



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

## Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

## Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>



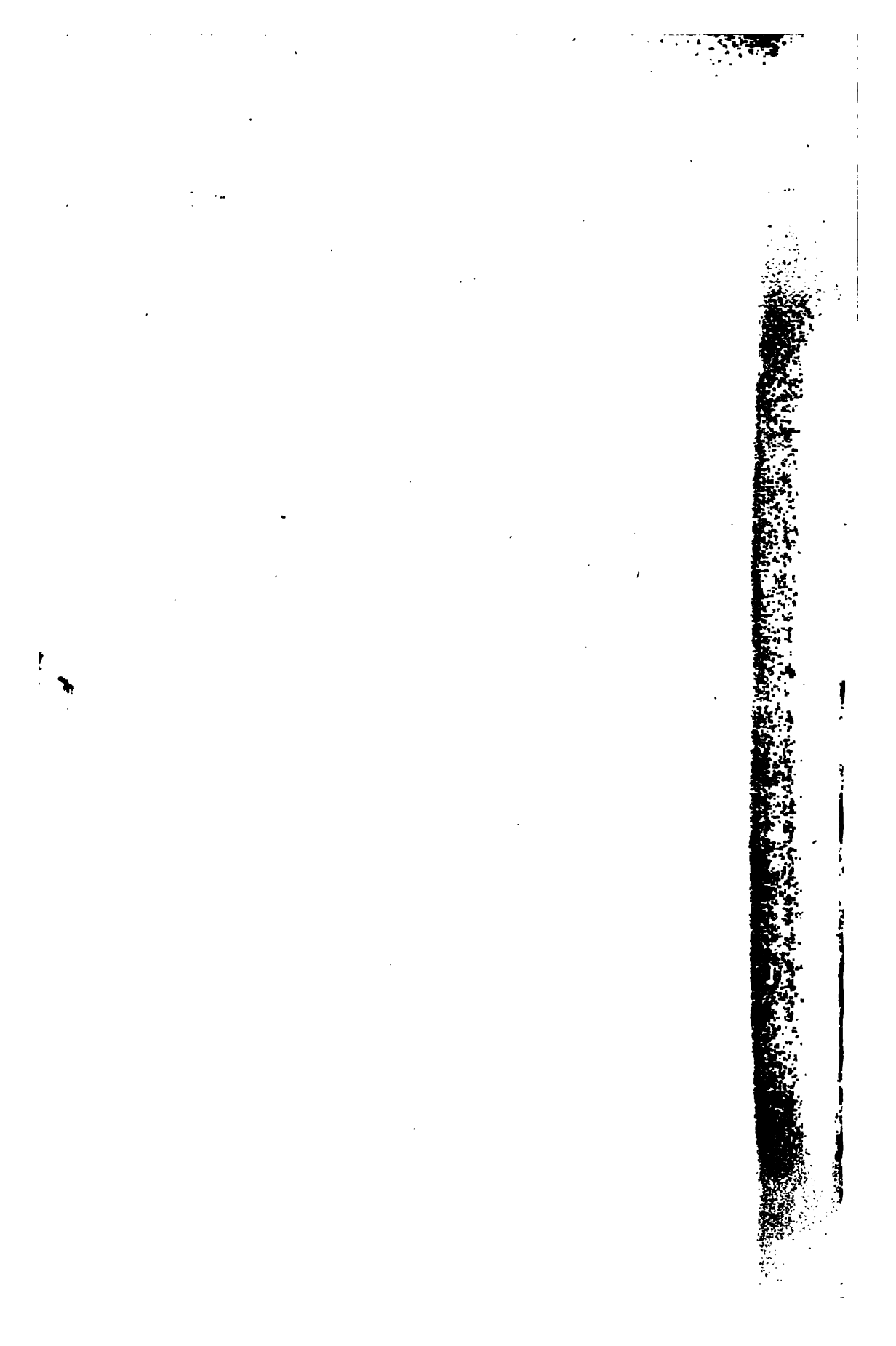
NARDECCHIA  
OMA



HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 20 1927

16211



COMMENTARIO  
ALLE  
P A N D E T T E



FEDERICO GLÜCK

COMMENTARIO  
ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI  
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

*già sotto la direzione di*

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

Serie dei Libri XLIII-XLIV

PORTE PRIMA E SECONDA

continuazione

DEL

PROF. AUGUSTO UBBELOHDE

Traduzione e note

DEL

Dott. VITTORIO POUCHAIN



MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Disciplini, 15

1899

11  
203.52

A large, stylized handwritten mark or signature, possibly a flourish or a specific symbol, located at the bottom left of the page.

**SEP 20 1927**



# LIBRO XLIII.

## TITOLO I.

### De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt <sup>1) a)</sup>

---

GAIO, IV, §§ 138-170. — ULP., *Instil. fragm. Vindob. fragm.*, III-V, ed. Krueger.  
— PAOLO, *R. S.*, V, 6. — Inst., lib. IV, tit. 15, *de interdictis*. — TEOFILO,  
*Paraphr. ad h. t.* Cod. Lib. VIII, tit. 1, *de interdictis*.

§ 1833.

*Concetto degli interdetti e loro requisiti generali.*

1. Si chiama *interdictum* nel diritto romano avanti DIOCLEZIANO un ordine, condizionato alla verità non indagata dei suoi presup-

---

<sup>1)</sup> Delle opere posteriori alla pubblicazione delle genuine *Istituzioni di GAIO* sono da nominare qui segnatamente: S. W. ZIMMERN, *Geschichte des römischen Privatrechtes bis auf Justinian* (Storia del diritto privato romano fino a Giustiniano), vol. III (anche sotto il titolo: *Der römische Civilprozess in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian* (La procedura civile romana nel suo svolgimento storico fino a Giustiniano), Heidelberg 1829 §§ 71-74 pag. 219-232. — A. BETHMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden Römischen*

---

a) BIBLIOGRAFIA. — Degli autori italiani vedi: F. BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana*, vol. I, Pisa 1886, specialmente pagine 420-480. — G. GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana*, Palermo 1873, specialmente pa-

GLÜCK, *Comm. Pandect.* — Lib. XLIII.

posti di fatto, che un magistrato giurisdicente dà oralmente in presenza delle due parti a una di esse su domanda dell'altra, e in al-

