come se si trattasse di quantità, sempre di proprietà di due soggetti, ma solo di argento (D. 6.1.3.2) o di frumento (D. 6.1.5.pr.)⁶².

Come accennato, questa complessa sequenza di casi, soluzioni e criteri è senza pari in altre testimonianze giurisprudenziali. La coeva esposizione di Gaio (con tutte le cautele che accompagnano l'attribuzione di un passo delle *Res cottidianae*)⁶³ è retta da una sostanziale quadripartizione (confusione o commistione voluta o non voluta dai proprietari, riconducibilità dei beni a '*materiae vel eiusdem generis vel diversae*')⁶⁴, il cui impatto è però sostanzialmente

⁶¹) Forse da intendere nel senso di una «ordinaria *rei vindicatio* (non *pro parte*, ma per il *totum*)»: così ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 431, la quale coglie nell'argomentazione pomponiana «la sottintesa negazione dell'applicabilità della *vindicatio pro parte*».

⁶²) In questa occasione con '*materia*' è da intendere – con SCHERMAIER, *D. 41,1,24*, cit., p. 475 (ma si vedano i rilievi critici di TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., p. 878 ss.) – «die stoffliche Substanz», e non, come in Paolo, «die konkrete Ausgangssache und ihre Wieder- und Weiterverwendbarkeit». Quanto alle azioni fruibili nella nostra ipotesi, è plausibile, ma senza un chiaro conforto nel testo, la congettura di ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 431 ss., secondo cui Pomponio, oltre che richiamare la *vindicatio pro parte*, avrebbe stimato applicabile anche l'*actio communi dividundo*, in quanto si ha qui una situazione (inseparabilità) antitetica a quella per cui era esclusa '*communicatio*' e azione divisoria (da cui la problematica spiegazione del perché Pomponio non accenni affatto al presupposto del reciproco, pacifico riconoscimento della contitolarità del diritto). Una concorrenza di *vindicatio* e *actio communi dividundo* era espressamente esclusa da SEGRÉ, *La comproprietà*, cit., p. 155, FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 91 s. Quanto infine al rapporto con l'ipotesi del *mulsum*, l'equiparazione al quale Pomponio nega espressamente, è fortunatamente rimasta senza seguito la congettura di MOZZILLO, *Note*, cit., p. 729 s., il quale – espungendo come insitico il tratto '*nec quaquam ... manet tamen*' – rovesciava il pensiero del nostro autore, per attribuirgli la valutazione in termini di specificazione del caso «in cui la fusione di metalli diversi dia origine ad una lega».

⁶³) Un cenno all'ampia discussione suscitata da quest'opera e agli indirizzi prudentemente conservativi che si sono recentemente affermati, *supra* III.2.III ove bibliografia.

⁶⁴) Rispetto a queste ipotesi GAUDEMET, *Étude*, cit., p. 83 s. (che però mi sembra troppo enfatizzare le – parziali – vicinanze fra la posizione di Gaio e quella di Pomponio e Ulpiano) individua un'integrazione apportata dal nostro giurista col caso dei grani di frumento, cose che «sans perdre leur individualité de façon absolue, ne peuvent plus être distinguées en pratique».

vanificato dal riconoscimento, in tutti i casi, di una comunione e della conseguente azione divisoria⁶⁵. Se non sembra ipotizzabile, al riguardo, un'assoluta divergenza, e tantomeno l'esistenza di un contrasto di scuola⁶⁶, questa difformità di prospettive, il diverso ruolo attribuito alla volontà dei proprietari e la stessa, differente disciplina delle ipotesi di specificazione rimangono di estremo interesse, non spiegabili solo con le caratteristiche delle opere in cui queste indagini erano svolte⁶⁷.

Come spesso accade⁶⁸, il modello gaiano sarà destinato a una lontana ma consistente fortuna, tanto che le Istituzioni giustiniane si conformeranno principalmente alla disciplina disegnata in D. 41.1.7.8-9⁶⁹, non senza peraltro recuperare, a mo' di eccezione, anche la soluzione pomponiana relativa al frumento⁷⁰. Meno agevole è definire, al di là di questo caso, il successo

⁶⁵) Il testo cui riferirsi è (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 41.1.7.8-9: (8) '*Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum: quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species.* (9) *Sed et si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel eiusdem generis vel diversae, idem iuris est*'. Un serrato confronto fra questo frammento e la costruzione pomponiana è in GAUDEMET, *Étude*, cit., p. 83 s., VAN WARMELO, *op. cit.*, p. 132 ss., ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 430 e nt. 131, SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung*, cit., p. 236 ss., ID., *Materia*, cit., p. 166 ss. (secondo il quale il passo gaiano «keinen Verdacht auf Änderungen ergeben»).

⁶⁶) Si vedano i persuasivi rilievi di SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 166 s., secondo cui l'ipotesi di uno «Schulenstreit» sarebbe indebolita proprio dal diverso ruolo attribuito all'elemento della '*voluntas*' nelle *Res cottidianae* e nell'elaborazione di Pomponio.

⁶⁷) Un aspetto che invece enfatizza SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 171, laddove sottolinea l'andamento casistico della ricognizione pomponiana e il «sistema antitetico» adottato da Gaio, per affermare che «das mag im Lehrbuchcharakter der *Res cottidianae* begründet sein». Sull'impossibilità di considerare la soluzione gaiana come «the unanimous view of the jurists of classical time», già VAN WARMELO, *op. cit.*, p. 133, che indica come divergenti testimonianze, oltre al callistrato D. 41.1.12.1, un testo pomponiano su cui torneremo, ossia D. 41.1.27.1.

⁶⁸) Si veda *supra* III.2.III-IV ove bibliografia.

⁶⁹) Lo verifichiamo in *Iust. Inst.* 2.1.27: '*Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint. sed si diversae materiae sint et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum aut ex auro et argentum electrum, idem iuris est: nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. quodsi fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit*'. La struttura della disciplina approntata da Gaio e lo stesso tenore didattico del suo discorso favorirono verosimilmente questo evidente recupero giustiniano, sebbene sia probabile – come scrive SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 171 – che «der bei Ulpian überlieferte Pomponiustraktat den klassischen Rechtszustand wiederzugeben». Di diverso avviso sembrano SCHMIDLIN, CANNATA, *op. cit.*, p. 180 s.

⁷⁰) Recepta da Giustiniano (come già segnalato da C. FERRINI, *Sulle fonti delle*

riscosso dalla costruzione del nostro giurista. Certo è che almeno la sua differenziazione fra ipotesi di *confusio* e specificazione – non priva di riscontri in altre opere⁷¹ – conoscerà la piena adesione di Ulpiano, laddove Paolo, secondo un'interpretazione, si sarebbe posto proprio sulla linea dei *'quidam'* di cui Pomponio aveva superato la posizione⁷². Né può negarsi che quel «Willensdogma» da questi introdotto per il (solo) caso del frumento conoscerà uno sviluppo tutto particolare – col conferimento di un'assoluta centralità, ma anche un radicale depotenziamento sul piano delle conseguenze – nelle esposizioni didattiche fra Gaio e Giustiniano⁷³.

Istituzioni di Giustiniano, ora in *Opere*, II, Milano, 1929, p. 358) in *Inst.* 2.1.28: *'Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt, quodsi casu id mixtum fuerit vel Titius id miscerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint: sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competat, arbitrio autem iudicis continetur, ut is aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit'*. Nel senso indicato nel testo, con una sostanziale adesione di Giustiniano alla posizione di Gaio, ma anche un recupero dell'«Ausnahmefall» pomponiano, già SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 174, secondo il quale «vermitteln Justinians Institutionen einen kuriosen Querschnitt durch die Entwicklung des Willensdogmas bei der Vermischung».

⁷¹) Penso a (30 *ad Sab.*) D. 41.1.27.1 (*'Ubi simul plura contribuuntur, ex quibus unum medicamentum fit, aut coctis odoribus unguenta facimus, nihil hic suum vere dicere potest prior dominus: quare potissimum existimari, cuius nomine factum sit, eius esse'*), la cui connessione con D. 6.1.5.1 è sottolineata soprattutto da KASER, *Natürliche Eigentumsverhältnisse*, cit., p. 247, SCHERMAIER, *D. 41,1,24*, cit., p. 471 s., ID., *Teilindikation*, cit., p. 139 s. (ove una difesa della sostanziale genuinità del passo dell'*ad Sabinum*). Connessa, ma diversa, è la problematica affrontata nel § 2 dello stesso frammento (con ricerca, nell'ipotesi dell'unione di metalli di diversa proprietà tramite saldatura, dei criteri per determinare il soggetto a favore del quale si verifica l'accessione, oppure, ove questa non sia riscontrabile, risolvere il problema dell'appartenenza del bene), su cui STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., p. 22 s. ove bibliografia.

⁷²) Così SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 172 s., ID., *Teilindikation*, cit., p. 140 ss., in riferimento a (Paul. 21 *ad ed.*) D. 6.1.4 (*'Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit: sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat'*), per il quale non è però agevole ricostruire la casistica originariamente discussa. Da rimeditare mi sembrerebbe poi il riferimento «anche» all'*actio communi dividundo*, ossia in concorso elettivo – come risulta dalla seconda parte del testo – con una *rei vindicatio*, più che con l'*actio furti* o *ad exhibendum* ad altri fini richiamata: un orientamento di cui non scorgo corrispondenze nella soluzione dei *'quidam'* (anche se non deve necessariamente spiegarsi – seguendo FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., in particolare p. 91 s. – con la fattura giustiniana della dottrina paolina).

⁷³) Segue il passaggio dalla costruzione pomponiana al gaiano D. 41.1.7.8 (e il conseguente *Inst. Inst.* 2.1.27), dove viene «entwickelt ... wohl die von Pomponius formulierte Ausnahme zur Regel», SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 173 s., il quale peraltro

III.2.II. Casi di comunione e servus fugitivus

In tema di *rei vindicatio* sono anche conservate, come accennato, alcune riflessioni di Pomponio attorno a particolari ipotesi di comproprietà o di *servus fugitivus*. I risultati cui egli perviene non sono, soprattutto nel primo caso, tali da poter ricostruire una più ampia teoria, ma merita senz'altro di essere ripercorsa la sua acribia di commentatore. Affatto particolare è l'ipotesi, in tema di *communio*⁷⁴, di (Paul. 12 *ad ed.*) D. 6.1.8⁷⁵:

considera inverosimile che il passo delle *Res cottidianae* «den klassischen Rechtszustand wiedergeben». Con ciò sembra alludersi (come già in *op. cit.*, p. 167) alla dubbia paternità dell'opera, così che l'accennato sviluppo sarebbe da intendere piuttosto nell'oggettività dei testi, più che nel rapporto fra i due giuristi antoniniani, o come evoluzione tardoantica della posizione pomponiana. Del resto, anche laddove si accedesse a un'attribuzione più fiduciosa delle *res cottidianae* e si accogliesse la datazione (anni '70) che ne offre HONORÉ, *Gaius*, cit., p. 68, l'incerta datazione del nostro *ad edictum* e quanto osservato (*supra* II.4.I) circa il misterioso rapporto fra Pomponio e Gaio, renderebbe possibile, ma indimostrabile, l'ipotesi dello sviluppo di una teoria del primo presso il secondo. Evidente è infine come né questa relazione con l'apporto gaiano, né l'intera trattazione di Pomponio in tema di *confusio* e *commistio* possa ricevere ulteriore luce dalle citazioni che di lui sono conservate in altri due paragrafi (2 e 5) di D. 6.1.5. Il primo caso (*'Idem scribit, si equam meam equus tuus praegnatam fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est'*) apre una serie di ipotesi non più collegate alla problematica di D. 6.1.3.2 e D. 6.1.5.pr.-1, ma alla necessità di individuare, in fattispecie generalmente dubbie, il soggetto effettivamente proprietario (e quindi il vero legittimato attivo alla *rei vindicatio*) – quale, nel caso di un puledro nato dall'accoppiamento di cavalli di diversa proprietà, non potrà che essere il *dominus* della femmina (torneremo su questo passo *infra* IV.2.II.5). Ancor più lontano è il contenuto del § 5 (*'Si plures sint eiusdem nominis servi, puta plures Erotas, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem'*: alcune osservazioni al riguardo in BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 14, PROVERA, *La pluris petitio*, cit., p. 32 s., 34, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA.», XXVI, 1958, p. 455, G. GANDOLFI, *Studi sulla interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 381 ss. ove bibliografia, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 292, 324, 332), ove è affrontato un aspetto strettamente processuale. Dopo aver infatti rilevato (§ 4) che *'cum in rem agatur, si de corpore conveniat, error autem sit in vocabulo, recte actum esse videtur'*, Ulpiano segue la diversa soluzione per il caso in cui non vi sia propriamente un errore terminologico, ma piuttosto una situazione di incertezza determinata dalla sinonimia del servo rivendicato (ed evidentemente non presente *in iure*: MARRONE, *op. cit.*, p. 455) rispetto ad altri. Ipotesi in cui, ove l'identità dello schiavo non risulti neanche da «una indagine fondata sugli elementi obbiettivi» (così GANDOLFI, *op. cit.*, p. 384), sarà preclusa la possibilità di una pronunzia giudiziale favorevole al rivendicante. Addirittura – secondo GANDOLFI, *op. cit.*, p. 384 – neppure sarebbe stata conclusa una valida *litis contestatio* (è ad essa, in effetti, che si fa riferimento – come rilevava PROVERA, *La pluris petitio*, cit., p. 33 – con la frase *'nec appareat de quo actum est'*) né instaurato un rapporto processuale.

⁷⁴) Una materia sulla quale disponiamo di varie altre testimonianze pomponiane, risalenti soprattutto al XIII libro *ad Sabinum* (si veda LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 116 s.), ma difficilmente collegabili a questa.

Pomponius libro trigensimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantibus petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere: quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.

Si tratta di un fondo in proprietà (*ex aequis partibus*), e senz'altro (*pro indiviso*) di un primo e di un secondo soggetto, mentre ne sono possessori lo stesso secondo soggetto ed un terzo. Ove il possesso di questi ultimi sia indiviso, Pomponio stimava che l'altro condomino non dovesse agire contro i compossessori per un quarto ciascuno, bensì solo contro il terzo soggetto, e per tutta la metà del fondo⁷⁶. La seconda eventualità – che non è certo, ma comunque estremamente probabile, fosse già contemplata da Pomponio (e risolta nel senso che oggi leggiamo)⁷⁷ – è invece costituita dall'ipotesi che secondo e terzo soggetto posseggano sezioni distinte⁷⁸ della metà del fondo (*pro regionibus divisus*). Il primo comproprietario dovrà allora agire nei confronti di entrambi i possessori, in quanto inevitabilmente titolare (in quanto condomino *pro indiviso*) di una quota dei *'certa loca'* da loro posseduti: lo stesso secondo soggetto potrà quindi attivarsi nei confronti del terzo

⁷⁵) Osservazioni su questo testo in F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, V, Milano, 1893, p. 801, ID., *Commentario alle Pandette*, VI, cit., p. 131 s., G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 85, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. II. *La proprietà*, Roma, 1926, p. 97 ove bibliografia, PAMPALONI, *Appunti sulla Confusione*, cit., p. 37, GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision*, cit., p. 503, VAN WARMELO, *Aspects of joint Ownership*, cit., p. 138 s. ove altra bibliografia, ARICO ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 391 s. e nt. 44, 46. Abbiamo accennato a questo testo (sui cui passaggi sospetti si vedano, oltre l'*Index interpol. ad b. l.*, GAUDEMET, *loc. cit.*, VAN WARMELO, *op. cit.*, p. 138 s. e nt. 19) *supra* I.2.V.

⁷⁶) L'attore infatti – come già rilevava GLÜCK, *Commentario*, VI, cit., p. 131 – «non contrasta il diritto del comproprietario, ed è soltanto l'altro compossessore che non ha alcun diritto sulla cosa».

⁷⁷) Confortano in questo senso sia la sintassi e la terminologia del passo (col proseguire dell'infinitiva e la simmetria dei due *'petere me debere'*), sia la sua logica, tanto più che la successiva precisazione di Paolo risulterebbe incomprensibile ove il secondo tratto della distinzione (e quindi quest'ultimo *tout court*) non provenisse da Pomponio ma da lui stesso.

⁷⁸) Evidentemente rappresentate, anche in questo caso, da parti uguali, attesa la successiva precisazione secondo il secondo soggetto deve *'quadrantem petere'* dal terzo.

rivendicando quel quarto del fondo di cui questi aveva la disponibilità.

Come accennato a suo tempo, Paolo⁷⁹ ripercorreva quest'argomentazione di Pomponio con implicito assenso, salvo poi farvi seguire una precisazione che, se non ne stravolge la portata, comunque ne circoscrive l'applicazione, nel senso di escluderla fuori dall'ipotesi contemplata, che è di rivendica di un bene immobile. La distinzione proposta dal nostro giurista non sarà infatti operativa né riguardo a beni mobili né in sede di *hereditatis petitio*, secondo una previsione che – sebbene oggetto di gravi sospetti di alterazione⁸⁰ – trova la sua ragion d'essere, nel primo caso, nell'inidoneità delle cose mobili a essere possedute *pro diviso*, e, nel secondo, verosimilmente, nella specifica disciplina della legittimazione passiva nell'*hereditatis petitio* rispetto alla *rei vindicatio*⁸¹.

Interessante è anche l'analisi di Pomponio, della quale dà sempre conto Paolo, per l'ipotesi in cui lo schiavo oggetto della rivendica fugga dal possessore di buona fede. Vi ricorrono – e sono riconducibili con maggiore o minore probabilità al nostro giurista – vari elementi presenti anche nella sua trattazione di problematiche vicine, dai criteri di computazione dei frutti (come in D. 6.1.33) alla disciplina del *servus fugitivus* (come in D. 41.2.13.pr.; D. 6.2.15 e D. 41.1.54.4) alle previsioni circa l'impiego della *cautio de servo persequendo* (come in D. 21.1.21.3). Il testo cui riferirsi è (Paul. 21 *ad ed.*) D. 6.1.21⁸²:

⁷⁹) Che anche in (6 *ad Sab.*) D. 10.3.19.2, 4 avrebbe riportato dottrine pomponiane in tema di *communio*.

⁸⁰) Si veda l'*Index interpol. ad b. l.*, e in particolare BESELER, *Beiträge*, III, cit., p. 85.

⁸¹) Se non addirittura – come scrive ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 391 s. – nella «tradizionale assimilazione» dell'*hereditas* ai beni mobili «in contrapposto ai *fundi*, suscettibili, questi sì, di *possessio pro diviso*». Circa il più risalente dibattito circa l'esclusione della «*communio pro diviso*» (ma il nostro testo fa invero riferimento alla sola impossibilità di *possessio pro diviso*) delle cose mobili – la quale «non sembra facilmente concepibile ... o per lo meno non sembra molto pratica» –, BONFANTE, *loc. cit.* ove bibliografia, che valorizza in quest'ottica la portata del nostro testo (di cui difende, contro BESELER, *Beiträge*, III, cit., p. 85, la sostanziale «classicità»). Sulla diversa disciplina in caso di *rei vindicatio* ed *hereditatis petitio* cui allude il passo, già GLÜCK, *Commentario*, V, cit., p. 801. Secondo BESELER, *Beiträge*, III, cit., p. 85, tale previsione era invece chiaro sintomo dell'interpolazione del tratto da '*quae distinctio ...*', giacché «daß man eine *hereditas* nicht *pro div.* Besitzen kann, ist un wahr».

⁸²) Su questo testo, SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 144, ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, cit., p. 145 s., KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 196, E. RABEL, *Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*, in «Studi S. Riccobono», IV, Palermo, 1936, p. 222, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., p. 170, L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., p. 56 ss., NICOSIA, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 459 ss. ove altra bibliografia, LONGO, *Il possesso sul servus fugitivus*, cit., p. 21 ss., MASCHI, *Il diritto romano*, cit., p. 508 e nt. 171, CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, cit., p. 46 ss., METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., p. 153, M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*², München, 1968, in particolare p. 11, S. SCHIPANI,

Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori et fructus eius temporis quo possedit praestet. quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucipiat? nec iniquum id esse Pomponius libro trigensimo nono ad edictum scribit. si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Iulianus autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat, idque Pomponius libro trigensimo quarto variarum lectionum probat: quod verius est.

Si tratta di un testo denso e complesso, di cui alcune parti non sono andate esenti da sospetti⁸³. Alla varietà dei criteri che scandiscono la disciplina del convenuto (in una *rei vindicatio*) che in buona fede possedga un *servus fugitivus*, si accompagna un articolato quadro giurisprudenziale, col probabile eco di dibattiti e difformi orientamenti, e poi due dottrine – convergenti ma quasi sicuramente indipendenti – che risalgono all'*ad edictum* di Pomponio e ai *digesta* di Giuliano⁸⁴, e l'approvazione che verosimilmente⁸⁵ la seconda riscosse nelle *variae lectiones* del nostro autore.

Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale, Torino, 1971, in particolare p. 58 ss. ove bibliografia, ZAMORANI, *Possessio*, I, cit., p. 101 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 166, KASER, *Besitz und Verschulden*, cit., p. 132, A.M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano, 1982, in particolare p. 101 ss. ove altra bibliografia, R. SANTORO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis* (rec. a GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit.), in «*Labeo*», XXX, 1984, p. 343, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 28, 47, VOGLI, «*Diligentia*», cit., p. 49 e nt. 37, G. KLINGENBERG, *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses*, in «*Vestigia iuris romani*», cit., p. 248 ss. ove altra bibliografia, M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar-Wien, 1995, p. 51 ss., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 338, 371, M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien, 1998, p. 31. Abbiamo accennato a questo testo, a proposito della probabile citazione da Giuliano contenuta nei *libri variarum lectionum*, *supra* II.4.II.1.

⁸³) Come per il tratto (di comprensione effettivamente difficile) «*quo minus ... usucipiat?*»: GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 104 s. e nt. 38 s. ove bibliografia. Sospettava del tratto «*requiremus ... debuerit custodiri*» KASER, *Restituere*, cit., p. 11 nt. 1. Per ulteriori congetture di alterazione, CHIAZZESE, *loc. cit.*, LONGO, *op. cit.*, in particolare p. 26 s.; ulteriore discussione in NICOSIA, *op. cit.*, p. 459 s. ove bibliografia.

⁸⁴) Più precisamente, seguendo LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 331, al VII libro di quell'opera, appunto in tema di *rei vindicatio*.

⁸⁵) A parte cioè le usuali cautele imposte dalla possibilità che il «*probare*» indichi solo un'oggettiva coincidenza.

Alla base è il problema della responsabilità del possessore di buona fede per la fuga del servo rivendicato⁸⁶: la fondamentale distinzione introdotta in proposito – con riguardo alle caratteristiche dello schiavo, rientrante nel novero di quelli che devono essere custoditi oppure di quanti appaiono ‘*integrae opinionis*’⁸⁷ – non è attribuibile con certezza ad un giurista. Certo è comunque che essa risulta presupposta da parte sia di Giuliano che di Pomponio, il cui lavoro si dispone anzi attorno a profili relativi alla prima ipotesi (fuga di un ‘*servus non custodiendus*’)⁸⁸. Anche in questo senso, peraltro, non è agevole isolare il loro contributo rispetto al ragionamento di Paolo, solo al quale sembra risalire la previsione circa l’assoluzione del possessore convenuto⁸⁹, con tuttavia – ove questi abbia ormai usucapito – la cessione delle sue azioni all’attore e la restituzione dei frutti maturati durante il *tempus ad usucapionem*. Il caso senz’altro presente a Pomponio era invece quello della fuga di uno schiavo ‘*integrae opinionis*’ non ancora usucapito⁹⁰: al riguardo non solo egli

⁸⁶) Verosimilmente intervenuta nel corso della stessa *rei vindictio*, sebbene – come scrive WIMMER, *Besitz*, cit., p. 51 e nt. 237 – dal punto di vista della legittimazione passiva non possa escludersi «daß der Sklave bereits vor Litiskontestation in fuga war».

⁸⁷) Sulla portata di questa distinzione e sulla probabile preesistenza di divergenze circa la responsabilità del possessore, CANNATA, *Ricerche*, cit., p. 46 ss., METRO, *L’obbligazione*, cit., p. 153 s. (che a proposito del comodato di schiavo contemplato in D. 13.6.5.6, parla di responsabilità che «nasce automaticamente dall’appartenenza del servo alla categoria di quegli schiavi *qui custodiri solent*», mentre ad escludere la responsabilità per l’altra tipologia di servi sarebbero «criteri subiettivistici»), GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 105, KLINGENBERG, *Die Ersitzung*, cit., p. 248. Si interroga (senza una risposta netta) circa l’attribuibilità della contrapposizione al solo Giuliano, SCHIPANI, *op. cit.*, p. 59.

⁸⁸) Tanto che la disciplina della fattispecie opposta sembra ascrivibile al solo Paolo, che avrebbe senz’altro optato per la condanna del possessore di buona fede che, anche per una sua omissione, non era adesso in grado di *restituere*, fatta salva la cessione di azioni nei suoi confronti cui era tenuto l’attore ove non fosse trascorso il *tempus ad usucapionem*: GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 103, WIMMER, *Besitz*, cit., p. 52. Possibile, ma non molto credibile, che a tanta analitica attenzione della giurisprudenza antoniniana non corrispondesse una più organica lettura dell’intera problematica, così che a quella sarebbe da ascrivere la casistica relativa al ‘*servus non custodiendus*’, mentre solo Paolo avrebbe introdotto la distinzione di fondo fra questi e il ‘*servus custodiendus*’.