*Reichs* (Ordinamento giudiziario e procedura dell'impero romano della decadenza) (anche sotto il titolo: *Handbuch des Civilprozesses* (Trattato di procedura civile) parte I vol. I. Bonn. 1834 § 37 pag. 383-398. — F. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian* (Storia del diritto romano fino a Giustiniano), parte II 3.<sup>a</sup> ed. Bonn. 1861 §§ 764-770 pag. 409-416. — B. W. LEIST, *La bonorum possessio*, vol. I Göttingen 1844 §§ 48-60 pag. 306-396. — G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (Corso di istituzioni) 8.<sup>a</sup> ediz. curata da P. KRÜGER, vol. I Lipsia 1875 § 169 pag. 508-512. — HEIMBACH, nel *Rechtslexicon* (Dizionario giuridico), del WEISKE, vol. V pag. 526-636 Lipsia 1844. — KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen u. s. w.* (La procedura civile romana e le azioni, ecc.), 6.<sup>a</sup> ediz. rifatta da A. WACH (Lipsia 1883) § 22 sotto il num. I pag. 107 e segg. §§ 74-76 pag. 371-383. — K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung* (La procedura interdittale dei Romani nel suo svolgimento storico), Lipsia 1853. — A. F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), vol. II Lipsia 1859 §§ 53 e seg. pag. 176-185. — H. WITTE, *Das Interdictum Uti possidetis als Grundlage des heutigen Possessorium ordinarium* (L'interdetto *Uti possidetis* come base dell'odierno *possessorium ordinarium*), Lipsia 1863 pag. 1-28. — M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung* (La procedura civile del diritto comune nel suo svolgimento storico) (anche sotto il titolo: *Der römische Civilprozess*) (La procedura civile romana), vol. I Bonn. 1864 § 54 pag. 201-204. Vol. II ivi 1865 § 98 pag. 344-383. — I. E. KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts* (Corso di diritto romano), 2.<sup>a</sup> ediz. Lipsia 1879 § 210 pag. 129 §§ 213-222 pag. 131-137. Lo stesso, *Excursus über römisches Recht* (Nuovi studii di diritto romano), 2.<sup>a</sup> ediz. Lipsia 1880 pag. 243-245. — E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts* (Le azioni del diritto privato romano), vol. II Berlino 1873 pag. 51-73 e appendice R. pag. 323-327. — E. HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum u. s. w.* (La multa e il sacramentum, ecc.), Lipsia 1874 pag. 70 e seg. — O. LENEL, *Das Edictum perpetuum u. s. w.* (L'Edictum perpetuum, ecc.), Lipsia, 1883 tit. XLIII §§ 227-268 pag. 356-399. — E. PFERSCHKE *Die Interdicta des römischen Civilprozesses. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung* (Gli interdetti della procedura civile romana. Studio di storia del diritto), Graz 1888 pag. VI e 159.

gine 317-348. — F. SERAFINI, *Trattato delle Pandette di ARNDTS tradotto ed annotato*, vol. I 4.<sup>a</sup> ediz., Bologna 1883 § 100 note 11, 12, 13 e 14. — V. SCIALOJA, *Le azioni popolari di BRUNS tradotte ed annotate. Archivio Giuridico*, vol. XXVIII pagine 166-214, 519-539, vol. XXIX pagine 279-306. — Lo STESSO, *L'eccezione di cosa giudicata nelle azioni popolari. Archivio Giuridico*, vol. XXXI pagine 213-247, 495-497. — PADELLETTI, *Le azioni possessorie e il fondamento della protezione del possesso in diritto romano. Archivio Giuridico*, vol. XVI pagine 3-54. — C. FADDA, *L'azione po-*

cuni casi ad ambedue <sup>2)</sup>, sia su domanda dell'una e dell'altra, sia su domanda di una sola di esse, in modo che poi si possa addivenire per mezzo di giudici giurati alla ricerca e decisione sull'obbligatòrietà ed osservanza di quell'ordine.

Appunto il fatto, che la procedura degli interdetti incominciava con un ordine del magistrato a una parte o ad ambedue le parti, sull'effetto del quale solo in seguito poteva essere istituito un *iudicium*, doveva porla in spiccata contrapposizione con l'abituale procedura delle azioni, nella quale la funzione del magistrato si limitava al rimettere a un *iudicium* la decisione del dissidio esistente tra le parti. Perciò si presenta come l'interpretazione più naturale delle parole di GAIO, IV, 139 lo scorgervi con la maggioranza degli scrittori un accenno <sup>2a)</sup> precisamente a quest'ordine emanato fin dal principio (*principaliter* nel senso di tempo). Esse suonano:

---

<sup>2)</sup> V. infra § 1836 b num. 53.

<sup>2a)</sup> Così lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 6 e seg. nota 8 e gli scrittori ivi citati; e il RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), vol II § 53 pag. 177 nota 7. Ambedue rendono felicemente la precedenza di tempo dell'ordine del pretore con la circonlocuzione: « prima della produzione della prova ». Vedi ora anche BRINZ, *Ueber den Einlassungszwang im römischen Recht* (Sull'obbligo a comparire nel diritto romano), I pag. 4 e seg.: « Mentre nella procedura per azione l'*auctoritas* viene interposta solo alla fine del procedimento *in jure*, come *iudicis datio*, nella procedura interdittale essa viene in prima linea come comando o divieto, da cui emana tutto il procedimento ulteriore, come decreto del magistrato, che non solo approva la lite, ma la

---

*polare*, vol. I. Torino 1894. — G. B. DORE, *Studi sugli interdetti romani*, Firenze 1892. — TAGLIACARNE, *Degli interdetti romani*, Firenze 1877. — BELLAVITE, *Del possesso e degli interdetti. Archivio Giuridico*, vol. III pagine 234 segg., 511 segg., vol. IV pag. 583 segg. — LUCHINI, *L'azione popolare in materia di pubblica beneficenza. Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche* diretto da C. F. FERRARIS, vol. III (a. 1882) pagine 366-406. — CAMPAONA, *Delle azioni popolari nel diritto amministrativo italiano. Filangieri*, 1885 pag. 223 seg. — CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari*, Napoli 1887. Su questo vedi la recensione dell'ASCOLI, *Archivio Giuridico*, vol. XLII pag. 147 segg. — COSTA, *A proposito di alcuni recenti studi sulle azioni popolari. Rivista per le scienze giuridiche*, 1891. — Dei francesi vedi MACHELARD, *Théorie générale des interdits en droit romain*, Paris 1864. — Vedi inoltre i *Trattati di procedura civile romana* del KELLER e dello SCHEURL tradotti da F. FILONCSI-GUELFI. — Dei tedeschi vedi ancora la recente pubblicazione del PAALZOW, *Zur Lehre von den römischen Popularklagen* (Sulla dottrina delle azioni popolari romane), Berlino 1889.

*Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, etc.*<sup>2b</sup>).

Con questa interpretazione s'accorda benissimo ciò, che GAIO, dopo aver parlato della differenza fra interdetti imperativi e proibitivi, proseguendo dice nel § 141:

*Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, etc.*

La *auctoritatis interpositio* non forma appunto che il principio del procedimento, non lo esaurisce.

Mentre la fraseologia più esatta distingue gli *interdicta* dalle ac-

promuove nella forma desiderata e mette quindi tacitamente in vista la nomina del giudice. Se si deve leggere *interponit*, GAIO vorrebbe con ciò dire soltanto, che nella procedura interdittale l'*auctoritatis interpositio* viene in prima linea e dà norma al procedimento, e non che essa nella procedura per azione non occupi posto alcuno » (Su questa lezione vedi infra nota 2 b). — Per contro il BETHMANN-HOLLWEG. *Gerichtsverfassung u. s. w.* (Ordinamento giudiziario, ecc.), § 37 pag. 385 nota 6, e il LEIST, *Die bonorum possessio*, volume I pag. 334 opinano, che *principaliter* qui voglia dire « principalmente », e che la « procedura per azione » formi il logico contrapposto al « *principaliter auctoritatem interponere* » in questo senso, che in essa il pretore offre bensì « in principio » la sua *auctoritas finiendis controversiis*, ma solo « in modo accessorio » provocando la decisione con la nomina di un altro giudice. Contro di che giustamente osserva il WITTE, *L'interdictum Ut possidetis* pag. 1 nota 1, che al tempo di GAIO non si può affermare, che il pretore nella procedura degli interdetti abbia una parte principale; ciò si sarebbe potuto dire piuttosto delle *cognitiones extraordinariae* (nel senso comunemente usato), mentre degli interdetti si potrebbe meglio rilevare, che con essi *res ad ius ordinarium remittitur*, l. 1 § 2 D. *si ventr. nom.* XXV, 5. Cfr. infra nota 8 e pag. 10. — Sull'interpretazione, che il KARLOWA dà a questo frammento vedi infra alla nota 28.

<sup>2b</sup>) È vero, che il manoscritto veronese di GAIO, pag. 272 v. 6 e seg., legge *proponit*, ma con un'abbreviazione pel « *pro* », che, come osserva il KRÜGER, nella sua comunicazione al BRINZ, *Einlassungszwang* (Obbligo a comparire), loc. cit. pag. 5, si può facilmente scambiare con l'abbreviazione usata per « *inter.* ». Vedi anche l'*Index notarum nell'Apographum* dello STUEMUND, pag. 271 vol. 6 e seg. La lezione « *interponit* » quindi è secondo la critica diplomatica affatto accettabile, e merita poi realmente la preferenza sulla lezione « *proponit* », perchè *proponere auctoritatem* non si trova altrove, mentre invece « *interponere auctoritatem* » a proposito dell'amministrazione della giustizia è continuamente usato. — BRINZ, loc. cit. V. *Framm. Vat.* § 313 § 1 I. *de fideic. hered.* II, 23 L. 2 § 2 D. *de op. publ.* L. 10 (infra num. 2 nota 26).

tionēs<sup>3)</sup>, il corso, che può avere la procedura degli interdetti fa sì, che talora là, dove non monta il rilevare la loro contrapposizione alle *actiones*, essi vengano compresi nella denominazione di *actiones*<sup>4)</sup>.

2. Quale magistrato, che pronuncia gli interdetti, viene innanzi tutto il pretore: di questa sua funzione ci fan testimonianza i brani dell'editto pervenutici, che trattano degli interdetti, i quali cominciano con le parole: « Praetor ait », « Ait praetor », e numerosi frammenti della maggior parte dei titoli del libro XLIII del Digesto.

Accanto al pretore GAIO, IV, 139, nomina il proconsole; e nei rescritti di ALESSANDRO dell'anno 224<sup>5)</sup> e di VALERIANO e GALLIENO dell'anno 260<sup>6)</sup> si fa parola del *praeses provinciae*. Rispetto agli interdetti *Quod vi aut clam* e *Unde vi* era competente anche il *praefectus urbi*<sup>7)</sup>: però è sommamente dubbio, se questi abbia mai pronunciato un interdetto in modo formale<sup>8)</sup>, o se piuttosto con le parole *ex in-*

<sup>3)</sup> Per es. L. 35 § 2 L. 39 pr. D. *de proc.* III, 3. L. 1 § 4 § 6 D. *uti possid.* XLIII, 17. L. 6 § 2 D. *de confess.* XLII 2. Vedi anche L. 15 D. *ad exhib.* X 4: *vel interdictum vel iudicium ita dari.*

<sup>4)</sup> Così già in CIC. *pro Caec.* I § 3, III § 8, XI § 32, XIII § 37, XIV § 40. — Inoltre GAIO, IV, 155. — PAOLO, V, 6, 10. — COLLAT., XVI, 3 § 5. L. 35 pr. L. 37 pr. § 1 D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 3 pr. D. *de mort. inf.*, XI, 8. L. 3 § 1. D. *de iureiur.* XII, 2. L. 3 § 1. D. *ne vis fiat ei.* XLIII, 4. L. 40 pr., L. 42 pr. D. *de procur.* III 3 L. 1 § 4 D. *de lib. exhib.* XLIII, 30. L. 14. L. 22 § 4 D. *quod vi* XLIII, 24. L. 2 §§ 39 e seg. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 pr. D. *de superf.* XLIII, 18; inoltre dovunque in un interdetto si trova la clausola « *qua de re agitur* » (V. infra § 1838 num. 85 alla nota 57) (Nella L. 43 D. *ad leg. Aquil.* IX, 2 si deve leggere col MOMMSEN, *interdicto* in luogo di *hao actione*). — SPARTIAN, *Pescenn. Niger* c. 2: *ex interdicto de imperio egisse*. — Vedi SCHMIDT, loc. cit. pag. 320 nota 45. — SCHRAEDER, ad pr. I *de interd.* IV, 15 ad v. *interdictis-exercetur*. Malgrado questi testi allo PFERSCHER, loc. cit. pag. 22 nota 1, sembra discutibile, che gli interdetti vengano senz'altro messi nel numero delle azioni; egli ne desume soltanto, che le norme, che regolano le azioni, sono applicate anche agli interdetti.

<sup>5)</sup> L. 1 Cod. *de interd.* VIII, 1.

<sup>6)</sup> L. 2 *eod.* Vedi infra dopo nota 30.

<sup>7)</sup> L. 1 § 6 D. *de off. praef. urbi* I, 12 (ULP., *lib. singul. de off. praef. urbi*): *Sed et ex interdictis Quod vi aut clam aut interdicto Unde vi audire (aut Unde vi adiri scr. M.) potest.*

<sup>8)</sup> Ciò sembra ammettere lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 207 nota 6. — Bene il LEIST, *La Bonorum Possessio* Vol. I pag. 339, in quanto ammette una *cognitio*

*terdictis audire* o *adiri*, senza aver riguardo alla forma del procedimento, non s'intenda semplicemente parlare della competenza materiale per le dette controversie, le quali innanzi al pretore erano decise per mezzo di un interdetto <sup>9)</sup>).