⁸⁹) Sul fondamento tecnico di questa soluzione, anche in connessione con D. 10.4.5.6, WIMMER, *Besitz*, cit., p. 51 s.

⁹⁰) La ricostruzione del pensiero di Pomponio è complicata sia da certe ambiguità espressive del nostro passo, sia dalla posizione che gli abbiamo visto assumere in merito al *servus fugitivus* (*supra* III.7.III ove bibliografia), per il quale sembra che egli escludesse la conservazione *animo* del possesso. L’*interrea* del nostro passo potrebbe infatti essere da riferire al periodo della fuga, o alle more del giudizio ad essa posteriore, laddove il giurista antoniniano avrebbe visto venir meno il requisito del possesso. Il discorso è peraltro piuttosto teorico, dal momento che è certo soltanto che Pomponio contemplasse l’ipotesi in cui l’usucapione non si era ancora compiuta e prevedesse la non obbligatorietà della

doveva ancora optare per un'assoluzione, ma si pronunziava anche per l'esclusione di un obbligo, in capo al convenuto, di prestare una *cautio de servo persequendo*⁹¹.

Il punto, invero, doveva essere tutt'altro che incontrovertito: il richiamo all'equità, così come il tenore della soluzione giuliana, lasciano supporre la preesistenza di divergenti opinioni⁹². La soluzione di Giuliano era – come quella di Pomponio nel XXXIX libro *ad edictum* – nel senso di un loro superamento, ma secondo un'opzione di sintesi e mediazione non infrequente nello scolarca sabiniano, quale avrebbe conosciuto l'aperta adesione del nostro giurista (che *'probat'*) e di Paolo (secondo cui *'verius est'*)⁹³. Che la dottrina giuliana e quella del Pomponio dell'*ad edictum* fossero vicine ma non coincidenti, e soprattutto elaborate indipendentemente l'una dall'altra, è indicato proprio dal carattere di «Mittellösung»⁹⁴ assunto dalla prima, e dal ricordo di un'approvazione riscossa (solo) in un'altra opera dello stesso Pomponio. La sensazione è che questi abbia, contemporaneamente all'altro⁹⁵,

prestazione della *cautio* (*infra* nt. seguente): drastica la lettura proposta – sulle orme di RABEL, *op. cit.*, p. 222 – da NICOSIA, *L'acquisto*, cit., p. 459 nt. 250, secondo cui era da escludere che Pomponio «si riferisse direttamente al caso dell'usucapione». Ne emergerebbe comunque la singolarità del discorso di Paolo, ove il richiamo a un autore che altrove (e in luogo al referente non certo inaccessibile) optava per la cessazione del possesso sullo schiavo fuggitivo seguiva senza cesure un'argomentazione fondata sull'orientamento opposto (e che ad esso inclinasse il giurista severiano è ampiamente confermato dalle esegesi di NICOSIA, *op. cit.*, p. 460 s., e ZAMORANI, *op. cit.*, p. 101).

⁹¹) Aderisco in proposito all'interpretazione di WIMMER, *Besitz*, cit., p. 54 s. (ma analogamente già KLINGENBERG, *Die Ersitzung*, cit., p. 249 s.), secondo cui l'*'id'* che *'nec iniquum ... esse Pomponius libro trigensimo nono ad edictum scribit'*, sarebbe da riferire alla previsione (connessa all'*absolutio*) *'ut nihil caveat petitori de persequenda ea re'*. Con lo stesso A. – e senza ricorrere alla radicale ipotesi di interpolazione avanzata dal Longo e ancora condivisa da GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 104 s. e nt. 38 s. ove bibliografia – può anche spiegarsi il significato del tratto *'quo minus ... usucipiat?'*, col quale sarebbe sottolineata la non necessità del ricorso alla *cautio*, giacché «*der Vindikant kann bei noch offener Ersitzung ohnedies die Sache selbst verfolgen*». Il regime adottato era quindi spiegato da Paolo su una duplice base: col rilievo che la *cautio* non era indispensabile e che neppure – come già Pomponio aveva evidenziato – era iniquo rinunziarvi. Quanto infine ai dubbi suscitati dalla terminologia del passo (ove si fa riferimento a una *cautio de persequenda re*), e al loro superamento, si veda GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 105 ove bibliografia.

⁹²) In tal senso soprattutto WIMMER, *Besitz*, cit., p. 54.

⁹³) Comparativo che potrebbe essere inteso in senso assoluto, ma anche in confronto ai precedenti orientamenti o anche (ma qui la terminologia parrebbe un po' stonare) alla semplice esclusione della *cautio de persequenda re*.

⁹⁴) L'espressione è di WIMMER, *Besitz*, cit., p. 55.

⁹⁵) E' solo a Giuliano che invece riconduce l'esclusione della *cautio de re persequenda*

rovesciato la tendenza a imporre una *cautio de servo persequendo* anche al possessore di buona fede dello schiavo ‘*non custodiendus*’, e solo più tardi – alla luce dell’intervento giuliano⁹⁶ – abbia aderito al temperamento che voleva richiesta al convenuto la promessa ‘*si rem nactus fuerit, ut eam restituat*’⁹⁷.

III.2.III. Impieghi particolari della rei vindicatio e digressioni nella sua analisi

Le problematiche sinora dibattute attengono tutte a un impiego tipico della *rei vindicatio*, che abbia ad oggetto fondi, schiavi o altri beni. Pomponio però – come non di rado gli accadeva⁹⁸ – si interrogava anche sulla possibilità di ricorrere alla stessa azione in una funzione anomala, e segnalatamente per ‘*petere*’ soggetti liberi *sub potestate*. E’ in questo senso da esaminare il § 2 di un frammento (Ulp. 16 *ad ed.*, D. 6.1.1)⁹⁹ che è tutto costruito – non senza

WIMMER, *Besitz*, cit., p. 54.

⁹⁶) Abbiamo evidenziato *supra* II.4.II.1 l’intensificarsi delle citazioni pomponiane da Giuliano in opere, come l’*ex Plantio* e le *variae lectiones*, verosimilmente posteriori ai *digesta*.

⁹⁷) Sull’operatività di questa *cautio*, quale imponeva «un obbligo autonomo di *restitutio* senza *persecutio*», quale naturalmente sorgeva solo «nel momento in cui lo schiavo sia tornato in potestà del promittente», GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 105 ss., ma anche SANTORO, *loc. cit.*, WIMMER, *Besitz*, cit., p. 55 s. Il diverso tenore di questa *cautio* rispetto a quella ‘*de re persequenda*’ e la probabile rimediazione dell’intervento giuliano mi sembra escludano nel ragionamento di Pomponio quella «*Widerspruch*» che rileva (e comunque risolve) KLINGENBERG, *Die Ersitzung*, cit., p. 249 s.

⁹⁸) Pensiamo solo a quanto verificiamo, per la *vindicatio servitutis*, in D. 8.5.4.5 o, in tema di *actio familiae erciscundae*, in D. 10.2.18.1-2.

⁹⁹) In relazione a questo paragrafo si vedano, per tutti, G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz, 1872, p. 245 s., V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, in «*BIDR.*», XXXII, 1922, p. 56 s., H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in «*ZSS.*», L, 1930, p. 105 s., G. SCHERILLO, *D. 6, 1, 1 § 2*, in «*SDHI.*», IV, 1938, p. 225 ss., M. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur le rôle de juge dans l’instruction du procès civil antique*, Paris, 1944, p. 191, F. BOZZA, *Ius Quiritium*, in «*Studi Senesi*», LXIV, 1952, p. 12 ss., L. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I, Bologna, 1953, p. 55 ss., ID., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in «*Studi Albertario*», I, cit., p. 744 ss., LAURIA, *Possessiones*, cit., p. 103 ss., MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., p. 396 ss. ove ampia bibliografia, nonché la *rec.* di M. KASER, in «*dura*», VII, 1956, p. 221, F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del «pater familias» in epoca arcaica*, in «*Studi P. De Francisci*», II, Milano, 1956, p. 215 ss., PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I, cit., p. 68, R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio praetoria*, Milano, 1960, p. 132, TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Praeindictum*, cit., p. 92 s., 233 s., B. BIONDI, *Lex e ius*, in «*RIDA.*», XII, 1965, p. 193, R. SANTORO, *Potere ed azione nell’antico diritto romano*, in «*AUPA.*», XXX, 1967, in particolare p. 214 nt. 6, 237 s. nt. 1 s., 230 ss., 415 s., F. GALLO, *Potestas e dominium nell’esperienza giuridica romana*, in «*Labeo*», XVI, 1970, p. 26, 37, K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in «*ZSS.*», XC, 1973, p. 111 s., 141 ss. ove altra bibliografia, R. MARTINI, *La «cognitio praetoria» in tema di tutela della patria potestas*, in «*SDHI.*», XXXIX, 1973, p. 514 ss., A.M. RABELLO, *Sui mezzi concessi al*

L'ausilio di un'altra opinione pomponiana¹⁰⁰ – sul tema di ciò che possa essere richiesto tramite *rei vindicatio*:

Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit 'filium suum' vel 'in potestate ex iure Romano'¹⁰¹, videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege¹⁰² Quiritium vindicare posse.

Rileviamo subito, in questo testo ricco e dibattuto, come l'iniziale esclusione circa l'utilizzabilità della *rei vindicatio* per il fine indicato presupponga l'esistenza di una precedente, difforme disciplina, o comunque del permanere di dubbi presso i giuristi (almeno) del II secolo. Condivisibile l'osservazione, nel primo senso, secondo cui nel periodo più arcaico l'affermazione '*meum esse aio ex iure Quiritium*' «fosse sufficiente ad indicare la titolarità delle varie *potestates* attribuite al *pater familias*»¹⁰³. Meno agevole è definire l'arco di tempo e il contesto giuridico in cui tale posizione conobbe il superamento adombrato nel

pater familias per il libero esercizio della patria potestas in diritto romano classico, in «Daube noster», cit., p. 268 ss. ove altra bibliografia, HACKL, *Praeindictum*, cit., in particolare p. 60 nt. 18, 206, 236 s., SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., p. 51 ss., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 253 nt. 213, 258 e nt. 247, 266 nt. 276, RABELLO, *Effetti personali della «patria potestas»*, cit., p. 54 s., 269 ss., nonché la *rec.* di A. CORBINO, in «Iura», XXXI, 1980, p. 185, P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in «Iura», XXXI, 1980, p. 82, PÓLAY, *Iniuria types*, cit., p. 8 nt. 4, 67, M. LEMOSSE, *Les réformes procédurales de Marc-Aurèle*, in «Labeo», XXXVI, 1990, p. 10, FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., p. 70, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 189, 331, 348, 458.

¹⁰⁰ Anch'essa proveniente – secondo lo stesso abbinamento riscontrato in D. 6.1.21, forse indicativo di una precisa sequenza di letture che sorreggeva il lavoro ulpiano in questa materia – dai libri (*variarum*) *lectionum*, e riprodotta nel § 3 (che è abbastanza ovvio accostare al noto D. 41.3.30.pr.): '*Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit*'. Segue un'integrazione ulpiana nel senso che '*idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. sed enim gregem sufficit ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur*'.

¹⁰¹ O *Quiritium*, come corregge LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 26 nt. 2.

¹⁰² O più correttamente *iure*, come segnalato da numerosi interpreti (per tutti, GALLO, *Potestas*, cit., p. 26).

¹⁰³ Così CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, I, cit., p. 262, GALLO, *Potestas*, cit., p. 26, ma non troppo diversa, al riguardo, la posizione assunta nei citati contributi da Rabello e Corbino. Sulla fruibilità, in età più arcaica, della *legis actio sacramento in rem* (cui allude Gai., *Inst.* 1.134), anche SCHERILLO, *op. cit.*, p. 226 ss., FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 69 s.

nostro testo: se cioè – come parrebbe più probabile – esso fosse ampiamente compiuto quando Pomponio scriveva¹⁰⁴ oppure si fosse perfezionato proprio nella sua età¹⁰⁵, o addirittura in connessione col suo contributo.

Problemi non minori desta il riferimento ad altre tre figure processuali (*praeiudicia*, *interdicta* e *cognitio praetoria*), il ricorso alle quali sostituiva – secondo il nostro autore – l’esperibilità della *rei vindicatio*. Per chi¹⁰⁶ muova dall’assoluta inassimilabilità che presso i «classici» dovevano presentare *actio* e *praeiudicium*¹⁰⁷, è conseguente escludere la conciliabilità con la tecnica formulare di un *praeiudicium* diretto a ‘*petere liberos*’¹⁰⁸, e immaginare quindi un’aggiunta delle parole ‘*et praeiudiciis*’ da parte dei giustiniani, per i quali le azioni pregiudiziali erano ormai vere e proprie *actiones in rem*¹⁰⁹. Osserviamo peraltro come la singolarità del nostro passo non consista in realtà nella menzione del *praeiudicium* ma nella previsione che esso sia volto – il che era in effetti ammissibile solo nel diritto giustiniano – a ‘*petere liberos*’ (*petuntur igitur aut praeiudiciis ...*). E’ stato giustamente rilevato¹¹⁰ come più corretta sarebbe stata l’espressione ‘*quaerentur praeiudiciis*’, dal momento che la formula pregiudiziale presuppone un verbo interrogativo: al riguardo è però possibile una semplificazione espositiva da parte di Ulpiano (se non già di Pomponio)¹¹¹, nel senso di raggruppare quelle tre figure processuali e ricondurle complessivamente a una *petitio*, forse anche sfornita del più rigido significato

¹⁰⁴ Al riguardo si veda CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 263 (con la sostanziale adesione di GALLO, *Potestas*, cit., p. 26 nt. 22).

¹⁰⁵ Così RABELLO, *Sui mezzzi*, cit., p. 269 (ma si veda anche ID., *Effetti personali*, cit., p. 271), secondo cui «l’idea di una *vindicatio filii* era tutt’altro che estranea alla concezione romana e ... il suo uso era stato soppresso da poco».

¹⁰⁶ Come MARRONE, *L’efficacia*, cit., p. 396 ss.

¹⁰⁷ La stessa ragione che abbiamo scorto (*supra* III.4.II ove bibliografia) alla base di molte ipotesi di alterazione di D. 44.7.37.pr.

¹⁰⁸ In quanto – come scrive MARRONE, *loc. cit.* – «una formula, munita di sola *intentio*, a causa dell’assenza di *condematio*, mai avrebbe potuto dar luogo ad una pronuncia esecutiva». La soppressione del riferimento ai *praeiudicia* si inseriva poi, da parte di NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 105, in una lettura particolarmente critica, che non risparmiava anche la menzione di *interdicta* e *cognitio praetoria*, così come rovesciava l’iniziale esclusione di una *vindicatio* del *filius* (non *adiecta causa*).

¹⁰⁹ Lo apprendiamo chiaramente da *Iust. Inst.* 4.6.13.

¹¹⁰ Da TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Praeiudicium*, cit., p. 233 s., cui aderisce RABELLO, *Sui mezzzi*, cit., p. 269.

¹¹¹ Al quale sembra però da attribuire la sostanza più che la formulazione della prima parte del frammento. E’ più plausibile, anche se indimostrabile, che l’opera di sintesi – che conferisce al passo le sue sospette singolarità, ma non ne stravolge la portata – sia opera dei compilatori.

tecnico¹¹². Un'ipotesi non priva di conforto nelle disinvolture stilistiche e nei canoni di lavoro altrove seguiti dal giurista severiano, e che consente di guardare con sostanziale fiducia a questa parte del testo¹¹³.

Perplessità ancora minori suscita il riferimento all'impiego di interdetti¹¹⁴, ossia l'*interdictum de liberis exhibendis* e *de liberis ducendis*¹¹⁵, dei quali potrebbe solo risultare problematica (ma è ormai comunemente ammessa) la prospettabilità come due figure autonome¹¹⁶. Il primo sarebbe stato naturalmente finalizzato all'esibizione *in iure* dei figli, il secondo a vedere autorizzata, o comunque non impedita, la *ductio* dei medesimi¹¹⁷, secondo un rapporto di strumentalità che Ulpiano avrebbe evidenziato nel LXXI libro *ad edictum*¹¹⁸. L'alternativa in cui è

¹¹²) Così MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 515, il quale sostiene «che il *petuntur* iniziale, il quale dà fastidio al Marrone, non vada inteso in senso rigoroso» (non troppo diversa la valutazione di HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 143 nt. 153). Né addirittura possiamo escludere – come suggerito da TRIANTAPHYLLOPOULOS, *loc. cit.* e RABELLO, *Sui mezzi*, cit., p. 269 – che nelle scelte lessicali dei due giuristi (o almeno, più verosimilmente, di Ulpiano) si nasconda un grecismo, considerato che il verbo greco ζῆτεῖν può ugualmente rendersi col latino 'petere' o 'quaerere'.

¹¹³) Come del resto è ormai incline a fare buona parte della romanistica: così – oltre agli Autori citati alla nt. precedente – GALLO, *Potestas*, cit., p. 26, il quale ritiene che le manipolazioni sofferte dal testo (egli pensa soprattutto – come poi HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 148 – al carattere insitico delle parole 'Romano' e 'lege', che aveva già rilevato Lenel: non sembra invece escludere la paternità ulpiana del richiamo alla *lex*, piuttosto che al *ius (Quiritium)*, BIONDI, *Lex*, cit., p. 193; analogamente, ma ancor meno persuasiva, BOZZA, *op. cit.*, p. 12 ss., in particolare 16) non ne abbiano intaccato il nucleo sostanziale. Analogamente ALBANESE, *le persone*, cit., in particolare p. 266 nt. 276, VOCI, *Storia*, cit., p. 82, i quali non sollevano alcun problema sul fatto che un *praecidium* possa essere riferito, nel nostro impiego, al processo formulare. Ulteriori indicazioni in HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 142 ss., MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 514 e nt. 2.

¹¹⁴) Il cui collegamento col 'petere' è anzi stimato da MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 515, una conferma del senso non rigoroso in cui quel verbo deve essere inteso nel nostro passo.

¹¹⁵) Come riconosciuto dalla *communis opinio*: per tutti, SCHERILLO, *op. cit.*, in particolare p. 229, MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 515, HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 142 s., VOCI, *Storia*, cit., p. 82.

¹¹⁶) Sul punto, ampi ragguagli in MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 515 s. e nt. 6. Parla di un unico *interdictum de liberis exhibendis item ducendis* con «funzione restitutiva immediata», FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 70.

¹¹⁷) E' altresì evidente come non contro questi siano concessi entrambi gli interdetti, ma contro il terzo che si arroga diritti familiari su di essi, o comunque li trattiene (parla di un estraneo «quasi detentore» VOCI, *loc. cit.*): si veda, sulla scorta di (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 43.30.3.3, HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 142 s.

¹¹⁸) Alludo al carattere 'praeparatorium' dell'*interdictum de liberis exhibendis* che, rispetto all'altro, il giurista severiano segnalava in D. 43.30.3.1: SCHERILLO, *op. cit.*, p. 229, HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 142. Sottolinea la reciproca integrazione fra i due interdetti e la loro funzione sostitutiva, anziché adiutoria, delle azioni civili, VOCI, *loc. cit.*

posto il meccanismo che i due interdetti congiuntamente garantivano rispetto alle altre figure processuali (*aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria*) e alla particolare *vindicatio* ritenuta fruibile (*nisi ... adiecta causa quis vindicet*), rendono difficilmente condivisibili certi ulteriori rilievi avanzati in merito a tali *interdicta*, come quelli secondo cui essi presupporrebbero proprio il vittorioso esperimento della *vindicatio*, con un meccanismo che si sarebbe semplificato solo più tardi – in virtù di un’evoluzione che però Pomponio non avrebbe conosciuto –, nel senso che la *vindicatio* avrebbe non preceduto ma seguito, nell’eventualità di contestazioni, la tutela interdittale¹¹⁹.

Neppure risulta persuasiva, per la stessa ragione, l’ipotesi secondo cui anche il richiamo alla *cognitio praetoria* sarebbe riconducibile all’impiego degli interdetti, e in particolare al procedimento che si sarebbe aperto in caso di mancata ottemperanza ad essi¹²⁰. In tale *cognitio* è stato piuttosto scorto un riferimento – verosimilmente presente anche in altri passi di giuristi severiani¹²¹ – a una vera e propria *cognitio extra ordinem*¹²², volta ad accertare lo *status* del preteso figlio – anche in mancanza di *‘is qui eum (scil. filium) interdicto*

¹¹⁹) La più compiuta formulazione di questa congettura è in SCHERILLO, *op. cit.*, p. 228 ss., in particolare 229 s. e nt. 27 (si due interdetti sono sorti non già come un surrogato della *vindicatio* dei *filijfamilias*, sibbene per completarne lo svolgimento, e in un primo tempo lo presuppongono»).

¹²⁰) E’ questa ancora la proposta di SCHERILLO, *op. cit.*, p. 230 (ma non solo: bibliografia in HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 145), sul quale però MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 517, che è giustamente scettico anche rispetto alla congettura di LEMOSSE, *Cognitio*, cit., p. 191 nt. 3 (che pensa alla *causae cognitio* preliminarmente alla concessione dell’*actio ad exhibendum*), e di LANFRANCHI, *Ricerche*, cit., p. 55, secondo il quale la *cognitio praetoria* «alluderebbe all’attività istruttoria del pretore connessa all’applicazione dei *Senatusconsulta de partu agnoscendo*». La singolarità dell’interpretazione di Scherillo si evidenzia in un appiattimento del testo che negli esiti è assai simile a certe letture interpolazionistiche da cui egli pure cautamente si discosta: l’articolazione di rimedi cui pensavano Pomponio e Ulpiano, con una marcata alterità fra *praeiudicia*, *interdicta*, *cognitio praetoria* e *vindicatio adiecta causa*, si spenge nell’indimostrabile raffigurazione di un unico procedimento, in cui *praeiudicium* e *vindicatio* tendono a coincidere, gli interdetti ne costituiscono i mezzi di attuazione e la *cognitio praetoria* viene in rilievo ove quest’ultima sia avversata dalla controparte. Pensava piuttosto che nel nostro passo si prevedesse la possibilità, in caso di contestazione nel procedimento interdittale, di disporre un *praeiudicium an sit in potestate* (congettura che, per le stesse ragioni, non riesce troppo persuasiva), ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 253 nt. 213.

¹²¹) Mi riferisco a (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 43.30.3.3 e (Paul. 18 *ad Plant.*) D. 23.3.8: MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 518.

¹²²) Così – sulla scorta soprattutto di *Bas.* 15.1.1 e di alcuni suoi scolii –, MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 518 ss.; ma si vedano anche MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit., p. 383 nt. 777, 398 nt. 822, HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 145 e nt. 165, RABELLO, *Sui mezzi concessi*, cit., p. 269.

*defendat*¹²³ —, e per cui era verosimilmente competente il pretore urbano anziché il *praetor de liberalibus causis*¹²⁴.

Ne emerge un composito quadro di vie processuali cui Pomponio affidava la possibilità di vedere riconosciuta la *patria potestas* e riottenere fisicamente il figlio: mezzi dissimili per struttura e contesto procedurale (dentro o fuori dall'*ordo*), che ora riecheggiavano formule antichissime¹²⁵ e ora si collocavano nel mondo *in fieri* delle *cognitiones*, eppure convergenti nella funzione. Né, insieme ad essi, Pomponio escludeva se potesse ricorrere a una particolare *vindicatio*, accompagnata — secondo una consuetudine procedurale verosimilmente radicata¹²⁶ — dall'indicazione della *causa*, ossia dall'affermazione dello *status* (ad esempio di figlio, o di altro sottoposto a *potestas ex iure Quiritium*) di cui si chiede il riconoscimento. Non è agevole precisare ogni aspetto della diversa operatività di questo meccanismo rispetto alla *rei vindicatio* di cui il nostro giurista escludeva la concessione, o del *praeiudicium* che egli poneva in alternativa. Mi sembra però che il '*petere adiecta causa*' dovesse escludere il grave inconveniente¹²⁷ che, rifiutata la *restitutio* del *filius* e pagata la *litis aestimatio*, il convenuto soccombente potesse «acquistare» la patria potestà.

Il confronto con quanto, negli stessi anni, Gaio insegnava a proposito dell'impiego della *legis actio sacramenti in rem* ad analoghi fini¹²⁸, non impone di pensare che Pomponio (e poi Ulpiano) ammettessero la *vindicatio* dei figli esclusivamente nell'ambito della *in iure cessio*, che ricalcava l'antica procedura e con cui si chiudeva il procedimento di *adoptio*¹²⁹. Non mi sembra da escludere,

¹²³) Così leggiamo nel citato D. 43.30.3.3.

¹²⁴) Mi sembra nel giusto la lettura di D. 43.30.3.3 da parte di MARTINI, *La «cognitio praetoria»*, cit., p. 520, che vi scorge identità fra il protagonista della *notio* (ossia appunto, con ogni probabilità, della *cognitio*) cui ci si può eventualmente rivolgere e colui (senza dubbio il *praetor urbanus*) che aveva emanato l'interdetto.

¹²⁵) Insisteva sul fatto che la formula di *praeiudicium* ricostruibile sulla base di D. 6.1.1.2 «riproduce in sostanza la *vindicatio* dell'attore nella *legis actio sacramento in rem*, ridotta però l'affermazione in forma dubitativa ed eliminata la *controvindicatio*», SCHERILLO, *op. cit.*, p. 228 (circa i dubbi che più in generale desta l'interpretazione in cui questi rilievi si collocano, si veda però *supra* nt. 120).