Finalmente nella *lex Rubria* c. 22 scorgiamo varii indizii, da cui risulta, che secondo questa legge i magistrati municipali della Gallia Cisalpina erano competenti entro il limite di 15,000 sesterzi anche a pronounciare interdetti e a istituire in base ad essi il procedimento per sponsione e l'*actio arbitraria* <sup>9a)</sup>. Le parole del c. 22 col. II, v. 31: (*se restituereve oportere (confessus)*) si riferiscono alla confessione fatta dal convenuto dopo la *postulatio interdicti*, di essere obbligato e quel *restituere*, che deve essergli ordinato in forza dell'*interdictum redditum* con l'espressione *restituas* <sup>10)</sup>; e al *restituere* medesimo si riferisce ivi v. 39 il *restitui-oportere*. Nel v. 35 invece il *non restituet* deve intendersi non tanto del non soddisfacimento dell'impetrante, quanto piuttosto in questo senso, che il convenuto confesso non domanda l'*arbitraria actio* nel procedimento per interdetto <sup>11)</sup>. *L'eam rem-se-habere*

immediata del *praefectus urbi*, che egli seguendo la tradizione chiama *extraordinaria* e poi certo erroneamente parifica al procedere del pretore *iure potestatis* della L. 1 § 1 sq. D. *de migr.* XLIII, 32. L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4. L. 5 § 27 D. *ut in poss. leg.* XXXVI, 4 e L. 1 § 1 D. *si centr. nom.* XXV, 5 (vedi infra nota 21.). Cfr. su quest'ultimo *extra ordinem*. O. E. HARTMANN, *Ueber die römische Gerichtsverfassung* (Sull'ordinamento giudiziario romano), pag. 511 segg. e infra § 1839 num. 116.

<sup>9)</sup> Ad ogni modo per la formale emanazione di interdetti da parte del *praefectus urbi* nell'epoca classica nulla prova SYMMACHI, *Epp. lib. X ep. 48* (al. 41 = *relat.* 28). Cfr. su questo passo infra § 1840 num. 124 dopo la nota 35.

<sup>9a)</sup> D'altro parere è I. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO dell'Ain. *Abhandlungen zum Römischen Staats und Privatrecht* (Dissertazioni sul diritto romano pubblico e privato). Dall'olandese. Con prefazione del Dr. MAX CONRAT (COHN). Stuttgart 1865 pag. 280.

<sup>10)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess* (La procedura civile romana) vol. II § 98 pag. 359 alla nota 4. — HUSCHKE, *La multa e il sacramentum* pag. 71 nota 171 in fine DEMELIUS, *Die Confessio im römischen Civilprozess u. s. v.* (La *confessio* nella procedura civile romana, ecc.) pag. 147 seg. *Restituere* viene usato in questo senso per es. in GAIO, IV, 144, *restituere oportere* nella L. 25 § 4 D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8 e corrispondentemente *exhibere oportere* nella L. 1 § 1 D. *de tab. exh.* XLIII 5.

<sup>11)</sup> DEMELIUS, loc. cit. pag. 136 nota 3 pag. 148 seg. Cfr. CIC. *pro Tull.*,

ivi v. 36 si riferisce probabilmente a quegli interdetti, nei quali l'obbligo del convenuto è condizionato all'*habere*<sup>12)</sup>, o al *possidere*<sup>13)</sup>, o anche al *penes eum esse*<sup>14)</sup>. E le parole *sei sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet*, ivi v. 34 sq. intendono dire della *sponsio ex interdicto*<sup>15)</sup>.

Pur tuttavia noi non sapremmo ammettere, che si debba da ciò dedurre la competenza generale dei magistrati municipali per gli interdetti entro il limite di valore a quei magistrati assegnato. Perocchè come la *lex coloniae Genetivae Juliae* dell'anno 710 u. c. nei cap. 94, 125 e 128 attribuisce espressamente l'*imperium* ai duumviri di questa colonia di cittadini e ai loro rappresentanti, i prefetti<sup>16)</sup>, così la *lex Rubria* c. 21 in fine riconosce di fatto un *imperium* nei suoi magistrati municipali, in quanto dà loro almeno in via eccezionale la *recuperatorum datio*<sup>17)</sup>. Ai magistrati municipali del tempo dei SEVERI invece manca in generale l'*imperium*<sup>18)</sup>. Dunque l'ammettere

XXIII, 53: *Et ego ipse tecto illo disturbato si hodie postulem. Quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condempneris necesse est.* — VALEK. PROB. *de not. excerpta* nr. 70 (KR): *R. A. Q. E. I. E.* = *restituas ante quam ex iure exeat*. Cfr. GAIO, IV, 164. V. infra § 1838 d num. 101 alla nota 47 e seg.

<sup>12)</sup> Per. es.: *Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes etc.* L. 2 § 35 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8. *Quod in flumine publico ripave eius factum sine quid in id flumen ripamve eius immissum habes etc.* L. 1 § 19 D. *de flum.* XLIII, 12. L. 1 § 11 D. *ne quid in flum.* XLIII, 13. *Quod precario ab illo habes etc.* L. 2 pr. D. *de prec.* XLIII, 26.

<sup>13)</sup> Per es.: *quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides etc.* L. 1 pr. D. *Quor. bon.* XLIII, 2. *Quod de his bonis, legatorum nomine, possides etc.* — Cfr. *Framm. Vat.*, 90.

<sup>14)</sup> Per es.: *si has (tabulae) penes te sunt etc.* L. 1 pr. D. *de tab. exh.* XLIII, 5.

<sup>15)</sup> DEMELIUS, loc. cit. pag. 127 nota 1 e pag. 158 nota 1.

<sup>16)</sup> Cfr. BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto) vol. XII pag. 107 seg. sotto il num. 4 a.

<sup>17)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.* pag. 21 seg. e riguardo alla limitazione SCHRUTKA-RECHTENSTAMM, nei *Sitzungsberichte der philosoph.-hist. Classe der kaiserl. Akademie der Wissenschaften* (Resoconti delle sedute della sezione filosofico-storica dell'imp. Accademia delle scienze), Vol. CVI Vienna 1884 pag. 463 e segg. segnatamente pag. 467 e segg. pag. 473 e segg. — Altrimenti MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* (Diritto pubblico romano), Vol. III parte 1 pag. 816 nota 5 in fine.

<sup>18)</sup> L. 26 pr. D. *ad municip.* L. 1 (PAOLO lib. I *ad ed.*): *Ex, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.*



o no la competenza di questi magistrati municipali per gli interdetti dipenderà dall'essere gli interdetti fondati sull'*imperium* o sulla *iurisdictionis*.

Lo SCHMIDT<sup>19)</sup> ammette bensì con l'opinione dominante la prima ipotesi, ma ciononostante ritiene quella competenza indubitabile<sup>19a)</sup>, affermando che gli interdetti appartenevano alla procedura ordinaria. Se io ho bene inteso, egli vuol dir ciò: Poichè i magistrati municipali sono competenti, entro il limite di valore indicato, a istituire giudici giurati e a far l'istruzione mediante una formula<sup>20)</sup>, e una tale *constitutio iudicii* fa spesso seguito all'emanazione di un interdetto, deve ammettersi la competenza di quei magistrati anche a pronunciare interdetti. Ora è bensì vero, che la procedura interdittale vien contrapposta alla procedura *extra ordinem*<sup>21)</sup>, cioè al procedere del magistrato *vi potestatis*, in forza dei pieni poteri conferitigli nel suo ufficio<sup>22)</sup>: e certo di fronte a questa sua funzione il procedimento, che si svolge sulla base di un interdetto, rappresenta

<sup>19)</sup> Loc. cit. pag. 314 seg. Vedi infra nota 25.