¹²⁶) Soprattutto se pensiamo all'eventualità che un uomo potesse essere rivendicato da un soggetto come schiavo e da un altro come *filius in potestate*: GALLO, *Potestas*, cit., p. 26. Circa la contraddizione solo apparente fra il riferimento alla *vindicatio adiecta causa* e l'iniziale esclusione di un impiego della *rei vindicatio*, HACKL, *Die Feststellung*, cit., p. 149.

¹²⁷) Messo in luce da SCHERILLO, *op. cit.*, p. 225 ove bibliografia.

¹²⁸) Il testo cui riferirsi è Gai., *Inst.* 1.134, sul cui parallelo col nostro si insiste in quasi tutti i contributi ricordati.

¹²⁹) Era invece in questo senso, sulla scorta di alcuni romanisti tedeschi del XIX secolo (per tutti, DEMELIUS, *loc. cit.*), la lettura di MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 398 nt. 822.

piuttosto, un'altra valenza nella continuità fra i due maestri antoniniani¹³⁰, col nostro intento a rinvenire all'interno della procedura formulare – non senza esitazioni registrate da Ulpiano¹³¹ – strumenti equivalenti a quelli che l'altro rievocava, non per puro gusto antiquario, in riferimento alle *legis actiones*: non la vera e propria *rei vindicatio*, quindi, ma la figura più generale (*vindicatio*) cui essa è da ricondurre¹³², e tuttavia ulteriormente circostanziata.

Quest'ultimo rilievo, e soprattutto l'esclusione della *rei vindicatio* con cui si apre il parere di Pomponio, rendono tutt'altro che sorprendente la collocazione di D. 6.1.1.2 all'interno del suo commentario. Una delle digressioni che in quest'ultimo non dovevano certo mancare è invece ipotizzabile per un testo di Paolo in tema di organi giudicanti in cause liberali (il collegamento con la *sedes materiae* essendo offerto dalla procedura, in esse, «*per in rem actionem*»)¹³³. Mi riferisco a (17 *ad ed.*) D. 42.1.36¹³⁴:

¹³⁰) La «somialtanza» fra l'*adiectio causae* suggerita da Pomponio e la testimonianza gaiana è sottolineata, in un senso vicino al nostro, da VOCI, *loc. cit.*

¹³¹) La cui prosa procede fra ripetizioni, specificazioni e cautele, sino ad affermare che a lui «sembra» che «anche» Pomponio acconsenta alla soluzione che Ulpiano (riportando in realtà proprio la posizione del nostro giurista) ha precedentemente esposto. Tanta prolissità può suggerire (o confermare) l'esistenza di rielaborazioni posteriori, che però, stranamente, sarebbero consistite in aggiunte superflue anziché in più ovvie elisioni. Né la puntualità con cui è compiuto il richiamo a Pomponio di poche righe prima consente di accedere all'ipotesi – piuttosto banale – che Ulpiano citasse a memoria e quindi con una certa cautela. Più verosimile che – qui come altrove – la soluzione, abbastanza decisa nell'argomentazione del referente, conoscesse maggiori prudenze e problematizzazioni da parte di Pomponio, che del resto potrebbe essere stato il primo a esprimersi in quel senso. Assai meno problematico è il secondo dato, ossia l'«*et*» che accompagna il nome del giurista antoniniano: all'ipotesi che vi fossero altri che nutrivano un'opinione conforme (e di cui nulla sapremmo per un'elisione di Ulpiano o dei compilatori), mi sembra preferibile supporre che l'autore severiano volesse solo sottolineare che – nell'ideale contemporaneità del loro dibattito – anche Pomponio cedeva alla tesi da lui fatta propria.

¹³²) Circa il rapporto di genere e specie fra *vindicatio* e *rei vindicatio*, SCHERILLO, *op. cit.*, p. 226 e nt. 9 ove bibliografia.

¹³³) Il rilievo era già di LENEL, *Palinnesia*, II, cit., c. 27 nt. 3. La certezza che l'opinione pomponiana che stiamo per esaminare provenisse dall'indagine sulla *rei vindicatio* è data dall'indicazione del XXXVII libro, lo stesso menzionato in D. 6.1.1.2, laddove D. 6.1.21 richiama il XXXIX: su tutto ciò *amplius supra* I.3.II.

¹³⁴) Sul quale DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 200, LEMOSSE, *Cognitio*, cit., p. 143, 165 ove altra bibliografia, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 30 ove bibliografia, F. LA ROSA, «*Decemviri*» e «*centumviri*», in «*Labeo*», IV, 1958, p. 17 s., G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, in particolare p. 95 ss. ove bibliografia, SCHMIDLIN, *Das Rekonvaleszenzverfahren*, cit., p. 87 e nt. 3, A.M. RABELLO, *Non liquet. Dal diritto moderno al Diritto Romano*, in «*AG.*», CLXXXIV-CLXXXV, 1973, fasc. 2, p. 49 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 121, P. KRAFFT, *Ein übersehene Zeugnis zur Mutatio iudicis*, in

Pomponius libro trigensimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret.

Il testo ha offerto spunti problematici soprattutto in merito all'identità del collegio giudicante al centro del caso¹³⁵, in cui alcuni riconoscono i *centumviri*, altri – e con argomenti forse migliori – un collegio di *recuperatores*¹³⁶. Minore attenzione ha riscosso la portata dell'intervento di Pomponio, secondo il quale l'astensione di uno dei giudici non avrebbe precluso l'emaneazione della sentenza: quello avrebbe infatti dovuto giurare che '*rem sibi non liquere*'¹³⁷, mentre gli altri si sarebbero potuti comunque pronunciare.

Meno chiaro è se la soluzione di Pomponio abbia riguardo – e debba essere intesa come limitata, almeno di fatto – al caso di consenso dei giudicanti non solo sulla pronuncia della *sententia* ma anche sul suo contenuto: se infatti davvero si tratta di un collegio di *recuperatores*, l'astensione di uno di loro fa venir meno il numero dispari e quindi la certezza che prevalga una decisione su un'altra¹³⁸. Il '*consentire*' cui si accenna potrebbe essere così inteso nel senso di un consolidato indirizzo nel merito del provvedimento emanato dagli altri membri del collegio, che giustamente prevale anche se uno ne ha in qualche modo preso le distanze. Un'ipotesi che nella pratica doveva coincidere

«ZSS.», XCVII, 1980, p. 269 nt. 21, M. LEMOSSE, *Onere della prova e procedura classica*, in «Labeo», XXX, 1984, p. 331, J. PARICIO, *Iurare sibi non liquere*, in «Atti del III seminario romanistico gardesano», Milano, 1988, p. 416 s., F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, in «Labeo», XXXVI, 1990, p. 256 nt. 160, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 121, 199, 370 s., L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, p. 374 ove altra bibliografia.

¹³⁵) Imperfettamente designato, per un probabile intervento posteriore, come '*plures iudices*'.

¹³⁶) Nel senso indicato, in superamento della posizione di Wlassak, LEMOSSE, *Cognitio*, cit., p. 143, 165 e nt. 2 ove bibliografia, MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 30 e nt. 22, FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 96 s. (seguito da SCHMIDLIN, *loc. cit.*), LEMOSSE, *Onere della prova*, cit., p. 331, GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri*, cit., p. 374 s. Per una sostituzione, col tempo, dei *centumviri* ad opera dei *recuperatores*, anche PARICIO, *op. cit.*, p. 416 s. ove bibliografia.

¹³⁷) Una sorta di '*actus contrarius*' – come scrive LAMBERTI, *loc. cit.* – rispetto al *iusiurandum* iniziale, che evidentemente consisteva proprio nella promessa di '*rem decidere*'.

¹³⁸) Questo dato è stato posto alla base, ma con un'argomentazione poco perspicua, dell'esclusione che si discorresse qui di un collegio di *recuperatores*: stante la sua usuale composizione di tre membri, si sarebbe dovuto sottolineare le difficoltà suscitate dalla riduzione a due giudicanti, e non tanto l'improbabilità che ad essi ci si potesse riferire come a *ceteri iudices* (sulla fragilità del rilievo, già MARRONE, *loc. cit.*).

– essendo prevalente la composizione a tre dell'organo giudicante – con l'unanimità dei non astenuti (anche) circa il tenore della decisione: situazione che giustamente Pomponio stimava, nella sostanza, non difforme da quella in cui l'opinione di due giudici prevaleva sul contrario avviso di un altro, e come questa doveva dar luogo alla valida emanazione di una sentenza¹³⁹.

III.3. Le azioni a tutela (o negatorie) dell'usufrutto

Qualche digressione doveva trovarsi – se accettiamo la collocazione leneliana di D. 8.2.5¹⁴⁰ – anche nella trattazione che Pomponio riservava alle azioni a difesa, o negatorie, dell'usufrutto. Troppo esigue sono in merito le nostre testimonianze per poter immaginare, da parte sua, elaborazioni di particolare rilievo. Un punto significativo è però affrontato in (Ulp. 17 *ad ed.*) D. 7.6.5.4¹⁴¹:

Si post litem de usu fructu contestatam fuerit finitus usus fructus, an ulterius fructus desinant deberi? et puto desinere: nam etsi mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum dumtaxat fructuum dandam Pomponius libro quadragesimo scribit.

Motivo di incertezza è qui, come in altre analisi pomponiane¹⁴², il computo dei frutti oggetto di restituzione da parte del soccombente. Esperita con

¹³⁹) Nel senso prospettato già FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 96 s., il quale insiste – sulle orme del Nicolau – sul non senso che sarebbe costituito dall'esigere, dopo l'astensione di un giudice, l'unanimità dei membri di un collegio giudicante composto da più di tre persone. Sul carattere tutt'altro che scontato della soluzione pomponiana, in confronto soprattutto a tesi come (Cels. 3 *dig.*) D. 42.1.39, RABELLO, *Non liquet*, cit., p. 50.

¹⁴⁰) Ove si discute un problema in tema di *servitutes* (lo esamineremo dunque nel prossimo paragrafo), ma nel quale è richiamato il XI libro del commentario pomponiano, già menzionato in materia di *petitio usufructus* (D. 7.6.5.4): o quindi supponiamo che in tale libro finisse la trattazione di questa materia e iniziasse quella delle azioni a tutela (o negatorie) delle servitù – che sicuramente proseguiva nel XLI libro (D. 8.5.4.3-4) –, oppure immaginiamo, con LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 28 (che però optava, *sub* Ulpiano, per ricondurre il passo all'esame delle azioni relative alle servitù: *Palingenesia*, II, cit., c. 518, fr. 595 e nt. 1), che anche D. 8.2.5 tramandi una dottrina proveniente dall'esame delle procedure in tema di usufrutto, e che il suo contenuto sia spiegabile con una piccola digressione, favorita anche dalla contiguità della materia.

¹⁴¹) Sul quale M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in «AUPA.», XXVIII, 1961, p. 105, M. KASER, *Zum Fruchtwerb des Usufruktuars*, in «Studi G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 416, KASER, HACKL., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 301.

¹⁴²) Penso in particolare a D. 6.1.33 e D. 8.5.4.2, ma si veda anche D. 4.6.28.6.

successo la *petitio ususfructus*, il convenuto¹⁴³ sarà infatti tenuto a corrispondere i frutti sino ad allora maturati, o la loro *aestimatio*¹⁴⁴. Ma come disciplinare i frutti prodottisi dopo che, *'post litem contestatam'*, è intervenuta l'estinzione dell'usufrutto? Ulpiano affrontava il problema in questi termini generali, e il medesimo tenore attribuiva alla propria risposta circa la cessazione dell'obbligo di restituzione.

Ciò tuttavia non costituiva che lo sviluppo, in termini più ampi ed astratti, della soluzione per cui inclinava Pomponio nel caso di morte dell'usufruttuario, stimando da concedersi agli eredi un'azione solo in riferimento ai frutti pregressi, ossia maturati mentre era ancora in vita il loro dante causa. Questa posizione non può minimamente stupire, conformandosi piuttosto a un carattere fondamentale dell'usufrutto, quale la cessazione alla morte del beneficiario¹⁴⁵: l'esplicita regolamentazione dei frutti precedenti e posteriori a quell'evento doveva tuttavia apparire a Ulpiano degna di ricordo, e la sua formulazione suscettibile di dar vita alla più generale previsione circa ogni ipotesi di cessazione dell'usufrutto.

Nessun'altra testimonianza ci è tramandata circa il commento di Pomponio attorno alle azioni con cui *petere* l'usufrutto o contestarne la sussistenza in capo ad altri, così che il contesto più organico cui ricondurre il nostro passo può semmai individuarsi in quella frammentaria teoria dei frutti e del loro regime nelle *actiones in rem* cui abbiamo più volte accennato¹⁴⁶. Quanto a diritti ed obblighi dell'usufruttuario, sono però rinvenibili, fuori *sedes materiae*, altre dottrine provenienti dal nostro commentario. Così è a proposito della *cautio* cui era tenuto il beneficiario¹⁴⁷ nel caso in cui l'usufrutto fosse stato

¹⁴³ Da identificare non solo nel (nudo) proprietario, ma anche – sulla scorta di una dottrina giuliana riportata in D. 7.6.5.1 – nel *'quibus possessor'*.

¹⁴⁴ In quest'ambito il venire in rilievo dei frutti era anzi stimato *'plus quam manifestum'* da Ulpiano (D. 7.6.5.3).

¹⁴⁵ KASER, *loc. cit.*, riteneva nondimeno che la presenza del termine *puto* e la stessa citazione da Pomponio «lassen wieder erkennen, dass die Frage umstritten war».

¹⁴⁶ I frammenti più significativi sono indicati *supra* nt. 142.

¹⁴⁷ Sotto un duplice profilo, nel senso di promettere – come scrive Ulpiano in (79 *ad ed.*) D. 7.9.1.pr. – *'et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit'*. Da tener presente è, nel primo senso, anche quanto Pomponio rileva in generale circa gli obblighi dell'usufruttuario in (5 *ex Plant.*) D. 7.1.65: *'Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere'*. Su una generale applicazione della *cautio* in esame (che dovrebbe *'ad omnem usum fructum pertinere'*), si veda invece il parere di Giuliano conservato in (Ulp. 18 *ad Sab.*) D. 7.1.13.pr.

costituito con legato¹⁴⁸: garanzia alla cui operatività Pomponio individuava eccezioni e limiti in (Ulp. 51 *ad ed.*) D. 7.9.9.2-3¹⁴⁹:

(2) Plane si ex die proprietas alicui legata sit, usus fructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram. (3) Si vestis usus fructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit finito usu fructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit.

Il giurista antoniniano ammetteva nella prima ipotesi che fosse dispensato dalla prestazione della *cautio* il soggetto cui fosse stato attribuito per legato, ‘pure’, l’usufrutto e, con disposizione sottoposta a termine (iniziale) la proprietà. In tal caso infatti non vi è alcuna incertezza circa il futuro acquisto, da parte dell’(attuale) usufruttuario o dei suoi eredi, della piena proprietà, col che l’usufrutto, se ancora esistente, verrebbe ad estinguersi, e soprattutto sorgerebbe in capo allo stesso soggetto la posizione di promittente e garantito, debitore e creditore. Questo priverebbe di significato la stessa prestazione della *cautio*, così che la soluzione di Pomponio non poteva che essere destinata – nonostante certi profili problematici che neppure ne sono accennati¹⁵⁰ – a

¹⁴⁸) Che era poi la modalità prevalente nella pratica, e alla quale non a caso Pomponio riservava, in altre opere, particolare attenzione: vi era dedicata un’ampia sezione del V libro *ad Sabinum* (si veda LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 96 ss., fr. 454 ss.), ma altre osservazioni emergono da (4 *ad Q. Muc.*) D. 7.4.31, (5 *ex Plaut.*) D. 7.1.47, (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Vat. fr.* 82, (5 *ad Sab.*) D. 34.4.2, (*ibid.*) D. 30.24.1, (15 *ad Sab.*) D. 33.2.6. Ulteriori aspetti nella disciplina dell’usufrutto erano affrontati da Pomponio in (22 *ad Q. Muc.*) D. 45.3.39, (Ulp. 17 *ad Sab.*) *Vat. fr.* 75, (18 *ad Sab.*) D. 9.4.1.8 (tutti relativi al caso, come sempre foriero di problemi, di usufrutto di uno schiavo), (8 *ad Q. Muc.*) D. 23.3.66, (26 *ad Q. Muc.*) D. 7.4.23, (5 *ex Plaut.*) D. 7.1.65, (Paul. 9 *ad Plaut.*) D. 41.1.49, (31 *ad Sab.*) D. 44.2.21.3.

¹⁴⁹) In merito al quale si vedano G. BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto*, in «BIDR.», XXI, 1909, p. 135, G. PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, rist. Torino, 1956, p. 436, 593, GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 160, 286 s., 293 s. ove bibliografia, 301, MARRONE, *La posizione possessoria*, cit., p. 98, 159, CRIFÒ, *Altri studi sul quasi-usufrutto*, cit., p. 366 s., I. REICHARD, *Stipulation und Custodiabastung*, in «ZSS.», CVIII, 1990, p. 58, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 129.

¹⁵⁰) Penso al caso in cui l’usufrutto si estingua per morte del beneficiario prima del *dies* a partire dal quale egli o i suoi eredi diverrebbero titolari del *dominium*: la prestazione di una *cautio* non avrebbe senso solo laddove nel periodo intermedio (fra la morte del *de cuius* e del beneficiario e il termine previsto) non esistesse un diverso soggetto nudo proprietario (il che, almeno in teoria, non può essere escluso). E’ solo in questo caso, infatti, che da una *cautio* non sorgerebbero obblighi dei coeredi – aventi causa dal legatario – verso un terzo (il che giustificerebbe la prestazione di garanzia), ma solo posizioni passive a carico di soggetti (gli eredi appunto) che diverrebbero, prima o poi, anche gli unici creditori, con

un'implicita condivisione in età severiana, segnalandosi per la particolarità del caso «scoperto» prima ancora per una sua disciplina in certo senso obbligata.

Diversa la situazione in tema di usufrutto di cose, come le vesti, inconsumabili¹⁵¹ ma deteriorabili. Qui il legato di usufrutto si accompagna effettivamente alla prestazione di una garanzia circa la restituzione, '*finito usufructu*', del bene. Ma Pomponio è assai chiaro nell'escludere che tale *cautio* possa poi essere invocata per sostenere una responsabilità da parte di chi restituisca una veste che – '*sine dolo*' – sia stata logorata. Ed è proprio l'insistenza sull'assenza di dolo – apparentemente resa superflua dalla presenza, nella *cautio fructuaria*, di una *clausola doli* –, che è stata vista come il nucleo portante della decisione pomponiana, oltre che costituire conferma di come oggetto della garanzia di restituzione fosse preferibilmente l'*aestimatio* del bene anziché quest'ultimo materialmente¹⁵².

Meritano infine attenzione alcune indagini del nostro giurista in merito a particolari possibilità processuali che si aprivano all'usufruttuario, o preteso tale. Mi riferisco a (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 10.4.3.4 e 12¹⁵³, in cui Pomponio ammetteva che potesse promuovere l'*actio ad exhibendum* il titolare di tale diritto, o chi comunque intendesse chiederne il riconoscimento, nonché a (Ulp. 70 *ad ed.*) D. 43.17.4 ove abbiamo verificato¹⁵⁴ – pur in una scrittura non priva di guasti e di possibili rielaborazioni – essere presupposta, da parte di Pomponio, l'applicazione in via utile dell'interdetto *uti possidetis* nei rapporti tra usufruttuari, usufruttuario e possessore o tra usufruttuario e usuario. Ma penso anche, sempre in materia interdittale, a un frammento che – stando alla ricostruzione di Lenel¹⁵⁵ – dovremmo esaminare congiuntamente alle altre

conseguente estinzione dell'obbligazione per confusione, e quindi il preliminare venir meno anche della necessità, e dell'obbligo, di fornire garanzia. Sfiora la problematica, pensando al caso di un «termine talmente remoto da scadere parecchio tempo dopo la presumibile estinzione dell'usufrutto» (col che «sussisterebbe ... allora un interesse del proprietario attuale a riottenere integra la cosa»), PUGLIESE, *Usufrutto*, cit., p. 436 nt. 5.

¹⁵¹) E quindi assoggettate «per diritto classico al regime normale dell'usufrutto»: CRIFÒ, *Altri studi*, cit., p. 366 ove bibliografia.

¹⁵²) Su tutto ciò, ampiamente, CRIFÒ, *Altri studi*, cit., in particolare p. 365 ss. ove bibliografia.

¹⁵³) (4) '*Sed et usum fructum petitorio competere ad exhibendum Pomponius ait ... (12) Pomponius scribit eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usus fructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pigneratum sibi eum adfirmet: omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem*'. Su questi contributi, non scindibili dalle altre dottrine pomponiane conservate in D. 10.4.3 (e anche in D. 10.4.7 e D. 10.4.9), torneremo più ampiamente *infra* III.8.III.6 ove bibliografia.

¹⁵⁴) *Supra* III.7.II ove bibliografia.

¹⁵⁵) Si veda *Palingenesia*, II, cit., c. 28, fr. 88, ove questo passo è appunto ricondotto al

testimonianze pomponiane in tema di azioni petitorie o negatorie di servitù, e in cui tuttavia è affrontato il problema della legittimazione attiva all'*interdictum de itinere actuque privato* essenzialmente nella prospettiva dell'usufruttuario. Si tratta di (Ulp. 17 *ad ed.*) D. 8.5.2.3¹⁵⁶:

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

Abbiamo già accennato a questo testo per sottolinearvi la singolarità dell'argomentazione ulpiana, in cui – senza che sia possibile ipotizzare alcuna sicura citazione – Giuliano sembra approvare (o comunque scrivere dopo) Pomponio, e Labeone risulta suffragare la soluzione dello scolarca sabiniano, il che è naturalmente possibile solo «spersonalizzando», in un'ideale sincronia, le

commento del '*Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*'. In proposito abbiamo peraltro un esempio del metodo, mai dichiarato e talora opinabile, dello studioso tedesco, il quale (*Paltingenesia*, I, cit., c. 446, 522 s., 2.28, 517) era costretto, rispettivamente dall'*inscriptio* e dalla citazione puntuale, ad attribuire questo passo all'esame ulpiano del nostro paragrafo, e farlo invece risalire, per quanto concerne Giuliano, all'esposizione relativa all'*interdictum de itinere actuque privato*. Questa alterità di *sedes materiae* era riprodotta – senza più dati che la imponessero, e rischiando anzi di smarrire l'intreccio delle testimonianze – anche per Pomponio (della cui riflessione circa quell'interdetto nulla ci è così conservato) e per Labeone, per i quali il contesto tematico era rispettivamente ricalcato su quello di Ulpiano e di Giuliano. Né appare sempre giustificata l'esclusione di quanto non si possa attribuire con certezza a un giurista, ma neppure è impossibile nascondesse una sua citazione: è il caso delle dottrine di Giuliano e Labeone *sub* Pomponio, e di Labeone stesso *sub* Giuliano. Le caute inclusioni altrove operate da Lenel rendono anche quest'opzione discutibile, sino a oscurare la correttezza della persuasione che dovette sorreggerla, ossia l'esigua probabilità di ricomporre, nel nostro passo, un richiamo già operato da Pomponio o Giuliano, e non piuttosto l'assemblaggio ulpiano di autonome soluzioni (una persuasione che abbiamo sostanzialmente condiviso *supra* II.2.III.10, II.4.II.5).

¹⁵⁶ Su questo testo, F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, VIII, Milano, 1900, p. 367, G. SEGRE, *La denominazione di «actio confessoria» in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in «Mélanges P.F. Girard», II, Paris, 1912, p. 593 ss., SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù*, cit., p. 5 ss. in particolare 8 ove bibliografia, 55, GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 371 nt. 1, BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., p. 161, HORAK, *Rationes decidendi*, cit., p. 249, A. RODGER, *Actio Confessoria and Actio Negatoria*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1971, in particolare p. 206 ss. ove altra bibliografia, F. BETANCOURT, *Prolegomenos al estudio de los interdictos utiles*, in «Estudios de derecho romano en honor de A. D'Ors», I, Pamplona, 1987, p. 278 s., BREONE, *I fondamenti*, cit., p. 199.

rispettive posizioni¹⁵⁷. Preme adesso la sostanza del dibattito, relativo alla fruibilità dell'*interdictum de itinere* da parte dell'usufruttuario: Ulpiano (e verosimilmente già Pomponio) dovevano richimarvisi nella disamina delle azioni in materia di servitù, ferme restando le difformità che, fra quelle e l'*interdictum*, già scorgeva il giurista antoniniano. Questi infatti riteneva che il secondo rimedio fosse da concedere all'usufruttuario che nell'ultimo anno avesse goduto¹⁵⁸ della servitù di *iter*, rilevando ai fini dell'interdetto solo questo elemento di fatto, e non la *quaestio iuris* circa l'effettiva titolarità della servitù, come nell'*actio confessoria*¹⁵⁹.

Con l'argomentazione e la soluzione di Pomponio – di cui sembra ormai da ammettere la sostanziale genuinità – Ulpiano poneva in piena sintonia Giuliano. Il nostro frammento non consente ulteriori verifiche circa il suo pensiero: a lui tuttavia Ulpiano tornava con una certa insistenza nel LXX libro *ad edictum*¹⁶⁰, ove è fra l'altro ricordato come, secondo lo scolarca sabiniano, il nostro interdetto non fosse da concedere al nudo proprietario, «per mezzo dell'usufruttuario», mentre l'uno e l'altro ne disporranno in via utile¹⁶¹.

Più che il percorso ermeneutico, è così l'esito della riflessione giuliana ad essere in certo modo avvalorato dalla soluzione di Labeone, secondo il quale sarebbe potuto ricorrere, in via utile, al nostro interdetto anche l'usufruttuario divenuto tale in seguito a un legato disposto da chi avesse

¹⁵⁷) Su tutto questo *supra* I.2.VI.2; II.2.III.10, II.4.II.5.