<sup>19a)</sup> Loc. cit. pag. 207 seg. alla nota 8.

<sup>20)</sup> È presumibile che lo SCHMIDT, per « *Ordinerverfahren* » intenda appunto questo procedimento con giudici giurati e formula. Lo dicono espressamente il SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso), § 34 alla nota 3 (7.<sup>a</sup> ediz. pag. 379); lo ZIMMERN, *Geschichte des Röm. Privatrechts* (Storia del diritto privato romano) vol. III § 71 nota 2; il PUCHTA, (*Instituzioni*) § 169 alla nota c, — Cfr. anche KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano) vol. I pag. 593 nota 1 alla metà.

<sup>21)</sup> L. 1 § 2 D. *de migr.* XLIII, 32. *Oui rei etiam EXTRA ORDINEM subveniri potest; ergo infrequens est hoc interdictum.* L. 3 pr. D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4... *si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, INTERDICTUM locum habere, sed melius erit dicere, EXTRA ORDINEM ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem § 1... dicendum est, actionem hanc (sc. interdictum ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est) utilem competere* (cioè nella *missio Antoniniana* cfr. LENEL. *Ed. perp.* p. 364 nota 5): *ceterum poterit uti et EXTRAORDINARIA executione*, L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4. Non si riferisce al nostro argomento la L. 1 § 1 D. *de insp. ventre* XXV, 4: bisogna con MOMMSEN far punto prima di « *extra ordinem* ». — Vedi O. E. HARTMANN, *Ueber die röm. Gerichtsverfassung* (Sull'ordinamento giudiziario romano), pag. 494 nota 12 e pag. 513 nota 55.

<sup>22)</sup> HARTMANN, loc. cit. pag. 511 segg.

la via ordinaria di procedura<sup>23)</sup>; ma se il *ius ordinarium*, come è qui inteso, comprende pur sempre in sè una procedura con giurati e formula, non si può ancora in alcun modo venire a quella conclusione. Perocchè è vero, che la emanazione di un interdetto può aver per conseguenza la nomina di giudici giurati con una formula, nello stesso modo che per esempio la concessione della *bonorum possessio* può dar luogo al conferimento di *utiles hereditariae actiones*; ma come non si potrebbe dedurre dalla competenza a conferire queste azioni la competenza a concedere la *bonorum possessio*, così non si potrà in massima, basandosi sulla competenza per le *actiones ex interdicto*, concludere per la competenza a pronunciare interdetti. Solo finchè quelle azioni come azioni *arbitrariae* debbono far seguito immediato all'interdetto<sup>24)</sup>, la competenza per questo porta con sè anche la competenza per esse, dimodochè da questa si potrà immediatamente argomentare la prima. Intanto non consta in nessun modo, che un magistrato municipale con la competenza limitata per materia indicata nelle Pandette abbia mai conferito una *arbitraria actio ex interdicto*. Non sappiamo nemmeno, se dinanzi a un tal magistrato abbia mai avuto luogo l'*agere ex interdicto per sponsionem et restipulationem*; si potrebbe pur sempre ritenere, che gli sia mancata anche l'autorità necessaria per provocare quelle sponsioni<sup>25)</sup>. L'argomentazione dello SCHMIDT dunque manca già del fondamento di fatto.

Occorre perciò esaminare le ragioni dell'opinione dominante<sup>25)</sup>, che cioè la facoltà di pronunciare interdetti emanasse dall'*imperium*.

<sup>23)</sup> L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.* XXV, 5... *cogel autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si cum PEU INTERDICTUM AD IUS ORDINARIUM remisit.* — Nei *Gromatici veteres ex rec. Lachm.* p. 16 v. 3 sq. v. 18 sq.: *De possessionis controversia est, qua AD INTERDICTUM (HOC EST IURE ORDINARIO) litigatur, il ius ordinarium è contrapposto al procedimento innanzi agli agrimensori.* — HARTMANN, loc. cit. pag. 546 alla nota 10.

<sup>24)</sup> GAIO, IV, 164 sq.

<sup>24a)</sup> Cfr. KAPPEYNE, loc. cit. (nota 9 a) pag. 280.

<sup>25)</sup> LEIST, *La Bonorum possessio*, vol. I § 53. — KELLER, *Civilprozess* (Procedura civile) § 74 nota 861. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 314 seg. — RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del dir.), vol. II pag. 177 alla nota 6. — WITTE, *Das*

Non mi sembra fornire qui un argomento decisivo il passo di GAIO già sopra <sup>25 a)</sup> mentovato, IV, 139:

*Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter AUCTORITATEM SUAM finiendis controversiis INTERPONIT.*

Certo i termini *auctoritas*, *auctoritatem interponere* vengono usati a preferenza per gli atti del *magistratus cum imperio* concernenti l'amministrazione della giustizia <sup>26)</sup>. Peraltro *auctoritas* è talvolta detto anche parlando della giurisdizione dei magistrati municipali <sup>26 a)</sup>, e del pari è tale espressione applicata alla funzione propria

---

*interdictum Uti possidetis* (L'interdetto *Uti possidetis*), pag. 9 segg. — BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* (Procedura civile), vol. I pag. 202, vol. II pag. 344. — KUNTZE, *Cursus* (Corso), § 213. — BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del dir.), vol. III pag. 408 alla nota 197. — HUSCHKE, *Die Mulla und das Sacramentum* (La mulla e il sacramentum.) pag. 71 seg.

<sup>25 a)</sup> Vedi pag. 4 (Ediz. ted., pag. 4).