¹⁵⁸) Deve intendersi, '*nec vi nec clam nec precario*'.

¹⁵⁹) I dubbi circa la genuinità di quest'ultima espressione – avanzati dal Segré e dal Solazzi, ma ancora condivisi da GROSSO, *loc. cit.*, e BRETONE, *La nozione*, I, cit., p. 161 –, così come quelli relativi al più ampio tratto '*alibi ... quaeritur*', ove era giudicato (ancora dal Segré) poco perspicuo il riferimento al (solo) stato di fatto – appaiono definitivamente superati da RODGER, *op. cit.*, p. 206 s., che evidenzia l'equivoco in cui sono caduti i critici più severi, confondendo elementi dell'*interdictum de itinere actuque privato utendo* (del quale tratta appunto il nostro testo) e dell'*interdictum de itinere actuque privato reficiendo*, nel quale l'attore deve provare anche il proprio *ius* (*servitutis*, e soprattutto *reficiendi*): chiarissimo è al riguardo (Ulp. 70 *ad ed.*) D. 43.19.3.11-14.

¹⁶⁰) Ossia, stavolta, nella *sedes materiae* del nostro interdetto.

¹⁶¹) Mi riferisco a D. 43.19.3.4-5 ([4] '*Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonus vel amicos vel etiam hospites et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes: sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur, per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere Iulianus ait.* [5] '*Idem Iulianus scribit, si meus usus fructus in fundo tuo, proprietas vero tua fuerit et uterque nostrum per vicini fundum ierit, utile interdictum de itinere nos habere: et sive forte ab extraneo fructuarium prohibeatur, sive etiam a domino, sed et si dominus a fructuario, competet: nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competet*'), la cui connessione col frammento di Pomponio-Ulpiano era già valorizzata da LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 446, fr. 661, e poi da GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 371 nt. 1.

esercitato la servitù di *iter* per il tempo e nei modi prescritti¹⁶². Come accennato, non siamo in grado di stabilire se Ulpiano avesse qui rovesciato una citazione labeoniana operata da Giuliano¹⁶³, o se Pomponio utilizzasse il contributo dell'uno e/o dell'altro. Quel che sembra di poter cogliere da parte sua è un superamento dell'angusta prospettiva casistica del giurista augusteo: la continuità con essa è in certa misura confermata dalla posizione di Giuliano e dai giudizi che su di essa esprimeva Ulpiano, ma doveva far luogo a una formulazione più generale e perentoria. Con essa la legittimazione attiva dell'usufruttuario all'*interdictum de itinere* era affermata senza prospettarne una concessione in via utile¹⁶⁴, o richiedere la preesistenza di un *usus* da parte di chi – come il testatore – doveva essere proprietario¹⁶⁵, ma sulla sola base dell'uso annuale, in virtù di una costitutiva differenziazione fra requisiti «di fatto» e «di diritto», quale anche altrove sorregge il superamento, da parte di Pomponio, di dottrine labeoniane in materia di interdetti¹⁶⁶.

¹⁶² Sul «metodo ... tipicamente labeoniano» che sorregge questa soluzione – soprattutto nell'«Analogieschluß» dal caso dell'*emptor* e del successore *mortis causa* a titolo universale a quello del legatario –, HORAK, *op. cit.*, p. 249, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 198 s.

¹⁶³ Così che il nostro testo sarebbe in controtendenza rispetto ai casi in cui abbiamo visto Pomponio approdare a orientamenti analoghi rispetto a certi suoi contemporanei, ma muovendo – a differenza loro – dal contributo di Labeone.

¹⁶⁴ Una strada che in generale abbiamo verificato (*supra* III.5.VI.2) non essere eccessivamente battuta da Pomponio.

¹⁶⁵ Un'ipotesi in cui – analogamente al caso di erede e compratore – non tanto rileva l'*usus* vantato dall'usufruttuario, quanto quello del suo dante causa, della cui legittimazione all'interdetto in parola non era motivo di dubitare. Nella prospettiva di Labeone il nodo interpretativo da sciogliere è quello, per dir così, della «sopravvivenza» dell'esercizio dell'*iter* o dell'*actus*, così da legittimare, sulla sua base, la concessione dell'interdetto anche a favore dell'avente causa. Questa problematica (con la relativa risposta affermativa da parte di Labeone) dovrebbe essere confrontata coi rilievi di Ulpiano (70 *ad ed.*, D. 43.19.3.7-9) circa la fruibilità dell'*interdictum*, in via utile, anche da parte dell'*emptor* dell'usufrutto o dell'uso e del legatario (così come di *'is qui mandatu meo emit ... usus est'*, e dell'acquirente *mortis causa*) – rilievi che devono a loro volta collegarsi con la verosimile esistenza di una distinta formula dell'*interdictum de itinere actuque privato* concesso all'*emptor* (si veda MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 93). Questa linea costruttiva è invece alquanto lontana, negli esiti (col ricorso all'*interdictum utile*) e soprattutto nella logica, dall'impostazione di Pomponio, che sembra riferirsi solo a un uso annuale da parte dell'usufruttuario.

¹⁶⁶ Mi riferisco a (Paul. 66 *ad ed.*) D. 43.21.2, relativo all'interdetto *de rivis*, sul quale *supra* II.2.III.14.II ove bibliografia, III.7.III.

III.4. Analoghe procedure in materia di servitù

La distinzione tra profilo di «fatto» e di «diritto» troviamo nuovamente (a prescindere dall'espresso richiamo che egli ne faceva) alla base della riflessione di Pomponio che – sebbene provenga verosimilmente dall'esame delle azioni a tutela, o negatorie, dell'usufrutto – apre i suoi contributi in tema di servitù. Alludo a (Ulp. 17 *ad ed.*) D. 8.2.5¹⁶⁷:

Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur.

Invero non è qui chiaro se, fra le tre proposizioni in cui si articola il frammento, la memoria del nostro giurista occupasse solo quella centrale, o fosse puntualmente ripercorsa anche nelle altre. Il rilievo iniziale doveva essere però almeno presupposto da Pomponio, del quale non avrebbe altrimenti senso la soluzione relativa a infante e *furiosus*. Oggetto di studio è infatti il significato che deve essere attribuito, in tema di servitù¹⁶⁸, al termine '*invitus*', il quale potrebbe alludere tanto alla mancanza di un consenso quanto a una manifesta opposizione¹⁶⁹. Pomponio doveva inclinare per la prima opzione, secondo una scelta da cui, attraverso l'impiego della medesima terminologia, Ulpiano muove anche in tutt'altro quadro tematico¹⁷⁰: in tal modo potevano essere qui considerati '*inviti*' anche l'infante e il *furiosus*, in quanto incapaci di esprimere un reale dissenso, ma anche di '*consentire*'. Un principio che troviamo espresso e motivato da Pomponio, in merito al malato di mente, anche nei *libri ad Sabinum*, ma sul quale non mancano divergenze all'interno della stessa giurisprudenza antoniniana¹⁷¹.

¹⁶⁷) Si vedano in proposito GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, cit., p. 412 s. ove bibliografia, GAUDEMET, *Études*, cit., p. 340, KLAMI, *Teneor mandati*, cit., p. 102, NARDI, *Squilibrio*, cit., p. 28 s., 199 s., C. LANZA, *Ricerche su 'furiosus' in diritto romano*, I, Roma, 1990, p. 91, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 201.

¹⁶⁸) Il contesto è offerto, nella compilazione, soprattutto da (Paul. 2 *inst.*) D. 8.2.4; pensava più specificamente alla rinuncia o remissione della servitù GLÜCK, *op. cit.*, p. 412 s. Il richiamo alla situazione di *invitus* è anche in testi pomponiani espressamente in materia di servitù, come (33 *ad Sab.*) D. 8.2.21, (*ibid.*) D. 8.3.20.pr. e (*ibid.*) D. 8.2.27.

¹⁶⁹) Sul punto, per tutti, GAUDEMET, *loc. cit.*

¹⁷⁰) Si veda (3 *ad leg. Iul. et Papiam*) D. 23.2.45.5 ('*ait lex 'invito patrono': invitum accipere debemus eum, qui non consentit ad divortium ... rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit*'), ove è da notare la nuova disamina delle particolarità connesse al caso dell'infermo di mente.

¹⁷¹) Penso a (6 *ad Sab.*) D. 33.5.8.2 ('*non videor consentire, qui sentire non possim*');

Per quanto poi concerne la frase finale e la nuova dicotomia *factum-ius* che vi riscontravamo, è anche possibile che essa costituisca un'annotazione di Ulpiano¹⁷², quale comunque restituisce il fondamento della posizione di Pomponio, giacché ai fini delle previsioni in esame, aventi riguardo ai soli elementi di diritto e non di fatto, non potrebbe rilevare una manifestazione di volontà che, sul piano del *ius*, è del tutto inconsistente. Lapidario era al riguardo il nostro autore in (34 *ad Sab.*) D. 50.17.40 (*'furiosi ... nulla voluntas est'*), senza dimenticare che, riguardo al *furiosus*, egli escludeva persino che la sua presenza fisica fosse giuridicamente rilevante¹⁷³.

Ancor più significative sono altre indagini in tema di *servitus*: al di là delle previsioni in merito alla pignorabilità delle più antiche servitù rustiche – che abbiamo visto ammessa e regolata da Pomponio in D. 20.1.12¹⁷⁴ –, interessano adesso le sue testimonianze più direttamente pertinenti al regime processuale della rivendica o della negatoria di servitù¹⁷⁵, quali sono conservate in un passo denso e complesso come (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 8.5.4.2-5. Abbiamo già esaminato l'«approvazione» che il nostro autore riservava alla *sententia* di Labeone nel § 2¹⁷⁶ – approvazione che sembra da poter assumere in senso letterale, come adesione alla tesi secondo cui, in merito alla restituzione dei frutti connessa all'*actio negatoria servitutis*¹⁷⁷, sarà da intendere come *fructus*

difforme appare invece «il pensiero di Giuliano circa l'azione intentata dal padre per la restituzione della dote d'una sua figlia pazza», quale tramandato in (Ulp. 35 *ad Sab.*) D. 24.3.2.2: su tutto ciò, NARDI, *Squilibrio*, cit., in particolare p. 28 s.

¹⁷²) Il che forse spiegherebbe quel suo tenore glossematico che ha suscitato più di un sospetto: bibliografia in NARDI, *Squilibrio*, cit., p. 200 nt. 10.

¹⁷³) Si vedano (Paul. 16 *ad ed.*) D. 50.17.124.1 e soprattutto (Pomp. 16 *epist.*) D. 50.16.246.pr. (*'... qui mutuum aut furiosum aut infantem exhibet, non potest videri eius praestare praesentiam: nemo enim ex eo genere praesens satis apte appellari potest'*).

¹⁷⁴) Esaminato *supra* III.7.III ove bibliografia, studiando l'apporto pomponiano relativo agli interdetti, e in particolare all'*actio Serviana et quasi Serviana*.

¹⁷⁵) Una prospettiva processuale che era verosimilmente prevalente nell'indagine attorno alle previsioni edittali, mentre le problematiche (che noi diremmo) di «diritto sostanziale» dovevano essere più defilate, per ricevere ampia trattazione nel XXXIII libro *ad Sabinum*.

¹⁷⁶) *'In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt. et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium. et hanc sententiam et Pomponius probat'*. I nostri rilievi sono stati svolti *supra* II.2.III.10 ove bibliografia.

¹⁷⁷) La cui definizione è sostanzialmente speculare rispetto al caso della *confessoria servitutis*, che però Ulpiano risolveva senza apparentemente ricorrere a precedenti elaborazioni, se non a un'implicita estensione della *ratio* sottesa proprio agli orientamenti di Labeone e Pomponio.

L'interesse dell'attore che la controparte non avesse tenuto i comportamenti apparentemente giustificati da un diritto di servitù in realtà insussistente. A sorreggere la recezione, da parte di Pomponio, dell'ardita soluzione labeoniana – ove i frutti perdevano ogni valenza immediatamente materiale –, doveva essere sia l'attenzione che egli riservava a problematiche simili¹⁷⁸, sia certe coincidenti attitudini del proprio lavoro, teso a una salvaguardia degli interessi che non si arresta alla materialità dei dati contemplati nell'editto¹⁷⁹, o alla più rigida portata dei mezzi di tutela da quello introdotti.

Che del resto il nostro giurista – lungi dal presentarsi come un primo, neutro referente delle indagini labeoniane – offrisse in questa materia un contributo non secondario, è confermato dalle altre citazioni di D. 8.5.4¹⁸⁰:

¹⁷⁸) Pensiamo a quanto verificato a proposito di D. 6.1.33, D. 7.6.5.4 e D. 4.6.28.6.

¹⁷⁹) E' questo un aspetto del suo lavoro sul quale abbiamo insistito più volte: chiarissime sono ad sempio le indicazioni di D. 47.10.9.pr.

¹⁸⁰) Su questi paragrafi, e su quello precedentemente esaminato, per tutti, SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»*, cit., p. 519 s., E. BETTI, *D. 42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, in particolare p. 257 ss., KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 23 ss. ove bibliografia, BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 333 s., V. ARANGIO-RUIZ, *Sulle azioni confessorie e negatorie*, ora in *Rariora*, Roma, 1946, p. 9 ss., S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, p. 29 s., ID., *La tutela*, cit., p. 5 ss., 36 ss., 60 s., nonché la rec. di E.H. KADEN, in «*Iura*», I, 1950, p. 393 ss., P. BERETTA, *Interdetti in praesens e in praeteritum*, in «*Studi Albertario*», II, cit., p. 170, BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 357 s., MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 235 ss., 507, 512 ss., nonché la rec. di M. KASER, in «*Iura*», VII, 1956, p. 220, A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano, 1956, p. 127, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 249 s. ove altra bibliografia, FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., p. 363, M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*², Palermo, 1965, p. 181 s., PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, cit., p. 277, KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand*, cit., p. 18, 198, G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, p. 101 s., GROSSO, *Le servitù*, cit., in particolare p. 155, 164, 283 ss., 294, 296 ove bibliografia, 298, E. SEIDL, *Labeos geistiges Profil*, in «*Studi E. Volterra*», I, Milano, 1971, p. 80, RODGER, *Actio Confessoria*, cit., in particolare p. 203 s., 206 ss., A. METRO, *Fructus servitutis esse non potest?*, in «*Iura*», XXIII, 1972, p. 107, MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., p. 39 ss. ove altra bibliografia, P.J. KOUWENBERG, *Servitude et copropriété*, in «*RIDA*», XXIV, 1977, p. 284 ss., RASTÄTTER, *Marcelli notae*, cit., p. 243 ss., TAFARO, *L'interpretatio ai verba 'quanti ea res est'*, cit., p. 63 ss. ove altra bibliografia, 82 s., 86 ss., nonché la rec. di P. VOICI, in «*Iura*», XXXII, 1981, p. 182, BREONE, *Tecniche*, cit., p. 96, O. PISTOLESI, *Le attività di ripristino nelle servitù di «iter», «actus» e «via»*, in «*Studi A. Biscardi*», V, Milano, 1984, p. 269 ss. ove bibliografia, H. WIELING, *Subjective Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, in «*ZSS*», CII, 1985, p. 321 e nt. 132, 322 s., F. ZUCCOTTI, *Il locus servitutis e la sua tutela interdittale*, in «*SDHI*», LX, 1994, p. 239 ss. ove altra bibliografia, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 208, F. ZUCCOTTI, *Prassi negoziale ed elaborazione giurisprudenziale nella disciplina classica della refectio delle servitù di passaggio*, in «*Nozione, formazione e interpretazione del diritto*», II, cit., p. 619 ss., 667 ss., M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, p. 65 nt. 127, A. CORBINO, *Servitus oneris ferendi*

(3) Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragesimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit. (4) Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit (5) Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiat, Pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum. nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam. sed de refectioe viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit. non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatum id convenit.

Nel criterio attribuito a Pomponio in D. 8.5.4.2, è stato anzi individuato un elemento che Ulpiano avrebbe recuperato e valorizzato nel primo dei paragrafi trascritti, sino a combinarlo con un'altra soluzione – anch'essa proveniente dal giurista antoniniano – e operarne un sostanziale superamento¹⁸¹. In D. 8.5.4.3 appare infatti certa la paternità pomponiana del riconoscimento – in ipotesi di

e refectio parietis, in «Mélanges Cannata», cit., p. 31, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, in particolare p. 169 ss.

¹⁸¹) Così TAFARO, *La interpretatio*, cit., p. 63 ss., in particolare 88 s. (ma si veda anche pg. 4, ove si accenna alla circostanza che «nell'opera di Ulpiano coesistono affermazioni in apparenza antitetiche, riguardo al significato di *q.e.r.e.* ... che dipesero dalla confluenza ... di pregresse linee interpretative»). Dalla disamina di questo A. – cui, pur con le problematizzazioni che rileveremo, possiamo per più aspetti rinviare – emerge tutta la complessità del lavoro ulpiano, che muoveva dal riconoscimento della legittimazione attiva *in solidum* per il singolo comproprietario attore, quale operato da Pomponio (e in sintonia con altre soluzioni del medesimo giurista, come in *l. s. reg.*, D. 8.1.17 e Paul. 12 *ad Sab.*, D. 45.1.2.2, su cui, rispettivamente, TAFARO, *op. cit.*, p. 83 s., 67 ss.), per poi svilupparsi «in maniera indipendente ... come ulteriore evoluzione del principio enunciato dal giurista antoniniano». Ulpiano, tuttavia, tendeva così a «portare ad ulteriori conseguenze il criterio di stima adottato dai suoi predecessori (*scil.* Labeone e Pomponio in D. 8.5.4.2), cioè nel sostenere che esso, in quanto stima dell'interesse del concreto attore, dovesse comportare anche la limitazione *pro quota* dell'azione intentata *in solidum*». Riguardo a una simile operazione, «Ulpiano si mostrava consapevole di andare oltre la decisione di Pomponio; tuttavia tentava di presentare la propria soluzione come ugualmente collegata con quella del predecessore»: un atteggiamento che risulterebbe ai nostri fini estremamente significativo, ma che non vorremmo desunto da una lettura che prova troppo, tesa com'è a cogliere nello stesso testo, dapprima, un'espressione («*et ita Pomponius ... scribit*») con cui Ulpiano intendeva «sottolineare che con il ricordo di quella regola (*scil.* «*unicuique in solidum competit actio*») esauriva il richiamo al parere di Pomponio», e poi la spia stilistica di questo ricercato collegamento.

vindicatio servitutis in cui fosse di più proprietari il fondo (preteso) dominante – di una legittimazione attiva *in solidum* di ciascun condomino¹⁸²; così come il nostro autore avrebbe previsto, in D. 8.5.4.4, una legittimazione passiva per i contitolari del fondo (asserito) servente¹⁸³.

E' viceversa assai dubbia la risalenza al giurista antoniniano della particolare (e a lungo giudicata spuria)¹⁸⁴ disciplina che segue, mutandone la

¹⁸²) Ritiene che Pomponio «si sarebbe limitato ad enunciare il diritto di ciascun condomino ad agire *in solidum*», TAFARO, *op. cit.*, p. 87. Al riguardo, la soluzione di LENEL, *Paltingenesia*, II, cit., c. 28, fr. 89, era più cauta ma anche più ambigua, dal momento che riferiva a Pomponio anche il tratto '*sed in aestimationem ... quod eius interest, qui experietur*', mentre la proposizione seguente era evidentemente valutata come un'annotazione di Ulpiano. In tal modo si attribuiva già al nostro giurista quella duplicità di profili che rileviamo nella soluzione del referente. Essa però diverrebbe così ancor più problematica, giacché non varrebbe supporre – come riscontrato da parte di Tafaro, persuaso della paternità ulpiana dell'intera argomentazione successiva alla citazione di Pomponio – l'assemblaggio e l'integrazione di due criteri che altri, in diversa prospettiva, già avevano elaborato.

¹⁸³) In D. 8.5.4.4 si configura *in solidum* non genericamente l'*actio* (ossia il suo *petitum*), quanto l'obbligo di *restitutio arbitrato iudicis* da parte dell'unico convenuto fra i due condomini (sul punto già BETTI, *D. 42,1,63*, cit., p. 262). Anche qui, come probabilmente nel § 2, l'attenzione di Pomponio è rivolta al momento restitutorio, il che acuisce il problema circa oggetto e portata dell'*aestimatio* cui si riferiva, discostandosi dal nostro autore, Ulpiano in D. 8.5.4.3: se essa cioè concernesse l' '*interesse petitoris*' nel senso e ai fini indicati nel precedente paragrafo (come potrebbe appunto suggerire anche il proseguo del frammento), oppure la determinazione della complessiva '*summa condemnationis*' (come sembra imporre il richiamo all'*aestimatio*). E' inoltre da osservare come la simmetria tra (la parte attribuibile a Pomponio in) D. 8.5.4.3 e il paragrafo seguente – il cui contenuto non ha praticamente mai suscitato sospetti (vi individuava solo «mende formali» MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 237 nt. 322 ove bibliografia) – non autorizzi certe drastiche cesure nella ricomposizione del § 3. In esso era praticamente salvata solo la soluzione pomponiana, laddove invece l'insieme del discorso ulpiano svela le tensioni di una dialettica quantomai viva, in cui il giurista antoniniano è ora assunto come modello, ora superato e integrato (anche mediante l'estensione di prospettive a lui stesso risalenti), ma per poi tornarvi come a un interlocutore privilegiato (si noti il '*sed*', ma anche il '*libro eodem*'). Su tutto ciò, TAFARO, *op. cit.*, in particolare p. 65 s.

¹⁸⁴) Si vedano BETTI, *D. 42,1,63*, cit., p. 20 nt. 1, 258 s. e nt. 1, SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 12 s. (che espungeva come insitico l'intero tratto da '*sed in aestimationem*', eccettuata però la frase conclusiva '*quamvis ... non possit*'), KADEN, *rec. cit.*, p. 394, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., in particolare p. 235 s., 507, 514, ID., *L'effetto normativo*, cit., p. 181, GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 283 ss. (dai quali è anche sottolineata la diversa disciplina che presuppone – nel caso di sconfitta processuale dell'unico condomino attore – Marciano in 5 *reg.*, D. 8.5.19); più cauto PUGLIESE, *op. cit.*, p. 276 s. e nt. 12. Quello che più spiaceva era la contraddizione fra l'indivisibilità della servitù (cui Ulpiano stesso accenna con la proposizione finale, laddove GROSSO, *op. cit.*, p. 284, scorgeva «una ragione di dubbio») e la possibilità di una condanna *pro quota*, nonché l'ostacolo costituito dagli effetti preclusivi della *litis contestatio*, quali avrebbero impedito ai condomini non intervenuti di

portata, quella prima previsione, e secondo la quale, disatteso il *iussum de restituendo*, nell'*aestimatio* relativa alla *vindicatio servitutis* dovrà ricomprendersi il solo interesse del comproprietario attore¹⁸⁵. In realtà induce a qualche cautela anche questo collegamento fra l' '*interesse petitoris non uti fundi sui itinere adversarium*' che – in qualità di *fructus* anch'essi rilevanti nella *restitutio* e/o *aestimatio* di una *negatoria servitutis* – consideravano Labeone e Pomponio, e l' '*id quod interest petitoris*' nella cui stima sembra esaurirsi la '*summa condemnationis*' di D. 8.5.4.3¹⁸⁶. Né appaiono dissolte certe perplessità suscitate dall'operatività

ottenere una sentenza pecuniaria pari al '*quod eorum interest*', poiché – avendo il primo comproprietario agito *in solidum* – la loro sarebbe risultata un'*actio de eadem re*. Simili problemi avrebbero conosciuto un superamento solo nel diritto giustiniano, non tanto per il venir meno degli effetti preclusivi della *litis contestatio*, quanto per l'ammissione di un'*aestimatio pro parte* che avrebbe consentito agli altri condomini l'iterazione dell'azione (così soprattutto MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 236, che non mi sembra tuttavia documentare tale innovazione giustiniana). Un quadro dello *status quaestionis* è in TAFARO, *op. cit.*, p. 64 s. e nt. 3 s., che richiama altresì quelle interpretazioni che avrebbero ammesso il «possibile esperimento successivo delle azioni spettanti agli altri cointeressati, pur dopo che il diritto comune fosse stato già dedotto in giudizio da chi avesse agito per primo». In generale, scorgevano nel nostro passo un «Kern echb» KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 23 ss., in particolare 26 (ma si veda ancora KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 208), BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 344 ss. (ma in un quadro ricostruttivo, come vedremo, non privo di ombre), KOUWENBERG, *op. cit.*, p. 284 ss.

¹⁸⁵) Il problema è stato indagato, e risolto nel modo indicato, da TAFARO, *op. cit.*, in particolare p. 87 s.