<sup>26)</sup> § 1, I, *de fideic. hered.* II, 23: (AUGUSTUS) *iussit consulibus auctoritatem suam interponere.* GAIO, III, 224: *iudex plerumque propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.* L. 8 §§ 6, 20, 21, 22 D. *de transact.* II, 15 (della transazione sugli alimenti): *praetoris auctoritas* L. 5 §§ 5, 6, 8 D. *de reb. eor.* XXVII, 9 (alienazione dei beni pupillari): *sine praetoris auctoritate*, L. 2 § 2 D. *de op. publ.* L. 10: *praeses provinciae auctoritatem suam interponit.* L. 3 Cod. *de pign.* VIII, 13: *auctoritatem praesidis possessionem adipisci debent* L. 19 § 1 D. *de off. praes.* I, 18 del *praeses: ita ius reddi debet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.* L. 1 Cod. *de abol.* IX, 42 del *praeses provinciae; intercessione auctoritatis suae.* — PAOLO, V, 21 a, 17: *contra auctoritatem interpositi per praesidem decreti.* LO STESSO, V, 5 a, 1: *Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur.* Del pari potrebbe in PAOLO, V, 26, 4 il « *sine auctoritate iudicis* » corrispondere al « *sine iussu praesidis* ». Il *Framm. Vat.* 313 (DIOCLETIAN. 296: — *aditus is, cuius de ea re notio est, auctoritatem suam interponet* — è anche naturalissimo riferirlo al *praeses provinciae*: si tratta di una rivendicazione di un *praedium nec mancipi*. Anche la L. 1 Cod. Theod. *unde vi* IV, 22, L. 1 Cod. Just. *si per vim* VIII, 5: (CONSTANTIN. 326, *Judices absentium* — *auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant* — nel suo significato originario deve riferirsi solo agli alti magistrati, perocchè l'*interdictum momentariae possessionis* non è stato sottoposto alla competenza dei magistrati municipali che da ARCADIO e ONORIO, 395, e solo in casi lievi. L. 8 Cod. Theod. *de iurisd.* 2, 1 (Vedi infra nota 32). — Lo stesso deve dirsi della L. 6 Cod. *quod cum eo* IV, 26 (VALERIAN. et GALLIEN. 259: — *ingrediens rem tuam contra vim eius auctoritate competentis iudicis protegeris*) se questo passo, com'è probabile, si riferisce all'interdetto *Unde vi*.

<sup>26 a)</sup> L. 10 D. *qui pot.* XX, 4: *pignus in causa iudicati ex auctoritate eius, qui*

del giudice, senza distinguere, se essa venga esercitata da un *magistratus cum imperio*, da un magistrato municipale, o da un *iudex privatus* <sup>27)</sup>. È quindi pur sempre lecito ritenere, che GAIO con quell'espressione non volesse punto designare qualche cosa di contrapposto alla funzione dei magistrati municipali nell'amministrazione della giustizia.

Il KARLOWA <sup>28)</sup> trova per un'altra via nelle parole di GAIO un accenno all'*imperium* del magistrato interdicante. Egli prendendo il *principaliter* nel senso di « con precedenza di rango, principalmente » addita come logico contrapposto al *principaliter auctoritatem suam interponere* l'applicazione del *ius* o della *lex*, e quindi come contenuto di quella funzione « l'esercizio dell'*imperium*, affatto libero nella sua esplicazione, anzi in certi casi superiore alla stessa legge ». Tuttavia, poichè GAIO non parla punto della competenza, che ne conseguiva, l'origine della procedura interdittale dall'*imperium* doveva essergli del tutto indifferente; e oltre a ciò dopo l'istituzione di *actiones in factum conceptae* la contrapposizione degli interdetti, pubblicati anch'essi nell'albo, all'applicazione del *ius* e della *lex* aveva perduto ogni significato pratico.

Nella L. 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 è invece esplicitamente indicata la derivazione degli interdetti dall'*imperium*:

(JULIANUS, lib. XLVIII *Dig.*). *Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin illusorium PRAETORIS IMPERIUM erit.*

---

*iubere potuit, captum.* L. 3 § 1 D. *de reb. eor.* XXVII, 9: *ex auctoritate magistratum della pignoris capio e distractio.* — Cfr. L. 6 Cod. *de pact. i. e. et v.* IV, 54. L. 29 § 7 D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. — Vedi BETHMANN-HOLLWEG, *Römisches Civilpr.* (Procedura civile rom.), vol. II § 66 pag. 69 alla nota 24. Nella compilazione L. 1 Cod. *si per vim* VIII, 5 e L. 6 Cod. *quod cum eo.* IV, 26 ctt.

<sup>27)</sup> L. 1 D. *de iurer.* XII, 2 del giuramento deferito dal giudice: *ex auctoritate iudicis.* L. 2 Cod. *de resc. vend.* IV, 44 (DIOCLETIAN. 285): — *auctoritate intercedente iudicis* — dell'impugnazione di una vendita per *laesio enormis*. Io non trovo nessun appiglio per limitare qui l'espressione, di cui si tratta, al *magistratus iuri dicundo*, e per di più a un tal magistrato *cum imperio*.

<sup>28)</sup> *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legis actionen* (La procedura romana al tempo delle *legis actiones*), pag. 245.

Infatti le parole: *adversus edictum praetoris*, che sono quelle della *sponsio ex interdicto*<sup>29)</sup>, designano un atto, che è stato eseguito contro il divieto personalmente espresso dal pretore nell'*interdictum redditum*<sup>29a)</sup>. Affinchè la contravvenzione a questo divieto non menomi il prestigio dell'*imperium praetoris*, deve da essa nascere l'obbligo di abbattere ciò, che è stato edificato in onta al divieto<sup>30)</sup>.

La derivazione degli interdetti dall'*imperium* è confermata dalla L. 2 Cod. *de interd.*, VIII, 1:

(VALERIANUS et GALLIENUS A. A. *Messiae*). *Praeses provinciae in eum, qui eiusdem provinciae non est, nec ex interdicto potest cognoscere* (PP. VII Kal. Mai. *Saeculare et Donato Conss.* (260));

messa in correlazione con la L. 3 D. *de off. praes.*, I, 18:

(PAULUS, lib. XIII *ad Sabin.*). *Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet. — habet interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint (si quis malum commiserit), etc.*

Infatti se la facoltà di pronunciare interdetti fosse stata contenuta nella *iurisdictio* ordinaria, non avrebbe potuto sorgere la questione, se la sua applicazione in un dato caso fosse vincolata ai principii sul foro competente. E in ispecie la questione, se il governatore potesse

---

<sup>29)</sup> GAIO, IV, 141: — *ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, AN ALIQUID ADVERSUS PRAETORIS EDICTUM FACTUM SIT, vel an factum non sit, quod is fieri iussit.* § 165: — *actor provocat adversarium sponsione, (QUOD) CONTRA EDICTUM PRAETORIS non exhibuerit aut non restituerit.* CIC. *pro Cacc.* XVI, 45: *sponsionem facere — ni ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS vis facta esset.* — LENEL, *Ed. perp.* pag. 367 alla nota 10 p. 378 seg. sotto il num. 2. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 315 num. 36. Cfr. L. 5 § 4. L. 18 pr. L. 22. L. 23 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. — Non si deve invece col KELLER, *Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch.* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI pag. 306 nota 28 e lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 241 riferire qui la L. 102 pr. D. *de E. J.* L. 17 (ULP. lib. 1 *ad ed.*); essa si riferisce all'editto sulla *in ius vocatio*. — Cfr. GAIO, IV, 46. — LENEL, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny) (di storia del diritto), vol. II parte roman. pag. 23 nota 24 e *Ed. perp.* pag. 42 alla nota 8 (Vedi infra § 1838 a num. 89 alla nota 11). — Il contrapposto al *contra edictum* è l'*ex edicto* per ea. L. 14 § 2 D. *quib. ex c. in poss.* XLII, 4.