¹⁸⁶) Che in D. 8.5.4.2, Labeone e Pomponio avessero perseguito «l'intento più limitato, di abbracciare nella *summa condemnationis* i frutti della servitù» (fermo restando che «proprio in relazione al calcolo dei frutti della cosa si enucleò una delle prime e più rilevanti funzioni dell'*i.q.i.*»), era già colto da TAFARO, *op. cit.*, p. 89 (del quale abbiamo peraltro già visto essere opinabile il riferimento alla sola '*summa condemnationis*': *supra* II.2.III.10). Al riguardo GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 283, scriveva che anche nel '*quod eius interest*' del § 3 «sembra intesa in primo piano la valutazione del danno interesse del singolo nella *restitutio*, ma dovrebbe esservi coinvolta anche la eventuale divisione della condanna ove, anziché alla *restitutio*, si addivenga ad una condanna pecuniaria nell'*aestimatio*». Non è però chiaro se con quel «danno interesse» egli intendesse il '*quod intersit agentis servitute non prohiberi*' cui – equiparandolo a frutti, e mantenendosi assai vicino a quanto previsto da Labeone e Pomponio per l'*actio negatoria* – si riferiva Ulpiano nel § 2, oppure l' '*id quod interest*' in cui la giurisprudenza rileggeva (secondo una tendenza tuttavia non univoca né costante: TAFARO, *op. cit.*, p. 1 ss. in particolare nt. 5 ove bibliografia) il '*quanti ea res (id est servitus) est*' della condanna pecuniaria. Nel primo caso il collegamento fra l'orientamento di Labeone e Pomponio e il suo impiego da parte di Ulpiano, risulterebbe senz'altro rafforzato, ma rimarrebbe la stranezza di un'azione che, pur pertinente all'intera servitù, avrebbe garantito al singolo condomino attore la restituzione (o sentenza) relativa ai soli *fructus*. Questi, in D. 8.5.4.2, sono intesi come qualcosa di ben distinto dall'oggetto principale dell'azione («*in confessoria actione ... fructus etiam veniunt*»), e non sembrano da identificare con l'astratto interesse all'esercizio della servitù, quanto al '*commodum*' che

tecnica del meccanismo cui, su tali basi, sarebbe pervenuto Ulpiano – perplessità non propriamente superabili anche ricorrendo a ipotesi di interpolazione¹⁸⁷.

sarebbe derivato, in assenza di indebita *prohibitio*, al titolare del fondo dominante nel periodo fra l'impedimento di quell'esercizio e la sua rimozione (in tal senso operando l'accennata analogia con i frutti considerati nella *rei vindicatio*). Se viceversa interpretiamo il nostro testo (e la lettura che ne offriva Grosso) nella seconda prospettiva, D. 8.5.4.3 (che così ai *fructus* non farebbe più riferimento, o almeno li comprenderebbe nella complessiva *aestimatio*) attesterebbe solo un più tenue legame fra l'elaborazione di Ulpiano e il contributo di Pomponio, che il primo doveva tenere presente, ma per ricavarne, nel senso indicato da Tafaro, niente più che una suggestione.

¹⁸⁷ Mi riferisco agli effetti preclusivi (cui già abbiamo accennato *supra* nt. 184) della *litis contestatio*, quali avrebbero impedito agli altri comproprietari di intentare una nuova azione, seppure solo mirata al *quod eorum interest*. Come rilevato, questo è uno dei punti che più ha alimentato i sospetti di alterazione, così come una valenza solo fattuale è stata attribuita all'espressione *victoria et aliis proderit* che, lungi dall'«affermare che la sentenza avesse effetti normativi», avrebbe solo indicato il vantaggio che i condomini non intervenuti avrebbero tratto dalla *restitutio* della servitù o dal pagamento della *litis aestimatio* (così MARRONE, *L'effetto*, cit., p. 180 s.). La stessa frase era invece letta da BETTI, *D. 42,1,63*, cit., p. 259, nel senso che «se a ciascun singolo condomino spettava da solo e per la totalità la legittimazione attiva, è logico che l'accertamento positivo (*victoria*) ottenuto da uno qualunque dei condomini» (il che ha natura e regime ben diverso dalla costituzione di servitù, per cui occorrerebbe la volontà di tutti i comproprietari) «spieghi efficacia di cosa giudicata anche a favore degli altri»; da KOUWENBERG, *op. cit.*, p. 287 s., nel senso che «cette victoire dispenser les socii de la preuve de l'existence de leur droit, s'ils doivent aussi plaider pour leur part contre leur voisin rétif. Et le voisin pourra invoquer seulement de nouveaux faits pour contester de son côté l'existence de droit». In quest'ultimo modo era però presupposta, ma non spiegata, la mancata operatività degli effetti preclusivi della *litis contestatio*. Del resto, atteso l'assorbimento di tali effetti in quelli omologhi della sentenza, la difficoltà richiamata varrà «sia per i classici che per Giustiniano, e quindi non giova ritenere interpolato il testo». L'osservazione, condivisibile (salvo ricorrere all'ammissione giustiniana di un'*aestimatio pro parte*: *supra* nt. 184), era di BIONDI, *op. cit.*, p. 346, che tuttavia la legava all'idea, assai meno persuasiva (si vedano MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 235 nt. 319, TAFARO, *op. cit.*, p. 65 s. nt. 8 ove altra bibliografia), secondo cui la *aestimatio* secondo l'interesse dell'attore avrebbe riguardo a questi come titolare della servitù nel suo complesso, e perciò comporterebbe non una condanna parziale, ma per l'intero. A fronte di simili difficoltà (connesse all'indivisibilità della servitù, che non riguarda però la traduzione pecuniaria dell'interesse a esercitarla), KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 26, riteneva che «blieb nur der Ausweg, die intentio auf die Quote zu beschränken; das iussum de restituendo mußte notgedrungen dem Beklagten allerdings eine Naturalleistung auftragen, die auch den socii zugute kam, die Geldkondemnation aber wurde dann wieder dergestalt beschränkt, daß der Kläger nur sein eigenes Interesse ohne Rücksicht auf die socii erhielt». Al riguardo GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 284, offriva un'altra interpretazione (anch'essa tale, peraltro, da suggerire meccanismi processuali piuttosto oscuri): «la limitazione della *aestimatio* ... al *quod eius interest* ... non potrebbe intendersi se non nel senso che la sentenza faccia stato anche a favore degli altri, e che ciascuno possa chiedere il

Rimane comunque plausibile e suggestivo il rilievo circa l'affiorare di quella tendenza ulpiana al riconoscimento di una condanna *pro parte* nelle azioni con pluralità di legittimati attivi che emerge anche da altri testi, ma che in questo deve misurarsi con l'indivisibilità del *petitum* e coi diversi elementi, faticosamente rielaborati e composti, di un precedente pensiero: da qui il ruolo primario da attribuire all'apporto di Pomponio, ma anche quello stile involuto e sofferto che tanto ha incoraggiato la critica più severa¹⁸⁸.

Particolare attenzione merita l'ultimo dei paragrafi richiamati, ossia D. 8.5.4.5, al centro, anche di recente, di ampie ricostruzioni¹⁸⁹. Il quadro giurisprudenziale (Pomponio, forse Giuliano, Marcello, Ulpiano stesso) vi si mantiene vivo e articolato, senza che però sia possibile individuare ascendenze labeoniane, nè recuperare i segni di un rapporto fra i diversi interpreti¹⁹⁰. Anche per questo passo non sono mancati sospetti di alterazione¹⁹¹, nè vi possiamo escludere mende formali, anche se ormai ne sembra fondamentalmente accolta la sostanziale genuinità¹⁹².

quod interest». Insiste più sulla *ratio* dell'orientamento ulpiano che sui passaggi tecnici in cui si estrinsecava, TAFARO, *op. cit.*, in particolare p. 89 s., secondo il quale «se era incontestabile che l'azione del titolare della servitù dovesse essere intentata per l'intera servitù ... era altresì innegabile che attraverso la stima dell'*i.q.i.* ... si dovesse pervenire alla condanna parziaria», tanto che nel giurista severiano sarebbe ben percepibile «l'intento di dare elasticità alla procedura formulare attraverso una lettura dei *verba condemnationis q.e.r.e.* più aderente agli interessi delle parti».

¹⁸⁸) Così TAFARO, *op. cit.*, p. 87 s., il quale ricerca la «spiegazione dell'andamento ripetitivo e quasi affannato del passo di Ulpiano» nella tensione che lo attraversa, e nell'«intrafcio che sembra arrecare alla scorrevolezza del discorso», nel quale non solo si intendeva armonizzare la propria soluzione con quella di Pomponio, ma si cercava addirittura di «ricavare dalla regola esposta dal predecessore anche sostegno alla possibilità della condanna parziaria».

¹⁸⁹) Come quelle di PISTOLESI, *Le attività di ripristino*, cit., p. 269 ss. e ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 619 ss., 667 ss. Soprattutto in questi studi – cui si può senz'altro rinviare anche per la diagnosi di quegli aspetti che, *brevitatis causa*, accenneremo soltanto – il nostro testo assume particolare risalto sotto un triplice profilo: della disciplina prevista in tema di *reflectio servitutis*, del contenuto e delle finalità dell'*actio confessoria*, e dei rapporti fra questa e l'*interdictum de itinere actuque privato reficiendo*.

¹⁹⁰) Si veda *supra* II.2.III.10 e II.4.II.5. Era forse questa la ragione per cui LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 28, fr. 89, non includeva *sub* Pomponio il tratto successivo a '*confessoria actione mihi utendum*'.

¹⁹¹) Si vedano in particolare SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria*, cit., p. 596 ss., SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., p. 30, ID., *La tutela*, cit., p. 5, 60 s., secondo i quali il nostro testo si sarebbe originariamente riferito al solo *iter*: una disamina di tali posizioni in PISTOLESI, *op. cit.*, p. 270 s. nt. 3, ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 620 ss.

¹⁹²) Così PISTOLESI, *op. cit.*, p. 270 s. nt. 3 (il quale sottolinea fra l'altro l'anomalia del richiamo, dapprima, a tutte e tre le servitù di passaggio, poi solo a *via* e *iter*, e infine

Neppure troppo problematico appare il confronto fra i giuristi richiamati, e in particolare fra Pomponio e Marcello, giacchè entrambi propendono per un impiego atipico¹⁹³ della *vindicatio servitutis* (qui ancora denominata, secondo una terminologia a lungo sospetta¹⁹⁴, '*actio confessoria*'), come volta a ottenere la *refectio* della servitù di passaggio ad opera del titolare

unicamente a quest'ultimo); si veda però ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 620 ss., il quale non esclude la presenza anche di interpolazioni sostanziali. L'originario riferimento al solo *iter* è però da questo A. proposto in termini diversi (e, seppure alquanto congetturali, più condivisibili) rispetto alla critica precedente, in quanto Ulpiano e i giuristi da lui citati avrebbero pensato «all'impraticabilità non tanto dello *ius eundi* in sé considerato, quanto del sentiero o della strada nella sua materialità (e dove quindi il termine «*iter*», usato in senso atecnico, doveva essere più che sufficiente)». Un approccio al nostro testo tendenzialmente conservativo era già in ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 9, GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 294 (soprattutto riguardo all'impiego della *vindicatio servitutis*), RODGER, *Actio Confessoria*, cit., p. 209 ss. (seguito da RASTÄTTER, *op. cit.*, in particolare p. 244 nt. 291), secondo cui «there is no justification for ... a radical onslaught», quale promosso da Segrè e Solazzi: ad esempio, «it is just possible that the references to *via* in the first sentence are interpolated», mentre sarebbero assai meno plausibili i sospetti circa la menzione dell'*actus* e la stessa terminologia '*actio confessoria*'.

¹⁹³) Parla di «un'applicazione della confessoria alquanto eterodossa da un punto di vista dogmatico e sistematico», in quanto non si controverte attorno alla sussistenza del *ius servitutis* ma perché siano rimossi gli impedimenti materiali al suo esercizio, ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 669. Tale anomalia appare però temperata, se non contraddetta, dallo stesso A. laddove rileva (*op. cit.*, p. 670 s. e nt. 171) che la *vindicatio servitutis* dovrebbe spettare al solo titolare della servitù non disponente dello *ius reficiendi*, mentre nel caso opposto, avendo il proprietario del fondo dominante «la facoltà – e quindi, per tal verso, l'onere – di provvedere alla manutenzione del sentiero», l'inerzia del titolare del fondo servente non potrebbe interpretarsi come «un atteggiamento atto a negare sostanzialmente la sussistenza dello *ius eundi agendi*». Sul punto già GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 298, che individuava sì nel nostro testo «un'incrinatura» della logica del processo formulare, ma riteneva che nel comportamento del *dominus* del fondo servente dovesse scorgersi, «nel fatto, un contrasto colla affermazione della servitù, che l'*intentio* conteneva appunto questa affermazione, e di essa faceva l'oggetto della lite»: oggetto di eventuale *restitutio* sarà stato così il '*reficere sternere pati*' mentre, in assenza di quella, la *condemnatio* avrà riguardato nella sua intierezza il *ius servitutis*. Ciò costituiva per GROSSO, *Le servitù*, cit., p. 298 nt. 9 (diversamente SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 61) «la ragione di preferire l'*interdictum de itinere actuque reficiendo*», in quanto la considerevole entità della condanna pecuniaria doveva rappresentare sia un efficace strumento coercitivo nei confronti del convenuto (come anche Grosso rileva) sia un concreto motivo di preferenza per l'attore, nonostante i più lunghi tempi processuali. Torneremo fra breve sui dubbi recentemente avanzati rispetto a questo regime di concorso elettivo fra azione e interdetto, quale presupposto nella ricostruzione del Grosso.

¹⁹⁴) Si veda *supra* II.2.III.10, nonchè ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 620. Diversamente, RODGER, *Actio Confessoria*, cit., in particolare p. 211, secondo cui simili congetture «do not nearly reach the standard required to cast real doubt on the inference that the term *confessoria actio* was already known to Pomponius».

del fondo servente¹⁹⁵. Il rapporto fra quei due contributi è anzi ricostruito, nell'esposizione ulpiana, in una prospettiva precisa, nel senso che l'autore severiano muove dalla più ampia formulazione di Pomponio per operarne un riscontro nell'esemplificazione offerta da Ulpio Marcello, e che non è peraltro lontana da un caso che il giurista antoniniano esaminava nel quinto libro *ad Sabinum*¹⁹⁶. Tanto la posizione di fondo quanto le particolari fattispecie rinviano quindi al nostro giurista, e consentono di vedervi il protagonista di quest'innovativo e atipico utilizzo della *vindicatio servitutis*, che era del resto dettato dalla preminenza da lui sempre attribuita al momento dell'effettività degli interessi e dei diritti, quale qui impone un nesso stringente tra *refectio* e titolarità della servitù¹⁹⁷ – come sostanzialmente non esercitabile in mancanza della prima –, e quindi un adattamento degli strumenti approntati per la tutela di tale titolarità anche al fine di ottenere le operazioni di manutenzione e ripristino.

¹⁹⁵) Questo sembra uno dei punti di maggior contatto nelle ricostruzioni di PISTOLESI, *op. cit.*, p. 272 ss. ove bibliografia, in particolare 283 ss., e ZUCCOTTI, *Il locus servitutis*, cit., p. 241, ID., *Prassi negoziale*, cit., p. 619, 624 s. In precedenza, si era invece prevalentemente ritenuto che il principio '*servitus in faciendo consistere nequit*' (ben presente allo stesso Pomponio, soprattutto in 33 *ad Sab.*, D. 8.1.15.1) operasse nel senso di escludere che le attività di manutenzione e ripristino potessero gravare sul *dominus* del fondo servente, così che l'*actio confessoria* avrebbe mirato a impedire che questi ostacolasse il '*reficere sternere*' realizzato dallo titolare della servitù. In tal senso, BERETTA, *Interdetti*, cit., p. 170 nt. 3 ove bibliografia, BIONDI, *op. cit.*, p. 357 s., FRANCIOSI, *Studi sulle servitù*, cit., p. 102. Meno chiaro l'orientamento di GROSSO, *Le servitù*, cit., in particolare p. 298 s. e nt. 10, il quale ritiene, a proposito della fattispecie profilata da Marcello, che «la *restitutio* importi che l'albero sia rimosso dal proprietario del fondo servente», ma delineando tale disciplina quasi in termini eccezionali, laddove invece il caso dell'*arbor impendens* costituisce un'esemplificazione della disciplina già attribuita a Pomponio: PISTOLESI, *op. cit.*, p. 273 s.

¹⁹⁶) Si tratta di D. 7.1.19.1, in tema '*de usu fructu et usu legato*' (LENEL, *Palingsensia*, II, cit., c. 96 s.): '*Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiendum*'. Sull'analogia con D. 8.5.4.5, percepibile anche a livello terminologico, PISTOLESI, *op. cit.*, p. 278 ss. ove bibliografia, CORBINO, *Servitus oneris ferendi*, cit., p. 30 s. Naturalmente una simile connessione rafforza la sintonia fra gli orientamenti di Pomponio e Marcello, ma non autorizza a supporre che la stessa fattispecie delineata nel V libro *ad Sabinum* fosse dallo stesso autore, quasi invariata ma in una diversa *sedes materiae*, riproposta nel XLI libro *ad edictum*, e che in D. 8.5.4.5 Ulpiano registrasse una sua concordanza con la *nota* di Marcello, se non addirittura una sua utilizzazione da parte di quest'ultimo. Il tardo giurista antonino poteva consultare, con ogni probabilità, i *libri ad edictum* di Pomponio, e conservarne memoria nel chiosare una contigua soluzione di Giuliano: ma la lettera del testo rende tutte queste interpretazioni altamente congetturali.

¹⁹⁷) Quale risulta adombrato da Pomponio – sia pure con una diversa operatività – anche in (33 *ad Sab.*) D. 8.4.11.

Al solo Ulpiano sembra invece da attribuire il tratto successivo, da cui emerge il profilo forse più controverso, attinente alla relazione (di concorso elettivo o più probabilmente di alternatività) tra la *vindicatio servitutis* e l'*interdictum de itinere actuque privato reficiendo*¹⁹⁸, quale fruibile dal solo proprietario del fondo dominante che, oltre l'*usus* nell'ultimo anno, potesse provare la sussistenza di un suo '*ius reficiendi*'¹⁹⁹, e comunque escluso – salvo

¹⁹⁸) Esemplare è, al riguardo, la discordanza fra PISTOLESI, *op. cit.*, in particolare p. 281 ss. e ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 622 ss., 667 ss. Secondo il primo si tratterebbe di due forme di tutela concorrenti, fra cui il proprietario del fondo dominante potrebbe scegliere, in considerazione dei requisiti e delle finalità perseguite: in particolare, la prova dell'*usus* nell'ultimo anno (cui dovremmo aggiungere quella della sussistenza di un '*ius reficiendi*') necessaria nell'ipotesi di interdetto; la possibilità, che questo garantiva in più rapidi tempi, di effettuare personalmente, al riparo da turbative, le operazioni di manutenzione e ripristino, oppure – con la *vindicatio servitutis* – ottenerne l'esecuzione da parte del titolare del fondo servente. Da questa interpretazione – ma anche da quanto, in un'ottica non lontanissima, scritto da GROSSO, *Le servitù*, cit., in particolare p. 298 (che individuava, secondo una prospettiva risalente almeno a Cuiacio, una buona ragione per la coesistenza dei due rimedi nella possibilità di ricorrere alla sola *vindicatio servitutis* in caso di *non usus*, mentre escludeva la fruibilità anche dell'azione ove fosse escluso il '*ius reficiendi*', poiché in tal caso «il convenuto sarebbe stato assolto, se non altro per il venir meno della legittimazione passiva e di una corrispondente possibilità di individuare una *restitutio*»: un rilievo, quest'ultimo, cui sembra tuttoggi mancare una risposta), e da RODGER, *Actio Confessoria*, cit., p. 209 s. (il quale pensava, sulle orme di Jhering – ma si veda anche BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 357 s., RASTÄTER, *op. cit.*, p. 244 s. – a uno sviluppo storico in cui si affermò inizialmente la tutela interdittale e «Pomponius was a proponent of the new trend allowing the wider scope to the real action») – si discosta lo Zuccotti. A suo avviso sono ben diverse le ipotesi in cui ricorrere all'*interdictum* o alla *vindicatio servitutis*: a delinearle è essenzialmente la presenza (nel primo caso) o l'assenza (nel secondo) di un *ius reficiendi* attribuito con l'atto costitutivo al titolare del fondo dominante. L'argomentazione con cui è delineata questa ricostruzione è in più punti persuasiva: tuttavia vi incide forse troppo il tentativo di evitare in ogni modo una sovrapposizione tra i due tipi di tutela che, spiegabile su basi storiche, non sarebbe affatto sorprendente nell'esperienza giuridica romana; senza dimenticare certe ombre che vi gettano sia l'irrisolto rilievo di Grosso poc'anzi richiamato, sia la lettera del frammento, laddove è detto '*et interdicto uti possumus*'. Quest'indicazione parrebbe riconoscere l'esistenza di forme di tutela complementari, né è semplice liquidarla come una «dive incongruità» spiegabile con immancabili «tagli», mentre appare più plausibile che Ulpiano si limitasse a menzionare, senza forse specificarne l'ambito di operatività, i rimedi astrattamente utilizzabili per la fattispecie descritta, e che trattasse secondariamente dell'interdetto non solo in ossequio alla *sedes materiae*, ma soprattutto perché «nella pratica negoziale la norma doveva essere di fatto costituita dall'esclusione convenzionale dello *ius reficiendi*».

¹⁹⁹) Il tenore dell'interdetto, che nella sistematica edittale leneliana è congiunto all'*interdictum de itinere actuque privato utendo*, è ricostruito da MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 82. Che il *ius* ivi menzionato attenga non tanto (o non solo) alla *servitus*, quanto al diritto di accedere nel fondo servente e ivi realizzare (da parte dello stesso titolare del fondo dominante) la manutenzione e/o il ripristino dello spazio cui pertiene la servitù di

diversa, specifica pattuizione – ove egli ‘*silice ... sternere velit*’²⁰⁰. Una problematica, quest’ultima, che nessun elemento consente di immaginare come già affrontata da Pomponio, ma che certo trovava la sua ragion d’essere proprio nelle ardite innovazioni che in quest’ambito egli aveva introdotto.

III.5. Le azioni divisorie, in particolare *finium regundorum* e *familiae erciscundae*

III.5.1. Estensione dell’*officium iudicis*

Spunti di un certo interesse emergono anche dall’indagine pomponiana in tema di azioni divisorie. A parte il caso dell’*actio finium regundorum*, che alle altre procedure è accostabile soprattutto per la composizione della *formula* e la presenza, in essa, di un’*adiudicatio* – azione di cui Pomponio indagava il problematico impiego in ipotesi di comproprietà²⁰¹ su uno dei due fondi «vicini»²⁰² –, le nostre maggiori informazioni pertengono all’*actio familiae erciscundae*, laddove la controversa esperibilità dell’*actio communi dividundo* è invece discussa, nell’*ad edictum*, fuori *sedes materiae*, ossia in relazione a casi di *confusio* richiamati trattando della *rei vindicatio*²⁰³. Nei nostri sette testi relativi

passaggio, appare ribadito da ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 636 ss. ove bibliografia. Considerava invece requisito per l’esperibilità del nostro interdetto (solo) «la spettanza della servitù», SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 60 (ma anche BIONDI, *op. cit.*, p. 358): in tal modo sarebbe però inopportuno concessa la tutela interdittale anche a colui che – come scrive Ulpiano in 70 *ad ed.*, D. 43.19.3.14 – ‘*ius cundi habeat et agendi, reficiendi ius non habeat*’.

²⁰⁰) Ossia, come traduce ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 673, qualora il «titolare della servitù ... intenda procedere alla pavimentazione del sentiero». Sui sospetti destinati dal finale del nostro testo (soprattutto da ‘*nisi nominatim*’ in avanti), SEGRÈ, *op. cit.*, p. 596, SOLAZZI, *La tutela*, cit., p. 60. Una sua sostanziale genuinità, pur in presenza di «una contrazione riassuntiva del discorso ulpiano», è invece riconosciuta da ZUCCOTTI, *Prassi negoziale*, cit., p. 674 nt. 184, il quale (*op. cit.*, p. 673 ss.) vi scorge anzi una conferma della spettanza dell’*actio confessoria* al solo titolare della servitù sprovvisto di ‘*ius reficiendi*’ e perciò impossibilitato a ricorrere alla tutela interdittale.

²⁰¹) Che è poi una delle situazioni in cui più delicata risulta l’operatività di certe procedure e che più spesso vengono richiamate dal nostro autore: pensiamo a D. 6.1.3.2, D. 6.1.5.pr.-1, D. 6.1.8, D. 8.5.4.3-4.

²⁰²) Alludo a (Paul. 23 *ad ed.*) D. 10.1.4.7, esaminato *supra* III.5.VI.2. Un punto interessante della disciplina dell’*actio finium regundorum* è colto dal giurista antoniniano in (13 *ad Sab.*) D. 11.2.1.

²⁰³) Più precisamente, l’*actio communi dividundo* risulterà esperibile nell’ipotesi di confusione di grano verificatasi ‘*voluntate dominorum*’, mentre è espressamente esclusa nel caso di commistione separabile di metalli: D. 6.1.5.pr.-1 (su cui *supra* III.8.III.2 ove bibliografia). Non immediatamente collegati a questi testi (cui sono invece per più aspetti da accostare D. 41.1.27 e D. 41.3.30, entrambi provenienti dal XXX libro *ad Sabinum*), sono i contributi che, in tema di azione di divisione della comproprietà, rinveniamo in altre

all'azione di divisione dell'eredità²⁰⁴, al centro dell'indagine pomponiana risulta – a parte un paio di spunti circoscritti e defilati – la problematica identificazione di ciò che «rientri» nel *iudicium* in esame, nel duplice senso di definire fin dove si spinga l'*officium* del giudicante e quali siano i beni (o il loro equivalente) oggetto della divisione.

Gli spunti cui accennavamo riguardano in primo luogo l'esclusione del ricorso a una vendita all'asta per determinare il soggetto cui affidare la custodia degli *'instrumenta hereditaria'*²⁰⁵: una posizione che sarebbe stata senz'altro condivisa (con una formula che anzi elide la distanza temporale fra sé e il giurista citato)²⁰⁶, da Ulpiano – il quale avrebbe più in generale rilevato come nell'azione di divisione ereditaria il giudice debba disporre che le tavole testamentarie permangano presso chi sia erede *'ex maiore parte'* oppure siano conservate in un luogo sacro²⁰⁷.

In secondo luogo, rileva la disciplina per cui Pomponio inclinava ove

opere pomponiane: si vedano (Paul. 6 *ad Sab.*) D. 10.3.19.2-4, (Pomp. 13 *ad Sab.*) D. 10.3.20, (Pomp. *ibid.*) D. 11.2.1, (Pomp. 21 *ad Sab.*) D. 10.2.47, (Pomp. 27 *ad Sab.*) D. 21.2.34.1, (Paul. 2 *quaest.*) D. 10.3.29.1.

²⁰⁴) Il numero dei frammenti coincide con quello di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 28 s., anche se converrebbe forse porre sotto lo stesso frammento palingenetico il *principium* e i §§ 1 e 2 di D. 10.2.8, e rimangono testi distinti, nonostante l'evidente continuità di contenuto, D. 10.2.8.1-2 e D. 41.1.44.

²⁰⁵) Alludo a (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.6 (*'Nam ad licitationem rem deducere, ut qui licitatione vicit hic habeat instrumenta hereditaria, non placet neque mihi neque Pomponio'*), su cui F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, X, Milano, s.d., p. 98, W. KROLL, *Licitatio*, in «PWRE.», XIII.1, Stuttgart, 1926, p. 505, M. TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in «Atti della Accademia nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche», Roma, 1954, p. 105 e nt. 3, G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961, p. 15 nt. 10, ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 303 nt. 32, 314 nt. 75.

²⁰⁶) *Supra* I.2.II.2.

²⁰⁷) A questa soluzione non si derogava, sulle orme di Labeone, neppure nel caso di vendita dell'eredità, dovendo in quel caso l'erede consegnare solo una copia. Si veda (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.4.3: *'Sed et tabulas testamenti debeat aut apud eum, qui ex maiore parte heres est, habere manere aut in aede deponi. nam et Labeo scribit vendita hereditate tabulas testamenti descriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare, tabulas vero authenticas ipsum retinere aut in aede deponere'*. E' tuttavia probabile – come rileva TALAMANCA, *Contributo*, cit., p. 105 nt. 3 – che la «pratica» respinta dai nostri due giuristi avesse una qualche applicazione (e probabilmente non fosse priva del riconoscimento di altri *prudentes*). Condivisibile anche l'osservazione di TALAMANCA, *loc. cit.*, secondo cui è più probabile che il passo concernesse una vendita all'asta in cui si offriva una somma «quale corrispettivo del vantaggio di custodire gli *instrumenta*», anziché «una cauzione per gli stessi».

oggetto di prelegato fossero i libri contabili o un ‘*servus actor*’²⁰⁸: il coerede legatario avrebbe potuto sì ottenerne il possesso, ma non prima che, rispettivamente, gli altri coeredi ne avessero tratto copia o fossero stati resi i conti dell’amministrazione dello schiavo²⁰⁹. Il problema che si apriva in entrambi i casi (e nel primo a maggior ragione) era quello di ammettere come oggetto di (pre-)legato cose o persone che avessero attinenza, o addirittura documentassero, la gestione di beni che cadevano nella comunione ereditaria. Quest’ultimo dato appare qui, diversamente dalle ipotesi che esamineremo fra breve, presupposto e indiscusso: la soluzione di Pomponio assume piuttosto come fine primario la salvaguardia dell’interesse dei coeredi a non vedersi privati dell’idonea documentazione (con gli ovvi rischi che ne conseguivano riguardo alle loro aspettative in sede di divisione)²¹⁰. Un orientamento di cui Ulpiano avrebbe forse condiviso la *ratio* più che il meccanismo, sino a introdurre – anche alla luce dell’esigenza che in certi casi si avverte di disporre dell’originale piuttosto che delle copie – il ricorso a *cautiones*²¹¹.

Il fulcro dell’apporto pomponiano si sviluppa però, come segnalato, attorno ad altre problematiche, il cui primo profilo è costituito dalla determinazione del fascio di eventi e disposizioni la cui cognizione rientra nell’*officium* del giudicante. Esempolari le *quaestiones* poste nel già esaminato

²⁰⁸) Verosimilmente da intendere – seguendo L. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Firenze, 1935, p. 62 – come «schiavo amministratore»; analogamente H. WIELING, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in «Mandatum und Verwandtes», cit., p. 239 e nt. 28.

²⁰⁹) Il testo cui riferirsi è (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.8.pr. (‘*Pomponius scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. nam et si servus actor, inquit, fuerit legatus, non alias eum tradendum, quam rationes reddiderit. nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda, ut, quotiens desideratae fuerint rationes vel actor praelegatus, copia eorum fiat? plerumque enim authenticae rationes sunt necessariae actori ad instruenda ea quae postea emergunt ad notitiam eius spectantia. et necessarium est cautionem ab eo super hoc coheredibus praestari*’), sul quale, per tutti, BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, cit., p. 95, DE SARLO, *Il documento*, cit., p. 62, 206 s., VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 738, 747, R. ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, p. 285 (ove una difesa, nei confronti del De Sarlo, della piena genuinità del passo), B. NICHOLAS, ‘*Videbimus*’. II, in «Studi Volterra», II, cit., p. 597, ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 303 nt. 32, 314 nt. 75, WIELING, *Drittwirkungen des Mandats*, cit., p. 239.

²¹⁰) Un interesse che Giuliano (come apprendiamo da Ulp. 19 *ad ed.*, D. 10.2.16.5) avrebbe stimato tale da ritenere fruibili, in ipotesi di distruzione o falsificazione delle *rationes* ad opera di un coerede, sia l’*actio legis Aquiliae* che il *iudicium familiae erciscundae*.

²¹¹) Tale lettura sostanzialmente prescinde dai sospetti di alterazione che sulla seconda parte del testo avanzava – sulla sola base di indizi formali (in primo luogo l’espressione ‘*nos videbimus*’) – NICHOLAS, *loc. cit.*

(Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.18.1-2²¹², da cui ricaviamo la persuasione pomponiana circa l'estraneità di ogni accertamento relativo alla morte del testatore, della moglie o dei figli rispetto alla divisione ereditaria. Si tratta sì di eventi determinanti o influenti sulle sorti della successione, che fungono quindi come concreto presupposto dell'azione divisoria, ma senza alcuna attinenza giuridica con essa e che anzi si pongono su un piano (quello penalistico) completamente diverso. L'*officium* del giudice si estenderà viceversa a conoscere e provvedere in merito a qualsiasi disposizione (anche di natura modale) del *de cuius*, sempre che essa non inneschi aspettative e interessi più direttamente tutelabili con altro mezzo, fosse pure *l'agere praescriptis verbis* che proprio Pomponio dovette per primo prospettare in questo suo impiego affatto atipico, e che forse già Ulpiano stimava meno pertinente dell'azione divisoria²¹³.

In modo simile, il nostro giurista doveva interrogarsi sulla possibilità, per il giudice, di provvedere ad *adiudicatio* dello stesso bene a più soggetti: di Pomponio è infatti la previsione circa la necessità di ciò nel caso di *legatum per praeceptionem* della medesima *res* a favore di più coeredi. E' però probabile²¹⁴ che egli amettesse la stessa modalità di *adiudicatio* anche con l'assegnazione *pro diviso* di un bene, col che diverrebbe più logica l'integrazione ulpiana, secondo cui una strada ulteriore sarebbe costituita da una vendita all'asta con cui determinare l'*adiudicatio* della *res* a uno solo dei dividendi²¹⁵.

²¹²⁾ (1) 'Sed an in familiae eriscundae iudicium de morte testatoris vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt quaestionem heredes, quaeritur: et rectissime Pomponius ait haec ad divisionem rerum hereditiarum non pertinere. (2) Idem quaerit, si quis testamento caverit, ut serrus exportandus veneat, officio familiae eriscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non interdicat. sed et cum monumentum inssit testolare fieri, familiae eriscundae agent, ut fiat. idem tamen temptat, quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur, praescriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat'. Ampia disamina del passo, soprattutto in relazione al § 2, *supra* in particolare III.5.V ove bibliografia.

²¹³⁾ *Supra loc. cit.* ove bibliografia.

²¹⁴⁾ Come evidentemente già colto da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 29, fr. 98.

²¹⁵⁾ Il testo cui riferirsi è (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.22.1 ('Familiae eriscundae index ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta (ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur) vel si certam partem unicuique coheredum adsignet: sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare'), sul quale BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., p. 95 (che dubita della sua integrità), G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, p. 230 nt. 2, 232, J.F. LEUBA, *Origine et nature du legs per praeceptionem*, Lausanne, 1962, in particolare p. 85 ss., A. METRO, *Il «legatum partitionis»*, in «Labeo», IX, 1963, p. 322, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 738 s., R. RÖHLE, *Praetor fideicommissarius*, in «RIDA», XV, 1968, p. 404, ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 310 e nt. 56, 410 nt. 85. Difficile dire se il riferimento alla '*licitatio*' sia qui teso a colmare una lacuna (o tale giudicata da Ulpiano) nella trattazione di Pomponio, oppure una sua espressa esclusione, come nel caso di D. 10.2.6. Per il valore differenziante la rappresentazione dei

Riconosciuta da Pomponio era anche la possibilità di una riunione di più giudizi divisorii, in cui fosse comune almeno una parte. Così, nell'ipotesi di (Paul. 23 *ad ed.*) D. 10.2.25.4²¹⁶, dinanzi ad un'eredità che è comune fra un primo e un secondo soggetto, ed una che è comune fra il primo ed un terzo, si ammette la costituzione di un unico *iudicium* con tre coeredi (di cui certo non è più possibile presumere l'identità di quote, atteso il possibile diverso ammontare dei due assi ereditari) e due eredità. Invero il procedimento qui contemplato non attiene tanto all'*officium* del *iudex* quanto a un momento anteriore alla *litis contestatio*, come indica anche la terminologia impiegata ('*iudicium accipi*')²¹⁷: è però evidente come l'unificazione del giudizio ammessa in quella sede abbia significative ripercussioni su poteri e doveri del giudice.

La soluzione partecipava, nel lavoro di Pomponio, dell'usuale tendenza ad adattare gli strumenti processuali nel modo che meglio garantisse economia di tempi e protezione di interessi: esigenza che, nei *libri ad Sabinum*, avrebbe indotto lo stesso giurista a ritenere possibile la nomina di un solo giudice qualora fra le stesse parti fosse intrapresa un'*actio familiae eriscundae* e un'*actio communi dividundo* (o *finium regundorum*)²¹⁸. A parte quest'ulteriore ipotesi, la validità dell'indirizzo pomponiano in merito alla divisione ereditaria appare confermata dalla formulazione, in cui ogni impronta casistica è ormai dissolta, dello stesso Paolo nel paragrafo precedente²¹⁹.

compiti del *iudex* che assume questo ricorso alla '*licitatio*' fra Pomponio e Ulpiano (col primo che rileva la necessità di un' '*adiudicatio pluribus*', e il secondo che parla – sempre che l'*incipit* sia solo suo – di un «potere»), LEUBA, *op. cit.*, in particolare p. 86.

²¹⁶ '*Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi inter tres Pomponius scribit*'. Su questo passo, BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., p. 15, M. KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, in «ZSS.», LXXXIV, 1967, p. 6, ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 349 nt. 145, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 289.

²¹⁷ Situazione processuale che può essere qui riferibile anche all'attore, atteso il carattere divisorio dell'azione (per cui ogni parte assume ruolo di attore e di convenuto): KASER, *Zum Formproblem*, cit., p. 6.

²¹⁸ Mi riferisco a (13 *ad Sab.*) D. 11.2.1 ('*Si inter plures familiae eriscundae agetur et inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eundem iudicem sumendum: praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii possunt, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet*'), sul cui collegamento con D. 10.2.25.4, BERGER, *loc. cit.*, ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 348 s. nt. 145.

²¹⁹ '*De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sint, unum familiae eriscundae iudicium sumi potest*'. E' appena il caso di rilevare – alla luce di quanto osservato *supra* I.2.II – la sequenza dell'esposizione paolina, in cui è prima affermato, come elaborato autonomamente, il principio generale, e poi, quasi solo come conferma, la soluzione casistica (risalente a Pomponio) che di quello dovette essere il fondamento.

III.5.II. L'oggetto della divisione ereditaria

L'altro profilo cui abbiamo ricondotto – soprattutto per comodità espositiva, attesa la forte contiguità con alcune delle problematiche finora ripercorse – il contributo di Pomponio in tema di divisione ereditaria, attiene all'identificazione di ciò che concretamente ricada in essa. Quanto agli animali del *de cuius*, il nostro giurista non nutriva dubbi circa la permanenza nell'asse ereditario di quanti ancora presentassero la *'consuetudo revertendi'*. La nozione, invocata per le colombe che sono solite *'emitti de columbario'* ma che non per questo risultano uscite dalla sfera dominicale²²⁰, era forse impiegata da Pomponio anche per le api²²¹ e si connette comunque al coevo insegnamento di Gaio²²². E' a questi due giuristi che quindi dobbiamo – secondo un parallelo ricorrente in numerosi altri contesti, ma che anche qui non consente di ipotizzare reciproche derivazioni – la prima, compiuta formulazione del criterio in esame, dietro a cui Gaio pure rintracciava una *'regula tradita'* o *'comprobata'*²²³, e che risulta almeno presupposto, qualche anno prima, in una

²²⁰) Più difficile stabilire se l'analoga soluzione relativa alle api fosse formulata già da Pomponio. Si veda (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.8.1 (*'Idem Pomponius ait columbas, quae emitti solent de columbario, venire in familiae eriscundae iudicium, cum nostrae sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi. quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio. idem et in apibus dicitur, quia in patrimonio nostro computantur'*), sul quale S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, ora in *Scritti*, VI, cit., p. 343, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, cit., p. 165 s. nt. 201, 252 s. (che dubitava del tratto *'quare ... competit actio'*), D. DAUBE, *Doves and Bees*, in «Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges H. Lévy-Bruhl», Paris, 1959, p. 64 ss. (di cui appare però superata l'ipotesi di un'iniziale formulazione del criterio della *'consuetudo revertendi'* in relazione alle colombe, con successiva estensione alle api); G.G. ARCHI, *rev.* A F. WIEACKER, *Textstufen*, cit., in «Jura», XII, 1961, p. 446, D. HUGHES, *Furtum ferarum bestiarum*, in «The Irish Jurist», IX, 1974, p. 187, POLARA, *Le «venationes»*, cit., in particolare p. 128 s., 174, 176, R. LAMBERTINI, «*Erepta a bestiis*» e occupazione, in «Labeo», XXX, 1984, p. 199 s. (che difende anche il riferimento all'*actio furti* espunto dall'Albanese).

²²¹) In questo senso, ALBANESE, *op. cit.*, p. 253. Diverso, evidentemente, l'orientamento di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 28 s. (che arresta il frammento paligenetico pomponiano alle paole *'ad nos revertendi'*), e poi, espressamente, DAUBE, *Doves*, cit., p. 66.

²²²) In *Inst.* 2.68 (che pur ha alimentato vari dubbi di tradizione testuale, ripercorsi da W. FLUME, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in «ZSS.», LXXIX, 1962, p. 2 ss. ove bibliografia) – in cui ricorrono gli esempi di colombe, api e cervi –, e nel corrispondente (2 *rer. cott.*) D. 41.1.5.5., ove è aggiunto il caso dei pavoni. Il riferimento ad animali che *'emitti ac reverti solita sunt'*, e non possono quindi essere oggetto di occupazione, ricorrerà in un'altra opera istituzionale, ossia nel manuale (libro VI) di Fiorentino, come attesta D. 41.1.4 (su cui da ultimo QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., in particolare p. 81 ss. ove bibliografia).

²²³) Rispettivamente, nel passo delle *Institutiones* e delle *Res cottidianae*. Con tale *regula* sembra peraltro presupposta più che enunciata la nozione di *consuetudo revertendi*, prevedendosi semplicemente la perdita della proprietà e conseguente «occupabilità» degli

soluzione di Celso figlio²²⁴. Nelle *Institutiones* (e nelle *Res cottidianae*) il principio è significativamente proposto in termini generali; nell'analisi di Pomponio sorregge la soluzione in tema di divisione ereditaria²²⁵, ma non possiamo escludere implicasse un più vasto orientamento, nel quale poteva trovar posto la persuasione della conservazione (anche) del possesso sugli animali con '*consuetudo revertendi*'²²⁶.

La disciplina di colombe (e api) doveva connettersi, in Pomponio, con l'analisi della problematica relativa alla permanenza nel patrimonio ereditario di animali domestici catturati e portati via da qualche predatore, ma da questo non ancora consumati ed anzi sfuggiti al suo controllo²²⁷. La soluzione era

animali che non presentano più l'attitudine a tornare. Quanto alla risalenza di tale orientamento, lo riconduce al Proculo di *Coll.* 12.7.10 (su cui, diversamente, alla nt. seguente), DAUBE, *op. cit.*, p. 64 ss. (secondo cui lo scolarca avrebbe solo ignorato, o negato, l'accennata estensione al caso delle api, per cui, in generale, fu Celso che «made the habit of returning the decisive criterion»), seguito da STEIN, *Regulae iuris*, cit., p. 99 ss.

²²⁴) Conservata in (Ulp. 18 *ad ed.*) *Coll.* 12.7.10, da cui può invece desumersi il rifiuto (o addirittura l'ignoranza) di Proculo del criterio in esame, o almeno della sua operatività nel caso contemplato (che è però assai simile a quelli riportati dai maestri antoniniani).

²²⁵) Vale quindi anche per il nostro giurista la giustificazione (basata sulle caratteristiche delle rispettive opere) che POLARA, *op. cit.*, p. 128 ss., forniva per le difformità nell'elenco degli animali in Gaio rispetto a Paolo (D. 41.2.3.16) e Ulpiano (appunto D. 10.2.8.1).

²²⁶) Lo suggerisce non solo la posizione assunta da Pomponio in merito al problema della conservazione *animo* del possesso, laddove non si trattasse di possesso del *servus fugitivus* (*supra* III.7.III ove bibliografia), ma anche il riferimento di Paolo (in 54 *ad ed.*, D. 41.2.3.16) a '*quidam*', che '*recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolvant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri*'. Evidente, in questo passo, la coincidenza dei casi contemplati rispetto alla trattazione di Gaio (che difficilmente Paolo avrebbe richiamato) e soprattutto di Pomponio(-Ulpiano). Questi del resto non accennano alla possibilità che, conservandosi il *dominium*, questo possa essere perduto a seguito dell'usucapione (e non tanto dell'occupazione) di un terzo che possieda l'animale durante il tempo in cui questi si sia allontanato dal proprietario. Accenna alla convinzione (almeno) di Gaio circa la conservazione del possesso nei casi indicati, POLARA, *op. cit.*, p. 130; rileva giustamente il diverso tenore dei passi di *Institutiones* e *Res cottidianae* (ove si parla di '*regula tradita*' o '*comprobata*') rispetto al testo paolino (che in tema di possesso richiama una tesi non unanime e verosimilmente recente – la tesi dei '*quidam*' che '*recte putant*'), ZAMORANI, *Possessio*, I, cit., p. 23 s. Per una spiegazione delle maggiori incertezze che doveva suscitare la disciplina del possesso, POLARA, *op. cit.*, p. 138 ss. ove bibliografia, secondo il quale le stesse modalità di vita degli animali considerati avrebbero imposto un ampliamento della nozione di *possessio corpore*, laddove un'applicazione rigorosa del concetto di *custodia* (su cui soprattutto D. 41.1.3.2 e D. 41.1.5.pr., ancora provenienti dalle *Res cottidianae*) avrebbe imposto una soluzione confliggente con gli interessi economici ed agrari coinvolti.

²²⁷) E' l'ipotesi di (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.8.2 ('*Sed et si quid de pecoribus nostris a bestia ereptum sit, venire in familiae eriscundae putat, si feram evaserit: nam magis esse, ut non desinant*

nuovamente nel senso di considerare questi beni fra quelli oggetto della divisione ereditaria, non tanto in base al criterio della *'consuetudo revertendi'*, ma a quello che non voleva perduta la proprietà finchè l'animale ghermito non era stato consumato. Il ragionamento diviene peraltro più articolato e complesso, e maggiormente circostanziata la *quaestio*, in un testo (D. 41.1.44) compilato dai giustinianeî in tutt'altra sede, ma che anche in Pomponio – come poi, giusta l'*inscriptio*, sappiamo per Ulpiano – doveva provenire dall'esame della divisione ereditaria, in visibile continuità con D. 10.2.8.2²²⁸.

Lo stile affatto particolare di D. 41.1.44 e gli spaccati di realtà agrarie che esso vividamente riproduce, consigliano di approfondirne l'esame, anche per le problematiche tecniche implicate, nell'ultima parte della nostra ricerca. Qui è sufficiente registrare come il giurista antoniniano – pur attraverso un'argomentazione talvolta tortuosa – riconosca il perdurare dell'originaria proprietà anche nell'ipotesi in cui l'animale, catturato ma non divorato dal predatore, sia a questi strappato da un altro soggetto, con «una sorta di caccia». Circostanza che per Pomponio, lungi dal determinare un acquisto per occupazione, dimostra proprio la recuperabilità dell'animale domestico, permanendo la quale esso non può dirsi uscito dall'originaria proprietà.

Da computare in sede di *actio familiae eriscundae* saranno anche – come abbiamo verificato in un testo ove sono richiamati congiuntamente il nostro giurista e Giuliano – i comportamenti (*rectius*, i danni arrecati ai beni ereditari con comportamenti) dolosi o colposi posti in essere dal coerede usufruttuario²²⁹. Abbiamo già segnalato come accanto alla disciplina di quest'ipotesi, sia difficile stabilire l'attribuzione a Pomponio del principio per cui la stessa rilevanza assumeranno tutti gli atti, concernenti beni ereditari, attribuibili a (dolo o colpa di) un coerede²³⁰. E' questo, in ogni caso, un passo che Ulpiano

nostrum esse, inquit, quod a lupo eripitur vel alia bestia, tamdiu, quamdiu ab eo non fuerit consumptum'), che esamineremo *infra* IV.2.II ove bibliografia, unitamente a D. 41.1.44.

²²⁸) Del tutto divisibile, sotto quest'aspetto, è quindi la scelta di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 28 s.

²²⁹) Il testo da considerare è (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.16.4 (*'Sed et si dolo vel culpa quid in usum fructum ab uno ex heredibus factum sit, hoc quoque in iudicium venire Pomponius ait: nam et omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecit, in iudicium familiae eriscundae veniunt, sic tamen, si quasi heres fecerit. et ideo si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae eriscundae iudicium ea non venit, quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae eriscundae iudicio Iulianus scribit'*), esaminato *supra* II.4.II.5 ove bibliografia. Su certe analogie nell'indirizzo che vi emerge rispetto a (Paul. 20 *ad ed.*) D. 5.3.36.2, *supra* III.8.III.1.

²³⁰) Potrebbe spingere in questa direzione (che appare del resto sottesa alla restituzione leneliana del fr. 96 *sub* Pomponio) quanto il giurista antoniniano scriveva nel

avrebbe compiuto in visibile continuità con la sua elaborazione, non senza trascurare l'integrazione costituita dalla teoria giuliana relativa alla sottrazione di beni del testatore prima che questi sia morto, compiuta da un soggetto che abbia agito *quasi heres*, cioè come se fosse tale, e immaginando di diventarlo effettivamente con l'apertura della successione.

Non mancano, in altri scritti di Pomponio, indicazioni circa ulteriori interessi e posizioni creditorie rilevanti in sede di divisione ereditaria, il cui regime deve tener conto dell'eventuale indivisibilità *ipso iure* delle stesse²³¹. Ciò che più preme osservare è però la compresenza di un sforzo volto a enucleare quel che assolutamente non potrà essere oggetto del giudizio divisorio. Chiarissima è al riguardo la citazione conservata in (Paul. 23 *ad ed.*) D. 10.2.25.7²³², ove è escluso che possa rientrare in un *iudicium familiae eriscundae* quanto un coerede possiede a titolo di acquisto o donazione. Lo stesso orientamento rinveniamo – a parte la difformità del rapporto reale implicato – in un testo del XIII libro *ad Sabinum*, ove è negata l'inerenza alla divisione di una *res* in comproprietà di cui uno dei due coeredi si affermi *dominus non iure successionis* ma in base ad altra causa²³³. Si trattava di una posizione di indubbia

XIII libro *ad Sabinum* (D. 10.2.45.1), circa la responsabilità del coerede – da farsi valere in sede di *actio familiae eriscundae* – per i danni (o più probabilmente i furti, come stimava VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 746) su cose ereditarie posti dolosamente in essere da un suo servo (non ereditario): responsabilità che insorgerà solo laddove vi sia stata colpa del *dominus* nella scelta dello schiavo (che risulta appunto '*non idoneus*') e nel contatto in cui è stato posto rispetto ai dividendi beni.

²³¹) Penso a (Paul. 12 *ad Sab.*) D. 45.1.2.2 ('*Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coerede familiae eriscundae iudicio. ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis*') e 5 ('*Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: 'per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?' et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae eriscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. hoc et Iulianus et Pomponius probant*'), sui quali, per tutti, BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, cit., in particolare p. 123 s., 138, 148, S. SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali*, ora in *Scritti*, V, cit., p. 556 ss., VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., in particolare p. 224, 733, C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in «SDHI», XXXII, 1966, p. 67 nt. 1, 69 nt. 16, M. KASER, *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in «ZSS», XC, 1973, p. 194 nt. 57 ove bibliografia.