<sup>29a)</sup> Vedi infra § 1838 a, num. 89 alla nota 7.

<sup>30)</sup> Cfr. infra § 1838 e, num. 105 alla nota 73 segg.

pronunciare interdetti contro tutte le altre persone dimoranti nella sua provincia, era possibile soltanto, se quella facoltà era fondata su di un potere più alto, cioè sull'*imperium*. Però anche in questo caso la questione doveva essere risolta negativamente, poichè, come c'insegna PAOLO, anche l'applicazione dell'*imperium* è soggetta in tutto alle regole del foro competente.

Tranne dunque il caso di delegazione, i magistrati municipali *sine imperio* non avevano facoltà di pronunciare interdetti. È vero, che le Pandette fra le competenze, che mancavano al magistrato municipale per difetto di *imperium*, non annoverano gli interdetti<sup>31)</sup>; ma s'intende di per sè, perchè i compilatori dovettero cancellarne la menzione: quando il procedimento interdittale fu scomparso, anche i magistrati municipali furono competenti, entro i loro limiti generali, per le *extraordinariae actiones*, che avevano luogo *ex causa interdicti*<sup>32)</sup>.

È innegabile, che la limitazione degli interdetti agli alti magistrati giurisdicenti ha per noi qualche cosa di strano: ne poteva conseguire per es., che un magistrato municipale fosse bensì competente per la lite sulle *proprietà* di una cosa determinata, ma non per il procedimento circa il suo *possesso*. Però non credo, che ciò sia più strano del fatto indubitabile, che il magistrato municipale era incompetente anche per il procedimento contro l'*indefensus* e per l'ese-

31) L. 26 cit. § 1. L. 4 D. *de iurisd.* II, 1.

32) Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 208 ne adduce una testimonianza esplicita nella L. 8 §§ 1 sq. Cod. Theod. *de iurisd.* II, 1 (ARCAD. et HONOR. dell'a. 395): *Momentariae etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut mox audiri, interdum etiam siue inscriptione, moreatur — proponitur. § 2: Cum igitur de his rebus parvis ac minimis tuae sit iniuria potestatis iudicare, decretum est, eas tantum causas criminales a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritis horror inscriptionis impleverit etc.* INTERPRETATIO ad h. l. *Quoties de parvis criminibus, id est — modicae terrae seu domus invasae — sub oriminis nomine actio fortasse processerit, ad mediocres iudices, qui publicam disciplinam observant, id est, aut defensores aut assertores pacis, vindictam eius rei decernimus pertinere etc.* Di qui risulta che l'*interdictum* Unde vi deve esser portato innanzi al *rector provinciae* solo allorquando esso richiede il formale procedimento criminale con *inscriptio*. — Cfr. BRUNS, *Die Besitzklagen* (Le azioni possessorie), pag. 99 seg. — Vedi anche HARTMANN, loc. cit. pag. 577 nota 17.

cuzione patrimoniale mediante *missio in bona*, e che quindi nella causa più insignificante per un tal procedimento si doveva adire in Italia il pretore, nelle provincie il governatore <sup>33)</sup>. Ma in realtà, come vedremo più tardi <sup>34)</sup>, l'origine del procedimento interdittale non è concepibile che dall'*imperium*.

O'imbatteremo ancora in un accenno particolare all'incompetenza dei magistrati municipali per gli interdetti, quando ci occuperemo del rapporto tra questi e le *actiones* ordinarie <sup>35)</sup>.

Riguardo al foro competente per gli interdetti valgono precisamente gli stessi principii, che per le azioni ordinarie <sup>36)</sup>.

Parimenti la competenza del *praefectus urbi* per le cause, che cadevano sotto gli interdetti *Quod vi aut clam* e *Unde vi* <sup>37)</sup> è fondata sul concetto, che determina in generale la sua giurisdizione, cioè sull'interesse della sicurezza pubblica <sup>38)</sup>. Più tardi il *praefectus urbi* ha

<sup>33)</sup> L. 4 cit. D. *de iurisd.* II, 1: — *in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*. L. 26, § 1 cit. D. *ad municip.* L. 1: *Magistratibus municipalibus non permittitur — bona rei servandae causa iubere possideri*.

<sup>34)</sup> V. *infra* § 1839 num. 110.

<sup>35)</sup> V. *infra* § 1839 num. 115 alla nota 47.

<sup>36)</sup> Si noti però che secondo l'opinione dominante il *forum delicti commissi* nella procedura civile, fatta astrazione dalla connessione con cause criminali e dall'azione nossale (L. 43 D. *de nox. act.* IX, 4), fu introdotto per la prima volta per l'interdetto *Unde vi* con la L. un. Cod. *ubi de poss.* III, 16 (VALENTINIAN. et VALENS, a. 366): *Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare*. — WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozesses* (Sistema della procedura civile ordinaria), § 41 nota 31. Del resto rispetto all'*Unde vi* lo stesso tribunale sarebbe competente tanto come *forum delicti commissi* quanto come *forum rei sitae*. — Tuttavia se con DONELLUS, *Comm. iur. cir.* XVII, 17, 3 e il BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie) si riferisce la L. un. cit. anche all'*interdictum retinendae possessionis* quando questo ha luogo per turbativa violenta (cfr. in proposito *infra* § 1840 num. 122 alla nota 48 <sup>b)</sup>), quella costituzione può solo parlare del *forum rei sitae*: l'*interdictum retinendae possessionis* anche nel caso, di cui si tratta, non è un'azione *ex delicto*. Ma ad ogni modo questa determinazione di competenza appartiene a un tempo in cui la procedura interdittale aveva perduto il suo carattere particolare V. *infra* § 1840 num. 123 alla nota 71 <sup>b</sup> seg.

<sup>37)</sup> L. 1 § 6 D. *de off. praef. urbi*, I, 12 (vedi sopra nota 7).

<sup>38)</sup> MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* (Diritto pubblico romano), II, 2 ediz. 2.<sup>a</sup> pag. 1019 alla nota 5.



la suprema giurisdizione civile nella capitale e *intra centesimum urbis miliarium* senza restrizione<sup>39)</sup>; quindi la speciale menzione di quei due interdetti nella compilazione vuol dire soltanto, che egli in realtà non soleva occuparsi in prima istanza degli altri interdetti. Questi erano affidati alla giurisdizione dei tribunali a lui subordinati, di cui facevan parte fuori della città anche i magistrati municipali della regione circostante. Così a ragione lo SCHMIDT<sup>40)</sup> scorge nella speciale menzione dei due interdetti una conferma indiretta del fatto, che nell'epoca più tarda anche i tribunali municipali erano competenti per le cause per interdetto.