²³²) '*Quod pro emptore vel pro donato puta coheres possidet, in familiae eriscundae iudicium venire negat Pomponius*'. Su questo testo, BETTI, *D.* 42,1,63, cit., p. 314, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 738, ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 408.

²³³) Alludo a D. 10.2.45.pr. ('*Si quid contendis ex hereditate mihi tecum commune esse, quod*

rilevanza, registrata da Paolo con implicito assenso, e che ancor oggi fornisce le prime, se non uniche, espresse testimonianze del principio secondo cui non sono soggette a divisione le cose di cui un coerede sia proprietario (o possessore) non a titolo successorio²³⁴.

Alquanto più complessa è la fattispecie affrontata nel § 8 dello stesso D. 10.2.25²³⁵:

Idem scribit, cum ego et tu heredes Titio extitissimus, si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, a Sempronio petieris et victus fueris, mox eandem partem a Sempronio emero et traditus²³⁶ mihi fuerit, agente te familiae erciscundae iudicio non veniet, non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore: cum enim per iudicem priorem apparuit totam non esse hereditatis, quemadmodum in familiae erciscundae iudicium veniat?

Impressionante è la coincidenza, anche terminologica, di questo passo rispetto a un frammento tratto dal LXXV libro *ad edictum* di Ulpiano²³⁷, e che conserva un'identica *quaestio* affrontata da Giuliano e risolta nella sostanza (anche se non nell'*iter* logico e nel meccanismo processuale) nello stesso modo²³⁸.

ego ex alia causa meum proprium esse dico, id in familiae erciscundae iudicium non veniet»), sulla cui connessione con la dottrina attribuibile all'*ad edictum*, espressiva della stessa «linea teorica», ARICÒ ANSELMO, *loc. cit.*

²³⁴ Si veda VOCI, *op. cit.*, p. 738 e nt. 30, che si richiama però solo all'affermazione del coerede di essere proprietario («per un titolo diverso dalla successione ereditaria»).

²³⁵ Sul quale BETTI, *D. 42,1,63*, cit., in particolare p. 311 ss., H. SIBER, *Präjudizialität feststellender Zwischenurteile*, in «ZSS.», LXV, 1947, p. 18 s., MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 252 ss., ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, cit., p. 407 s., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 304. Sempre utile, per un caso (già allora) tanto discusso, consultare J. CUIACIUS, *Recitationes solemnes. In Tit. II Familiae erciscundae*, in *Opera omnia*, VII, Neapoli, 1722, p. 535 ove bibliografia.

²³⁶ Possibile, ma non necessario, che in origine il riferimento fosse a una *manipatio*: MARRONE, *op. cit.*, p. 253 e nt. 376.

²³⁷ In tema quindi di *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: LENEL, *Palingenesia*, II, cit., p. 858 s., MARRONE, *op. cit.*, p. 249.

²³⁸ Si tratta di (75 *ad ed.*) D. 44.2.11.3: *'Item Iulianus scribit: cum ego et tu heredes Titio extitissimus, si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, a Sempronio petieris et victus fueris, mox eandem partem a Sempronio emero, agenti tibi mecum familiae erciscundae exceptio obstabit, quia res iudicata sit inter te et venditorem meum: nam et si ante eandem partem petissem et agerem familiae erciscundae, obstaret exceptio quod res iudicata sit inter me et te'*. Ampia disamina del passo, e del suo rapporto con la soluzione di Pomponio e Paolo, in BETTI, *D. 42,1,63*, cit., p. 311 ss., SIBER, *Präjudizialität*, cit., p. 18 ss., MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 249 ss. ove bibliografia, ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 406 ss. Addirittura non escludeva – nonostante la difformità dei percorsi attraverso cui Giuliano e Pomponio perseguivano risultati equivalenti – che l'*idem* con cui si apre D. 10.2.25.8 «*sumitur ex Pomponio, tribuitur tamen Iuliano*», CUIACIUS, *loc. cit.*

Verosimile, al riguardo, che quello contemplato fosse un caso di scuola²³⁹, mentre nessun elemento consente di ipotizzare una diretta dipendenza di un giurista dall'altro²⁴⁰. Neppure riesce del tutto persuasiva la lettura di chi ha scorto in entrambi i testi solo dei casi di preclusione processuale – peraltro operante, almeno nel passo ulpiano, in forza di una *exceptio (iudicatae vel) in iudicium deductae utilis* –, che nella testimonianza di Pomponio-Paolo i compilatori avrebbero trasformato in un'ipotesi di pregiudizialità della sentenza²⁴¹. Una simile proposta muove da rilievi processuali non sempre incontestabili²⁴², e soprattutto conduce a un appiattimento della posizione di

²³⁹) Così BETTI, *op. cit.*, p. 311 s., MARRONE, *op. cit.*, p. 254, ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 407.

²⁴⁰) Poco più che suggestioni può fornire l'ubicazione delle due dottrine nelle rispettive opere (evidentemente, in relazione all'*exceptio rei iudicatae* in Giuliano, e in sede di commento all'azione di divisione ereditaria in Pomponio): per il nostro commentario ci troviamo in un settore successivo a quelli in cui erano inserite, con ogni probabilità, le prime citazioni dallo scolarca. E' però vero che nel nostro caso la dottrina di quest'ultimo deve provenire da un libro (il LI) situato in una sezione dell'opera che Pomponio, già per motivi cronologici, sembra utilizzare meno. Né alla possibile fruizione dell'apporto giuliano doveva giovare la segnalata diversità di *sedes materiae*. Sono queste ragioni – oltre al motivo formale di un mancato richiamo contestuale ai due giuristi – che hanno indotto a non soffermarci sul parallelo tra i due frammenti laddove (*supra* II.4.II) si è indagato il possibile utilizzo di contributi giuliane nei *libri ad edictum* di Pomponio. In senso diverso da quello indicato, confidando nel fatto che Pomponio «conosceva la teoria di Giuliano, riprodotta in D. 44, 2, 9, 2 e D. 44, 2, 11, 3», MARRONE, *op. cit.*, p. 254. Egli tuttavia richiama un testo pomponiano (3 *ex Plant.*, D. 46.8.16.1) che può porsi in immediata relazione col principio per cui l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* può 'a persona auctoris ad emptorem transire' enunciato in D. 44.2.9.2, ma non con la più complessa fattispecie di D. 44.2.11.3, in cui è pur sotteso lo stesso principio (sul punto, più di recente, ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, in particolare p. 408). Inoltre la circostanza che in un testo dell'*ex Plantio* si trovi la possibile eco di quella dottrina di Giuliano conferma solo l'intensificarsi dei richiami a tale giurista nelle ultime opere di Pomponio, e in particolare nel commentario a Plautio (lo abbiamo sottolineato *supra* II.4.II.I ove bibliografia). Non consente invece di immaginare che la stessa soluzione fosse conosciuta, e integralmente condivisa, nell'esame della *pars edicti* dedicata all'*actio familiae erciscundae*.

²⁴¹) Si veda in tal senso MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 249 ss.; riteneva invece (ma stravolgendo, come verificheremo, la seconda parte del frammento) che il passo paolino «spricht weder von *exc. rei iudicatae* noch von Präjudizierung», SIBER, *Präjudizialität*, cit., p. 19.

²⁴²) Come dove il riferimento alla soccombenza processuale di 'Tu' (che 'a Sempronio petierisset victus fueris') viene intesa nel senso che «il giudice si era limitato ad affermare che non era stata raggiunta la prova della pretesa dell'attore; e, in tal modo, non si accertava il diritto del convenuto (Sempronio), né si escludeva quello dell'attore» (così MARRONE, *op. cit.*, p. 253). Certo i meccanismi del processo formulare escludono una dichiarazione giudiziale circa la titolarità del diritto da parte del convenuto (come invece riteneva CULACIUS, *loc. cit.*, che di Sempronio affermava «*quem eius partis dominum esse iudex*

Pomponio su quella di Giuliano, oltre che alla necessità di ipotizzare molteplici incongruenze nel lavoro dei compilatori, che avrebbero conservato due filoni interpretativi diversi nei protagonisti (qui Giuliano e Ulpiano, li Pomponio e Paolo)²⁴³ e nelle *sedes materiae*, ma identici nella sostanza, che solo loro avrebbero diversificato traducendo – in un solo caso! – in termini di pregiudizialità della sentenza quanto era originariamente questione preclusiva.

E' quindi legittimo lo sforzo di attribuire un significato «autonomo» alla dottrina del nostro giurista, soprattutto alla luce della posizione da lui assunta nel paragrafo precedente (7) di D. 10.2.25. Il collegamento con essa è chiaramente costituito dall'esclusione, in sede di *actio familiae erciscundae*, di quanto posseduto *pro emptore* – rilievo che invece, forse anche per la diversa *sedes materiae*, non è neppure accennato in D. 44.2.11.3. Acquisita da *Ego* la parte del fondo che *Tu*, asserendo il fondo stesso interamente pertinente all'eredità, aveva senza successo richiesta (contro Sempronio) come ereditaria, Pomponio mira in effetti a sottolineare l'estraneità dal giudizio divisorio della medesima parte²⁴⁴. Secondo una recente ricostruzione²⁴⁵, il suo contributo si arresterebbe a questa soluzione, indipendente ma non contrastante con l'orientamento di Giuliano²⁴⁶: si tratterebbe quindi solo di una conferma, entro un più complesso contesto casistico, del principio enunciato nel § 7, a cui una malaccorta mano «post-classica» avrebbe fatto seguire l'argomentazione che leggiamo a partire dal tratto '*non solum hoc quod pro herede possidetur*'²⁴⁷.

pronuntiaverat»), ma non vedo perché pensare solo a un'insufficienza di elementi probatori offerti dall'attore, e non anche all'emersione di fatti impeditivi o estintivi della sua richiesta. Meritevole di esame è anche la tesi del Marrone secondo cui la preclusione si sarebbe originariamente determinata in virtù di *exceptio rei in iudicium deductae*, laddove Giuliano e Ulpiano parlavano, nel frammento speculare, di *exceptio 'quod res iudicata sit inter me et te'* (che lo stesso MARRONE *op. cit.*, p. 251, intendeva – non senza fondamento nelle variazioni intervenute in merito a *litis contestatio* ed effetti della sentenza tra processo formulare ed esperienze posteriori – come «*exc. rei (indicatae vel) in iudicium deductae utilis*» – carattere utile, peraltro, non espressamente richiamato per il passo paolino).

²⁴³) Coppie che peraltro – a immaginare un'assoluta conformità di vedute – destano qualche perplessità, riuscendo più prevedibile che la posizione di Pomponio fosse registrata da Ulpiano.

²⁴⁴) Equivalente alla metà del fondo che, dal momento che veniva affermato come '*totus hereditarius*', si presume in comunione per quote uguali fra i due coeredi.

²⁴⁵) Avanzata da ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 407 s., in particolare nt. 72.

²⁴⁶) Si tratterebbe quindi di due diverse strade percorse dai nostri giuristi per disciplinare lo stesso caso ed escludere l'inerenza del medesimo bene al giudizio divisorio: Giuliano richiamandosi al principio per cui '*exceptionem rei indicatae a persona auctoris ad emptorem transire*', Pomponio ribadendo l'estraneità all'*actio familiae erciscundae* di quanto posseduto non a titolo ereditario.

²⁴⁷) Nell'espunzione come insitica dell'intera seconda parte del frammento la

Una lettura simile è plausibile, anche se non mancano aspetti controversi e residui dubbi, quali inducono a una maggior cautela nell'escludere che la seconda parte del frammento riproduca, seppure in forma oscura e corrotta, nuclei di pensiero risalenti a Pomponio e Paolo²⁴⁸. In quel tratto è infatti negata l'inclusione nel giudizio divisorio sia di quanto da 'Ego' posseduto *pro herede*, sia di quanto posseduto *pro emptore*. Ma se le molteplici perplessità cui questa soluzione dà adito non sembrano dissolte alla luce della possibilità che il riferimento a ciò che 'Ego' possiede *pro herede* riguardi non l'intero fondo ma la porzione di esso che è stata acquistata²⁴⁹, neppure è necessario considerare

restituzione di ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 407 nt. 72, risulta quindi, per certi aspetti, quasi più critica dell'orientamento di SIBER, *op. cit.*, p. 18 s., che pure stravolgeva non poco la portata del passo, fino a trascriverlo così: «...*agente te familiae eriscundae iudicio [non] veniet, [non solum] <nec> hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore <, sed totus fundus> [i: cum enim per iudicem priorem apparuit totam non] <si probatur> esse hereditatis, quemadmodum in familiae eriscundae iudicium veniat?*». Poco chiara, a tacer d'altro, è la relazione tra l'affermazione che non rientri nel giudizio divisorio la parte posseduta *pro herede* e la possibilità che invece vi inerisca l'intero fondo ove ne venga provata la natura ereditaria.

²⁴⁸) Tra i motivi di dubbio è da segnalare una certa semplificazione della problematica (che in sostanza niente aggiungerebbe rispetto alla previsione del § 7, vanificando l'intreccio di profili processuali ed ereditari qui implicati), nonchè il richiamo (ARICÒ ANSELMO, *loc. cit.*) a un presunto «grossolano errore» in cui sarebbe incorso «un lettore postclassico»: egli avrebbe equivocato la portata del precedente giudizio (che aveva accertato la natura solo parzialmente ereditaria del fondo), così da ritenere che esso avesse invece accertato come interamente non ereditario lo stesso fondo – equivoco che, esso solo, potrebbe giustificare «il bislacco parere che esso non debba venire *in iudicium familiae eriscundae* né per la *pars* che Ego possiede *pro herede* né per quella che possiede *pro emptore*». Ciò evidentemente sottende, da parte dell'Aricò Anselmo, una correzione del testo per come leggibile nella *Littera Florentina* e come recepito, dopo CUIACIUS, *loc. cit.*, dai moderni editori (Mommsen in testa), laddove l'espressione '*totam non esse hereditatis*' (che non può che legarsi ad '*eandem partem*') dovrebbe essere sostituita con quella '*totum non esse hereditatis*' (con riferimento quindi al '*totum fundum quem Tu hereditarium dicebas*'). I precedenti a questa interpretazione non mancano (e risalgono anzi, come già segnalava Mommsen, a Bas. 42.3.25) ma forse dovrebbero essere più esplicitamente richiamati e discussi (cosa che invece non faceva neppure BETTI, *op. cit.*, p. 311 ss., che inclinava anch'egli per la dizione '*totum*', ma con esiti meno «devastanti» per la lettura del passo), tanto più che anche Cirillo (sch. 7 a Bas. 42.3.25) dava adito ai medesimi dubbi del passo paolino nell'affermare che οὔτε αὐτὸ φέρεται εἰς τὸ φαμίλιας ἐρκισκούνδαε, οὔτε τὸ μέρος, ὃ νέμομαι ὡς κληρονόμος.

²⁴⁹) Così da prevedere che di essa «qualcosa» (corrispondente alla quota di 'Ego') sia posseduto a titolo di erede e solo un altro «qualcosa» a titolo di compratore. Oggettivamente, la singolarità di una compravendita con cui il coerede avrebbe acquistato un bene in parte (e ad altro titolo) già proprio permane, pur considerando l'esito del precedente giudizio e il fatto che la pretesa era stata in quella sede già dedotta da 'Tu'. Anche la persistenza di un possesso *pro herede* di una quota del terreno risulta di non agevole comprensione: probabilmente lo giustifica proprio l'assenza di un'immediata efficacia pregiudiziale della precedente sentenza (alla cui introduzione sarebbe stata invece

un'assurdità l'affermazione secondo cui metà del terreno non rientrerà nella divisione ereditaria perché posseduta *pro herede* (sia cioè equivalente alla quota spettante ad 'Ego' *iure successionis*) e l'altra metà perché posseduta *pro emptore*. A parte la vecchia tesi che tendeva ad attenuare la connessione di questa disciplina rispetto alla sentenza intervenuta fra 'Tu' e Sempronio²⁵⁰, è da ricordare un'importante dottrina²⁵¹ in base alla quale sarebbe «vincolante per i coeredi» il precedente accertamento giudiziale, il cui contenuto (disconoscimento della titolarità, in capo a 'Tu', di metà del fondo) avrebbe avuto una «portata pratica», nei rapporti fra i due litiganti, analoga a un'alienazione, secondo una dilatazione di quest'ultimo concetto attestata anche in altre analisi pomponiane²⁵². Ponendosi in questa prospettiva, risulta ancor più congrua l'esclusione di quanto posseduto *pro emptore* – che è il profilo che visibilmente più interessa a Pomponio²⁵³ –, così come quella di ciò che spetta come erede, corrispondendo alla quota che 'Ego' avrebbe ottenuto anche senza la sentenza – il che è però possibile poiché quest'ultima ha sostanzialmente determinato l'uscita del fondo dalla comunione²⁵⁴.

volta la rielaborazione del passo ipotizzata, come visto, dal Marrone). In conclusione, quella porzione (metà) del fondo non rientrerebbe nella divisione ereditaria perché in parte (un quarto) corrisponde alla quota ereditaria propria di 'Ego', in parte (un altro quarto) perché posseduta a titolo di compratore. Questo però, ovviamente, determinerebbe ulteriori difficoltà, relative alla posizione di 'Tu' (che si vedrebbe privato della sua quota ereditaria, ma ciò potrebbe spiegarsi come conseguenza della *pluris petitio* in cui verosimilmente egli è incorso) e soprattutto di Sempronio, che – senza essere *dominus* dell'intero fondo e dopo averne venduto metà – sembra rimanesse proprietario dell'altra metà (che niente infatti autorizza a credere inclusa nel giudizio divisorio).

²⁵⁰) Alludo a CUIACIUS, *loc. cit.*, il quale contestava l'opinione di Accursio secondo cui, nel nostro caso, «*res inter alios iudicata alii prodesset*», sostenendo anzi che 'Ego' non avrebbe ottenuto niente di diverso da quello che gli sarebbe spettato in assenza di giudicato. A parte la laboriosità della spiegazione circa l'estraneità alla divisione della parte acquistata da Sempronio («*partem tuam si velles mihi vendere pecunia compararem, ut a Sempronio comparavi*»), è evidente l'incongruenza che rispetto a questa prospettiva assumerebbe il finale del passo (da '*cum enim*' in avanti).

²⁵¹) Penso a BETTI, *op. cit.*, in particolare p. 313 s.

²⁵²) Il riferimento di BETTI, *op. cit.*, p. 313, era a un altro passo complesso e discusso – ove l'estensione concerne il termine *emptio* – quale (18 *ad Q. Muc.*) D. 40.7.29.1, di cui mi sono occupato in *Il modello delle scuole*, cit., p. 43 ss. ove bibliografia, in particolare 46 e nt. 216.

²⁵³) Si noti la costruzione '*non solum ... sed nec*'.

²⁵⁴) In questo senso, anche l'inserimento di '*totum*' in luogo di '*totam*' per cui – come visto – inclinava anche il Betti, continua a non apparirmi del tutto persuasivo ma non conduce a un'illogicità del frammento, giacché evidenzia quella che è comunque la sostanza del fenomeno in esso sotteso: la reiezione della *petitio hereditatis* si fondava verosimilmente sull'accertamento della natura non ereditaria dell'intero fondo, e proprio questo comporta-

Comunque si risolvano questi complessi problemi esegetici, il dato più rilevante rimane l'attrazione di questo caso di scuola nella prospettiva del principio già enunciato dal nostro giurista al § 7: un procedimento che non sempre risponde, nell'attuale stesura, a una logica irreprensibile, ma che certo si segnala per l'alterità del ragionamento giuridico e gli ulteriori fattori problematici che introduce rispetto all'elaborazione di Giuliano.

III.6. L'*actio ad exhibendum*

L'ultima procedura prevista nel '*De his quae cuiusque in bonis sunt*' è costituita dall'*actio ad exhibendum*, in merito alla quale disponiamo delle citazioni dell'*ad edictum* pompeiano conservate in tre testi ulpiani. Per quelle tradite in (24 *ad ed.*) D. 10.4.3, come poi in D. 10.4.7.7, risulta (quasi sempre) centrale il profilo dell'interesse all'*exhibitio* – profilo tanto più rilevante ove si aderisca all'impostazione secondo cui tale interesse, lungi dall'identificarsi con la titolarità dell'azione reale nei cui confronti si verifica l'*indefensio*, costituisce un elemento non sufficiente²⁵⁵ ma necessario per la legittimazione attiva all'azione in esame²⁵⁶. Quattro sono i paragrafi del frammento di Ulpiano che vengono in rilievo²⁵⁷:

va adesso, in pratica, l'estraneità alla divisione sia di quanto acquistato che di quanto corrispondeva comunque all'originaria quota di '*Ego*'.

²⁵⁵) Basti vedere il contenuto di un altro paragrafo (11) dello stesso D. 10.4.3, e più in generale quanto rilevato da MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 248 ss., 272 ss.

²⁵⁶) Questa l'interpretazione di fondo offerta da MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 247 ss., in particolare 272 ss.; una sua perentoria contestazione è peraltro nella *rec.* di M. TALAMANCA, in «Iura», X, 1959, in particolare p. 272, secondo cui «la configurazione di un interesse all'esibizione che non coincide con il diritto reale leso dall'*indefensio* non s'accorda con la natura dell'*actio ad exhibendum* di sanzione per l'*indefensio* rispetto ad un'*actio in rem*'. Pur dissentendo in vari punti dal Marrone (soprattutto nella lettura dei passi ove l'*interesse* sussiste ma non appare sufficiente per la legittimazione attiva), conclude nondimeno nel senso che erano «activamente legitimados para la *actio ad exhibendum* todos aquellos que tenían el interés específico de un *iussum ducendi vel ferendi*», anche J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la «actio ad exhibendum» en el derecho clasico*, in «SDHI», XXVI, 1960, p. 233 ss., in particolare 253.

²⁵⁷) Su di essi, DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, cit., p. 90 s. ove bibliografia, 136 s., 222, O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, in «ZSS.», VII, 1886, p. 67, BESELER, *Beiträge*, I, cit., p. 4 s., 7, DE SARLO, *Il documento*, cit., p. 245, 255, 371, E. ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, ora in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, p. 193 s. nt. 2, MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., in particolare p. 191, 203 ss., 219 ss., 272 s., 518 ss., nonché M. TALAMANCA, *rec. cit.*, p. 272, 279, BURILLO, *Contribuciones*, cit., p. 236 s. ove bibliografia, 238, 241, 245, BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., p. 161, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 257, M. KASER, *Oportere und ius civile*, in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 22,

(4) Sed et usum fructum petituro competere ad exhibendum Pomponius ait. (8) Si quis extra heredem tabulas testamenti vel codicillos vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est per hanc actionem agendum non esse, cum sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia: et ita Pomponius. (12) Pomponius scribit eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usus fructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignoratium sibi eum adfirmet: omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem. (13) Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altiore quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi reique iudicatae.

La prima soluzione di Pomponio²⁵⁸ costituisce una delle esemplificazioni offerte da Ulpiano rispetto a quanto affermato nei paragrafi precedenti²⁵⁹, ma anche, verosimilmente, uno degli orientamenti di carattere casistico da cui egli muoveva nella sua costruzione teorica. Come quindi il giurista severiano stimerà che l'*actio ad exhibendum* sia strumentale, e perciò esperibile, in previsione di un'azione *pignoratitia Serviana sive hypothecaria* (D. 10.4.3.3), così egli ricordava come già secondo Pomponio²⁶⁰ essa fosse da concedere a favore di chi intendesse poi *usum fructum petere*.

Sull'interesse dell'usufruttuario all'*exhibitio* Pomponio e Ulpiano torne-

23 e nt. 102, D. SIMON, *Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen*, in «ZSS», LXXXIII, 1966, p. 203 e nt. 210, 207, M. KASER, *Die Formula der Actio ad exhibendum*, in «RIDA», XIV, 1967, in particolare p. 273, 283 s., G.G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, in «Jura», XX, 1969, p. 344 (= *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981, p. 817), FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion*, cit., p. 374, R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli, 1972, p. 45, SÖTTY, *Recherche sur les utiles actiones*, cit., p. 423, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 276, 584.

²⁵⁸) Riprodotta in un paragrafo (4) inopinatamente giudicato spurio da ALBERTARIO, *loc. cit.*: *contra* BURILLO, *op. cit.*, p. 245, più cauto MARRONE, *op. cit.*, p. 255, che considera comunque genuina la citazione del nostro giurista.

²⁵⁹) Si vedano D. 10.4.3.1 (*Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi*) e D. 10.4.3.3 (*haec actio ... ei competit qui in rem acturus est qualicumque in rem actione, etiam pignoratitia Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competit*), ma anche D. 10.4.3.10 (*Plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi*). Per un quadro d'insieme sui legittimati attivi all'*a.a.e.*, MARRONE, *op. cit.*, p. 190 ss.

²⁶⁰) Forse, secondo MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 206, non senza contrasti giurisprudenziali.

ranno, con analoghi esiti, nel § 12²⁶¹; mentre lo stesso profilo dell' 'interesse petitoris' risulta coinvolto più che direttamente invocato nel § 8²⁶². Occasione del riferimento al nostro giurista²⁶³ è l'esame della posizione dei successori *mortis causa* a titolo particolare – gli unici (*extra heredem*) che avessero appunto interesse all'esibizione di 'tabulae testamenti vel codicilli vel quid aliud ad testamentum pertinens'. Mentre così appare presupposta²⁶⁴ la legittimazione attiva dell'erede all'*actio ad exhibendum* (che Gaio esplicitamente prevedeva in 7 *ad ed. prov.*, D. 29.3.3), essa è rifiutata per gli altri aventi causa, stimando per loro sufficiente il ricorso all'*interdictum de tabulis exhibendis*.

Invero quest'ultima previsione, soprattutto se pensiamo a un *legatum per vindicationem* (non, evidentemente, *per praeceptionem*), non è scontata e neppure del tutto convincente, soprattutto alla luce di quanto previsto in D. 10.4.3.3. In effetti non solo²⁶⁵ anche l'erede disponeva della medesima tutela interdittale, ma neppure è troppo persuasivo il rilievo²⁶⁶ secondo cui i legatari non potrebbero agire *ad exhibendum* in quanto 'nullam directam de testamento actionem habent'. Dobbiamo piuttosto pensare²⁶⁷ che non rilevasse propriamente l'alternativa dell'interdetto, ma il subentrare dei soli eredi nella proprietà di tavole testamentarie, codicilli e simili, così che al legatario *extraneus* non tanto mancherà il requisito cui più si guarda nel contesto di D. 10.4.3²⁶⁸ (ossia l'interesse alla loro esibizione), quanto un rapporto dominicale (o comunque reale) con essi, suscettibile di essere tutelato con *vindicatio* o 'qualiscumque actio in rem'.

L'elemento dell'interesse all'*exhibitio* risulta invece di nuovo determinante nella citazione pomponiana di D. 10.4.3.12: la sua specifica menzione ('quia

²⁶¹ Sull'usufruttuario stesso come legittimato passivo all'*actio ad exhibendum* è invece da tener presente la dottrina di Giuliano in (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 10.4.5.1.

²⁶² Il cui tenore ha destato più di un sospetto (prevalentemente in relazione al tratto 'cum sufficiunt ... competentia'), pur senza che ne fosse posta in dubbio – soprattutto dagli interpreti più recenti (ma conservativa sembra già la posizione di DE SARLO, *op. cit.*, in particolare p. 245, 370 s.) – la sostanziale rispondenza al pensiero di (Pomponio e) Ulpiano: LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 31 nt. 1, 557 nt. 1, BESELER, *op. cit.*, p. 4 s., MARRONE, *op. cit.*, p. 191 nt. 1, BURILLO, *op. cit.*, p. 236 s., 241 nt. 165, FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion*, cit., p. 374 nt. 261, ARCHI, *op. cit.*, p. 344 nt. 13.

²⁶³ Della cui corretta collocazione dubitava senza ragione BESELER, *loc. cit.*

²⁶⁴ Nonostante i rilievi di BURILLO, *op. cit.*, p. 236 s.

²⁶⁵ Come osservava LENEL, *loc. cit.* (ma, sotto altra angolatura, si veda anche GRADENWITZ, *loc. cit.*).

²⁶⁶ Di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 557 nt. 1.

²⁶⁷ Con DEMELIUS, *op. cit.*, p. 90 s., DE SARLO, *op. cit.*, in particolare p. 370 s., MARRONE, *op. cit.*, p. 190 s.

²⁶⁸ Ma anche nel già esaminato D. 10.4.7.7, mentre vedremo essere più complesso il discorso per D. 12.4.15.

omnium interest exhiberi hominem)²⁶⁹ può forse attribuirsi alla scrittura ulpiana, ma costituisce indubbiamente la *ratio* della soluzione del giurista antoniniano, così come dell'esemplificazione che il referente, recuperando probabilmente casi già da quello contemplati, vi collegava. Fra tali fattispecie, non creano problemi – anche alla luce di quanto verificato nel § 4 – le prime due (relative a chi si prepari a rivendicare il servo come proprio, o ad affermarsene usufruttuario), mentre per l'ipotesi di chi, rispetto allo schiavo, *'possessionem suam contendant'* o *'pigneratum sibi eum adfirmet'*, occorre rilevare come la procedura in esame si ponga in rapporto di strumentalità rispetto non tanto ad azioni civili, ma ad *actiones praetoriae* o addirittura a certi *interdicta*²⁷⁰. Mentre tuttavia per l'*actio pigneraticia (in rem)* un riscontro²⁷¹ è offerto da quanto Pomponio stesso, sulle orme di Labeone, scriveva nel XVIII libro *ad Sabinum*²⁷², per il caso in cui si controverta sul possesso non è pacifico se il procedimento rispetto a cui è strumentale l'*actio ad exhibendum* sia da identificare²⁷³ in un interdetto²⁷⁴ oppure nell'*actio Publiciana*²⁷⁵.

Gravi alterazioni sono state invece sospettate²⁷⁶ a proposito di D. 10.4.3.13. Di esso spiaceva la collocazione in un contesto del commentario ulpiano ove è trattata la legittimazione attiva all'*a.a.e.*, ma probabilmente senza che ciò costituisse il vincolo espositivo che noi moderni immaginiamo. Dubbi erano sollevati, oltre che su certi moduli stilistici, sulla prima parte del passo (nulla obiettandosi, invece, sul fatto che determinate eccezioni – come *pacti conventi, doli, iurisiurandi* e *rei iudicatae* – fossero necessariamente apprezzate

²⁶⁹) Inserita in un tratto che in passato è anche sembrato spurio, ma già diversamente MARRONE, *op. cit.*, in particolare p. 272 s., e BURILLO, *Contribuciones*, cit., p. 238 ove bibliografia).

²⁷⁰) Sul punto, per tutti, KASER, *Die Formula*, cit., p. 283.

²⁷¹) Già colto da KASER, *loc. cit.* nt. 70.

²⁷²) Mi riferisco a D. 13.7.3 (*'Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum ...'*), al quale possiamo aggiungere – per il solo Ulpiano – il già richiamato D. 10.4.3.3.

²⁷³) Come – anche sulla base dell'*interdicturus sit* di D. 10.4.3.5 e D. 10.4.3.11 – riteneva DEMELIUS, *op. cit.*, p. 136 s. ove bibliografia.

²⁷⁴) In particolare, l'*interdictum utrubi*, non quello *Salvianum* o *quorum bonorum*: MARRONE, *op. cit.*, p. 220 nt. 117.

²⁷⁵) Secondo un'interpretazione ormai maggioritaria: MARRONE, *op. cit.*, p. 219 ss., BURILLO, *Contribuciones*, cit., p. 245, KASER, *op. cit.*, p. 283. *Contra*, TALAMANCA, *rec. cit.*, p. 272, il quale muove da una più radicale critica dei testi – in particolare, laddove l'interesse giustifica la legittimazione all'*a.a.e.* –, sino a contestare, come visto, la valutazione del Marrone circa l'interesse stesso come elemento non sufficiente ma necessario.

²⁷⁶) Da MARRONE, *op. cit.*, p. 519 ss. ove bibliografia.

dal giudice dell'*a.a.e.*). Poco persuasiva mi sembra l'illazione – sfortunatamente non isolata – che neppure il riferimento a Pomponio fosse nell'originale ulpiano, ma provenga da un annotatore del lavoro ulpiano: è improbabile che questi si fosse assunto l'onere di consultare un'opera tanto ponderosa (e forse già non facilmente reperibile), per poi comunque alterare la sostanza della citazione.

Più delicato il rilievo sostanziale, secondo cui contravverrebbe ai meccanismi del processo formulare quanto suggerito dal giurista antoniniano e implicitamente seguito da quello severiano, ossia che il giudice dell'*a.a.e.* assolva il possessore solo ove le eccezioni da quello proposte (non rientranti fra i tipi già indicati) ne rendano evidente il successo anche in sede di giudizio principale. Il problema così posto non appare facilmente risolvibile, ma non è forse così automatico ricorrere a ipotesi di interpolazione, poichè le fonti non impediscono di pensare che anche qui (come in D. 8.5.4.3 e 5) Pomponio suggerisse adattamenti «eterodossi» della tecnica formulare, volti ad adeguarne (pur attraverso meccanismi non sempre chiarissimi) gli esiti con le concrete esigenze della prassi – costituite, nel caso, dalla necessità di evitare l'*exhibitio* di un bene rispetto al quale si controverterà con esiti già scontati.

Sul profilo dell'*'interesse petitoris'* Pomponio sarebbe tornato soprattutto (ma non solo) nel commentario all'editto: assieme alla problematica inerenza che ne è stata scorta²⁷⁷ rispetto a una complessa problematica in cui il ricorso all'*actio ad exhibendum* si affianca all'impiego di altri strumenti processuali, e il pensiero del nostro autore emerge da una stratigrafia di pareri giurisprudenziali (forse Sabino, certamente Labeone e Proculo)²⁷⁸, dobbiamo soffermarci soprattutto sull'ultimo (il 7) dei cinque paragrafi di (*Ulp. 24 ad ed.*) D. 10.4.7²⁷⁹ ove sono tramandate dottrine pomponiane, e del quale già ci siamo occupati studiandone la contestuale menzione del giurista antoniniano e di Labeone²⁸⁰. Qui basti segnalare come in esso, al di là di certi sospetti che a lungo ne hanno

²⁷⁷) In particolare, da BURILLO, *Contribuciones*, cit., p. 237 (secondo il quale, comunque, nel caso contemplato «no existe el interés específico que requiere la exhibitoria»).

²⁷⁸) Il caso è quello discusso in (22 *ad Sab.*) D. 12.4.15, sul quale STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., p. 24 ss. ove bibliografia. Per altre testimonianze pomponiane in tema di *actio ad exhibendum*, anche se fuori *sedes materiae* e spesso non *ex professo*, si vedano (6 *ad Sab.*) D. 33.5.8.3, (*ibid.*) D. 33.6.2.1, (14 *ad Sab.*) D. 10.4.14, (18 *ad Sab.*) D. 10.4.15, (*ibid.*) D. 13.7.3, (22 *ad Sab.*) D. 16.3.12.1, (*ibid.*) D. 19.5.16. Fra di esse, una connessione fra la legittimazione attiva alla nostra azione e il profilo dell'*'interesse'* affiora ancora in D. 33.6.2.1.

²⁷⁹) *'Ibidem non male Pomponius iungit eius, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere rem ei restitui, hoc est et quo lis contestatur et quo fit condemnatio, et ita Labeoni placet'*.

²⁸⁰) *Supra* II.2.III.11 ove bibliografia, ma anche I.2.IV.5.

ostacolato la comprensione, emerga la stessa centralità attribuita da Pomponio all'interesse dell'attore in D. 10.4.3.12, sino a richiederne la sussistenza – secondo un orientamento che Ulpiano avrebbe ritenuto non scorretto – sia al momento della *litis contestatio* che della condanna.

Diversi sono invece gli aspetti della disciplina dell'*actio ad exhibendum*, e in particolare della sua legittimazione attiva e passiva, al centro degli altri contributi pomponiani conservati in D. 10.4.7²⁸¹. Nei §§ 1 e 2 – sempre che il contenuto di quest'ultimo risalga a Pomponio²⁸² – erano affrontati alcuni casi di unione separabile di cose mobili, prevedendosi la perdurante legittimazione attiva all'*a.a.e.* del proprietario dei beni accessori²⁸³, che avrebbe potuto così

²⁸¹ Nei quattro paragrafi che ci interessano leggiamo: (1) '*Sed si roteam meam vehiculo aptaveris, teneris ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas.*' (2) '*Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris.*' (5) '*Si quis, cum iudicii accepto tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportet: quamvis sit, inquit Pomponius, quod ei impuletur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.*' (6) '*Idem scribit, si quis litis contestatae tempore possederit, deinde desierit possidere, mox coeperit sine ex eadem causa sive ex alia, condemnari eum oportere, nisi restituat.*' Sulle problematiche sollevate in questa parte del frammento, DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, cit., p. 180 ove bibliografia, 213, S. RICCOBONO, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse. [Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta]*, in «ZSS.», XXXI, 1910, p. 353 s., BESELER, *Beiträge*, II, cit., p. 16, 26, SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti*, cit., p. 89, A. GUARNERI CITATI, *La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti*, in «AUPA.», XIV, 1930, p. 279 ove bibliografia, BOZZA, *Il possesso*, I, cit., p. 198 s., 266, VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., p. 262 s., MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 195 s., 377 ss., 498 ove bibliografia, 659 s., R. DÜLL, *Zum Recht der Bildwerke in der Antike*, in «Studi E. Betti», III, Milano, 1962, p. 133, P. MADDALENA, *Possesso del tutto e possesso della parte nei corpi composti*, in «Synteleia Arangio-Ruiz», I, cit., p. 366 ss. ove altra bibliografia, METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., p. 135, A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 103, KASER, *Restituere*, cit., p. 86 ss., BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., p. 274, M. LEMOSSE, *Ad exhibendum*, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 69, ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 58 s., F. HORAK, *Ästhetische Probleme bei den römischen Juristen*, in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 157, WIMMER, *Besitz*, cit., p. 73 s., MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., p. 379.

²⁸² Come lasciano supporre più motivi logici (la contiguità coi casi prospettati nel paragrafo precedente e l'analogia della loro disciplina) che letterali, giacché l'*'idem'* del testo può semplicemente suggerire un'estensione ulpianea della medesima *ratio* a figure affini. Per l'attribuzione a Pomponio era LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 31, fr. 106.

²⁸³ Che aveva presumibilmente mantenuto quiescente il suo stato dominicale: MARRONE, *op. cit.*, p. 195 s. ove bibliografia (su cui però TALAMANCA, *rec. cit.*, p. 273 s., secondo cui la legittimazione attiva all'*actio ad separandum* sarebbe da verificare in relazione al momento dell'unione, e la «degitimazione passiva si restringe soltanto a coloro che abbiano posto in essere l'unione, e probabilmente ai soli casi di unione fatta nella consapevolezza dell'alienità della cosa»). Più difficile configurare, con VOCI, *Modi di acquisto*, cit., p. 257 ss., un acquisto revocabile (col venir meno dell'unione) della proprietà da parte del *dominus* della cosa principale: non tanto per motivi d'ordine dogmatico, quanto

ottenerne la separazione e procedere a rivendica²⁸⁴. Come in tema di *rei vindictio*, l'analisi del nostro giurista si lascia quindi apprezzare per i chiarimenti che apporta riguardo a ipotesi di contitolarità, a seguito di unione separabile, della cosa composta, o comunque di pluralità di legittimati attivi.

Meno lontane rispetto a quella del § 7 sono le problematiche indagate nei §§ 5 e 6. Vi compare un'analogia attenzione per il ricorrere dei requisiti dell'*a.a.e.* (qui il possesso, o la sua dolosa perdita, della *res* da parte del convenuto; lì l'interesse dell'attore) al momento della *litis contestatio* e posteriormente ad essa. Così, ove '*iudicii accepti tempore*' sussistesse il possesso del convenuto, poi perduto senza suo dolo²⁸⁵, Ulpiano ritiene preferibile una sentenza di assoluzione²⁸⁶. Egli adotta quindi una prospettiva speculare rispetto al caso del § 4²⁸⁷, ma anche tale da imporre il richiamo – difficile dire

per l'incongruenza (già colta dal MARRONE, *op. cit.*, p. 196) che emergerebbe rispetto al regime dell'*a.a.e.*, in quanto essa sarebbe concessa a chi non attualmente, ma solo in seguito al suo esercizio, fosse proprietario e quindi legittimato a un'*actio in rem*.

²⁸⁴) Perplexità sono state sollevate, soprattutto in anni meno recenti, circa il possedere '*non civiliter*' da parte del *dominus* della cosa principale. Alla bibliografia indicata da MARRONE, *op. cit.*, p. 378 s. e nt. 289 ss. (il quale propende, pur con cautela e su basi talora discutibili, a considerare spurio tutto il tratto '*quamvis ... non possideas*') si aggiungano GUARNERI CITATI, *op. cit.*, p. 279, BOZZA, *Il possesso*, I, cit., p. 198, 266 ss. La dizione in esame sembra salvata da ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 58 s., nt. 190 e 193, per il quale essa allude a una *possessio* che non conduca all'usucapione. Senza seguito sembra invece il problema profilato da MADDALENA, *op. cit.*, p. 366, secondo cui il nostro testo (assieme ad altri, quasi tutti più tardi) indicherebbe il bene composto, e non la parte, come suscettibile di possesso, laddove lo stesso Pomponio (in 17 *ad Sab.*, D. 41.3.30.1) sembra pervenire, muovendo ancora da un'opinione di Labeone, a una distinzione fra beni mobili e immobili, escludendo solo per i secondi un possesso disgiunto della parte.

²⁸⁵) Sulla presenza, nella stessa formula dell'*a.a.e.*, della previsione '*dolove malo fecit quo minus possideret*', MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 60, ove indicazione delle fonti.

²⁸⁶) Il che è apparso in contrasto con quanto affermato dallo stesso Ulpiano in (24 *ad ed.*) D. 10.4.11.2 ('*Si de pluribus rebus quis conveniatur et litis contestatae tempore omnes possedit, licet postea quasdam desiderit quamvis dolo malo possidere, damnandum, nisi exhibeat eas quas potest*'), a SCHULZ, *Die Aktivlegitimation*, cit., p. 88 s. ove bibliografia (il quale bollava come «Pandektenharmonistik» la spiegazione del DEMELIUS, *op. cit.*, p. 213 s.: analogamente KASER, *Restituere*, cit., p. 87). Quel che risulta poco chiaro in questo secondo testo è se ai fini della condanna (espressa nel *q.e.r.e.*) debba essere considerata la totalità dei beni posseduti al momento della *litis contestatio* (il che effettivamente costituirebbe un'antinomia rispetto a D. 10.4.7.5), oppure quei soli di cui sia ancora possibile l'*exhibitio*, come lascia supporre l'ultima frase del frammento. In tal caso, esso costituirebbe forse una precisazione scontata, ma nient'affatto discordante rispetto all'altra testimonianza ulpiana.

²⁸⁷) '*Si quis non possideat litis contestae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat*'. La situazione possessoria del convenuto si configura diversamente dall'interesse dell'attore quale requisito dell'*a.a.e.*: mentre il secondo deve ricorrere tanto al momento della *litis contestatio* che a quello della sentenza (§ 7), la

se in funzione di alternativa scartata o di possibile integrazione²⁸⁸ – dell'orientamento di Pomponio. Secondo quest'ultimo sarebbe stato infatti imputabile al convenuto l'aver scelto di concludere la *litis contestatio*, anziché operare, come gli era ancora possibile, la *restitutio* (o *exhibitio*)²⁸⁹: una soluzione di cui non è agevole cogliere la concreta operatività, ma del quale è forse un'eco anche in un testo paolino²⁹⁰.

Una più pronunciata sintonia tra referente e citato affiora invece in D. 10.4.7.6, per l'ipotesi in cui il convenuto, perduto (evidentemente, ancora senza dolo) il possesso di cui disponeva sino alla fine della fase *in iure*, vi sia stato subito dopo reimmesso in base allo stesso o ad altro titolo. Pomponio (così come poi, evidentemente, Ulpiano) non nutriva alcun dubbio che, in questo caso, egli, ove non proceda a *restitutio/exhibitio*, debba essere condannato.

Ancora alla disciplina dell'*actio* in esame attiene – nonostante il richiamo alla *restitutio* anziché all'*exhibitio*²⁹¹ – un frammento già esaminato per la conte-

sussistenza del primo (o la sua dolosa perdita) rileva soprattutto nella fase *apud iudicem*, sino a profilarsi come elemento necessario per la condanna, più che per l'esperibilità dell'azione: diversamente BESELER, *op. cit.*, p. 36, che considera infatti triboniano D. 10.4.7.4. Circa le istanze equitative che avrebbero spinto allo «stato di diritto più avanzato» riflesso in questo e simili testi, MARRONE, *op. cit.*, p. 644 nt. 82 ove bibliografia.

²⁸⁸) Sul punto, da ultimo, WIMMER, *Besitz*, cit., p. 74 nt. 327 ove bibliografia, secondo il quale già '*quamvis*' potrebbe assumere un valore sintattico concessivo oppure essere inteso come «correctivum». Pensava che Ulpiano non tenesse conto della «obiezione» costituita dal parere di Pomponio, MARRONE, *op. cit.*, p. 660 nt. 142.

²⁸⁹) Sul riferimento alla *restitutio* (anziché all'*exhibitio*) che incontriamo in questo paragrafo (come nel precedente e nel successivo), BESELER, *op. cit.*, p. 16 s., secondo cui il '*nisi restituitur*' di D. 10.4.7.4 e 6 costituirebbe un glossema, fermo restando, tuttavia, che *restituere* «im engern Sinne auch das *exhibere* begreife». Sull'espunzione di '*nisi restituitur*' nel § 6, MARRONE, *op. cit.*, p. 498 nt. 144 ove bibliografia.

²⁹⁰) Si tratta di (26 *ad Sab.*) D. 10.4.12.4: '*Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quominus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur ...*'. Anche questo testo presenta lati oscuri, come la limitazione ad alcuni casi, non meglio identificati: sul significato di '*interdum*', KASER, *Restituere*, cit., p. 88 s., WIMMER, *Besitz*, cit., p. 73 ove bibliografia, MÜLLER-EHLEN, *op. cit.*, p. 379 nt. 42. Esso però è meno in contraddizione rispetto ai testi di Ulpiano, e soprattutto alla citazione di Pomponio, di quanto ritenesse SCHULZ, *op. cit.*, p. 88 s. E' anzi possibile che qui Paolo restituisse in termini di condanna nell'*id quod interest* l'imputabilità al convenuto della mancata *restitutio/exhibitio ante litem contestatam*, quale prevista da Pomponio in D. 10.4.7.5. Un'ipotesi in cui Paolo impiegava, ad altro proposito, una simile determinazione della condanna operata da Pomponio, è riscontrabile in D. 43.16.6, su cui *supra* I.2.II.

²⁹¹) Sin dai tempi di BESELER, *Beiträge*, II, cit., p. 16 s., è stata peraltro sottolineata la possibilità di sostituire, o intendere, la menzione della prima come riferimento alla seconda.

stuale citazione di Sabino e Pomponio che esso tramanda, e dove il problema appare ancora diverso, coinvolgendo la determinazione della *res* oggetto dell'azione e dell'«esibizione» o (anche) di stima nella determinazione della '*summa condemnationis*' ove a quella non si sia giunti. Mi riferisco a (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 10.4.9.7²⁹², in cui già il giurista antoniniano risulta approvare l'opinione di Sabino secondo cui rileverà nell'ottica predetta anche il figlio della schiava oggetto della nostra azione, poiché altrimenti l'*actio ad exhibendum* sarebbe inidonea – a prescindere dal momento in cui sia avvenuto il concepimento – a '*restituere causam petitori*'²⁹³.

Se da un lato è tecnicamente discutibile – atteso il plurisecolare orientamento che, almeno in materia di usufrutto, negava al parto della schiava natura di '*fructus*'²⁹⁴ – porre sullo stesso piano tale *quaestio* rispetto ai casi in cui Pomponio si concentrava sul regime dei frutti in tema di *actiones in rem*, è però vero che con quell'ultima problematica si completa il quadro dei contributi in materia di *actio ad exhibendum* e che esso si dispone attorno a tre linee di indagine, quali trovano ampi riscontri in altre ricerche del giurista antoniniano.

Mi riferisco alla tematica dell' '*interesse*' (*petitoris*), che ne condensa forse l'elaborazione più significativa, esattamente come accadeva nell'analisi²⁹⁵ della precedente disposizione editale, relativa all'azione contro il '*mentor qui falsum modum dixerit*' (senza dimenticare la ricorrente attenzione, documentata soprattutto in materia di dolo, per i concreti «interessi» coinvolti e l'effettività della loro salvaguardia); alla disciplina approntata per ipotesi di unione (separabile) di beni mobili e loro conseguente contitolarità, quale già attraeva l'attenzione del nostro giurista in materia di *rei vindicatio*²⁹⁶; al regime delle '*utilitates*'²⁹⁷ – se non proprio, o sempre, frutti in senso tecnico – scaturenti dalla *res* oggetto di

²⁹²) '*Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur, Sabinus putavit partum quoque restituendum, sive praegnas fuerit mulier sive postea conceperit: quam sententiam et Pomponius probat*'. Un'esegesi del passo è *supra* II.3.1.5 ove bibliografia. Torneremo invece *infra* IV.2.II, analizzandone la pluralità dei mezzi processuali coinvolti e soprattutto gli scenari agrari e le forme mentali che vi affiorano, su un altro tratto di D. 10.4.9, ossia il § 1.

²⁹³) Come verificato a suo tempo, Ulpiano avrebbe condiviso quest'orientamento, per estenderlo anzi a tutte le '*utilitates*' cui il titolare della *res* ha dovuto rinunciare a causa della mancata, o tardiva, *exhibitio*.

²⁹⁴) E' da considerare, ovviamente, il dibattito e la soluzione registrati nel noto (Ulp. 17 *ad Sab.*) D. 7.1.68.pr., su cui *infra* IV.1.II ove bibliografia.

²⁹⁵) Ripercorsa *supra* III.8.II.2 ove bibliografia.

²⁹⁶) Si veda *supra* III.8.III.2 ove bibliografia, in riferimento soprattutto a D. 6.1.3.2 e D. 6.1.5.pr.-1.

²⁹⁷) Per riprendere la terminologia che abbiamo visto impiegata, ma in sviluppo dell'elaborazione pomponiana, da Ulpiano in D. 10.4.9.8.

azione e a cui si rischiava di dover rinunciare per il comportamento della controparte: una problematica già indagata sotto molteplici profili, dalla trattazione della *rei vindicatio* a quella di *actio Publiciana*, azioni a tutela di usufrutto e servitù²⁹⁸.

²⁹⁸) Si vedano, rispettivamente, i già esaminati D. 6.1.33, D. 6.2.11.5, D. 7.6.5.4 e D. 8.5.4.2-3.