3. Una differenza caratteristica tra gli interdetti e gli altri ordini espressi da un magistrato giurisdicente a una delle parti o ad ambedue, per es. l'ordine per la *rei vindictio* nella procedura della *legis actio sacramento: mittite ambo hominem*, sta in ciò, che l'interdetto è pronunciato soltanto su domanda delle parti, mentre quegli altri ordini, dato un certo stato di cose, venivano emanati d'ufficio<sup>40 a)</sup>.

Sui requisiti generali delle persone per la capacità di ottenere un interdetto, e viceversa di esserne colpiti, nulla dicono le fonti. Ma può tenersi per fermo, che le peculiarità della procedura interdittale non introdussero in questo rapporto differenze di sorta dai noti principi sulla *legitima persona standi in iudicio* di fronte alle *actiones* vere e proprie.

Perchè sia pronunciato un interdetto si richiede la presenza delle due parti o dei loro rappresentanti.

La presenza dell'attore risulta necessaria senz'altro da ciò, che l'interdetto era pronunciato solo su domanda, e la domanda, come tutte le domande *in iure*, doveva esser fatta verbalmente.

Viceversa la presenza del convenuto consegue dal venire l'interdetto pronunciato verbalmente<sup>40 b)</sup>.

<sup>39)</sup> L. 7 Cod. Theod. *de off. praef. urbi*, I, 6 = L. 3 Cod. Just. *eod.*, I, 28 dell'a. 376. — SYMMACHI, *Epp.*, X, 37 e 43 (= *relat.* 17 e 23). — CASSIODOR. *Var.*, I, 32. — BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. civilpr.* (Procedura civile romana), vol. III pag. 60 nota 8, pag. 62 nota 25. — MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht* (Dir. pubbl. rom.), II, 2<sup>a</sup> pag. 1022.

<sup>40)</sup> Loc. cit. pag. 208 seg.

<sup>40 a)</sup> Cfr. BEKKER, *Aktionen* (Azioni), II pagine 52 e 56 alla nota 8.

<sup>40 b)</sup> Senza alcun fondamento opina il PUCHTA, *Inst.* (Istituzioni), § 169, che

L'una e l'altra cosa ci dicono almeno indirettamente le fonti, spiegando l'espressione *interdicta: quia inter duos dicuntur*, per lo che si deve appunto presupporre la presenza delle parti <sup>41)</sup>. Dal tenore degli interdetti stessi la presenza dell'attore risulta solo per alcuni <sup>42)</sup>. Invece la presenza del convenuto risulta dal tenore di tutti gli interdetti restitutorii ed esibitorii e da taluni dei proibitorii, poichè sono a lui indirizzati; e l'attesta in generale, inoludendovi espressamente anche gli interdetti dell'ultima specie concepiti impersonalmente, la L. 1 § 3 D. h. t. <sup>43)</sup>:

(ULP., lib. LXVII *ad ed.*). *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

l'ordine fosse emanato in un breve scritto analogamente alle *formulae*. Naturalmente affatto diversa è la questione, se dell'emanazione di un interdetto si redigesse un verbale o si eseguisse una registrazione negli atti del pretore; essa potrebbe esser risolta affermativamente. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 233.

<sup>41)</sup> § 1, I *de interd.*, IV, 15. THEOPHIL., ad h. l. ἰντερδικτον-εστιν ὁμιλία πραιτωρος μεταξύ δύο τινῶν. In favore di questa derivazione parla anche l'analogia di *interfari* e *interloqui*, e così pure l'espressione *interdictum prohibitorium*, che sarebbe pleonastica se il significato primitivo di *interdictum* equivallesse a *divieto*. — SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 5. — *Heidelberger Jahrbücher für Literatur* (Annali di letteratura di Heidelberg), 1863 pag. 689 sg. — REINH. KLOTZ, M. Tullius CICEROS *sämmtliche Reden kritisch berichtigt und erläutert* (Orazioni complete di M. Tullio CICERONE, criticamente emendate e illustrate), vol. I pag. 454. Di diverso parere è il WITTE, *Das interdictum Ut possidetis* (L'interdetto *Ut possidetis*), pag. 24 seg. Minor peso darei a THEOPH., ad pr. h. t. dove delle parti in un procedimento per interdetto *de possessione* vel quasi *possessione* si dice: ἀπέχονται πρὸς τὸν πραιτωρα τοῦτο αὐτῶ διηγουμένοι κτλ. Perchè ciò potrebbe designare la regola in sè senza escludere eccezioni. Oltretutto pare che TEOFILO abbia in mente a preferenza il *duplex interdictum retinendae possessionis*, nel quale la presenza di ambedue le parti *in iure* s'intende di per sè, per lo meno allorquando ambedue compariscono come attori. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 209 seg.

<sup>42)</sup> Per es., nell'*Ut possidetis* e nell'interdetto *de superficiebus* creato sul suo modello (LENEL, pag. 383 § 249), però non nell'*Utrubi* (ivi pag. 392 nota 1), quindi non in tutti gli *interdicta duplicia*; inoltre nell'interdetto *de itinere actusque privato* (ivi § 250 pag. 383 seg. sotto il num. 1); *de itinere, etc. reficiendo* (ivi pag. 384 sotto il num. 2); *de aqua cottidiana et aestiva* (ivi § 251 pag. 384 seg.); *de fonte* e *de fonte reficiendo* (ivi § 253 pag. 385 seg.).

<sup>43)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 211. Vedi anche le *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile) DELLO STESSO. vol. I pagine 51-62. Cfr. infra § 1839 a num. 117 dopo la nota 17 seg.

Se l'avversario era assente e non rappresentato, aveva luogo l'abituale procedura contro gli *indefensi*, cioè la *missio rei servandae causa*. L. 3 § 14 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29:

(ULP., lib. LXXI *ad ed.*). *Hoc interdictum et in absentem esse rogandum, LABEO scribit; sed si non defendatur, in bona eius eundum ait.*

È evidente, che qui non si vuole enunciare una peculiarità dell'interdetto *de homine libero*; chè anzi per questo interdetto avrebbe potuto farsi la questione, se, non comparendo il convenuto, che tratteneva contro la di lui volontà un uomo incontestatamente libero <sup>44</sup>), non si potesse semplicemente ottenere *vi potestatis* la liberazione di costui. Se qui ha pur tuttavia luogo la procedura usata nelle *actiones* tendenti a una *condemnatio*, è certo lecito concludere, che questa procedura era usata per tutti gli interdetti <sup>45</sup>).

La rappresentanza <sup>46</sup>) è permessa in generale tanto dalla parte dell'impetrante <sup>47</sup>), quanto dalla parte di colui, contro il quale è domandato l'interdetto <sup>48</sup>). Ciò può ammettersi già pel tempo precedente alla *lex Aebutia*, ben inteso con questa avvertenza, che sin tanto che le azioni *ex interdicto* furono trattate come *legis actiones*,

<sup>44</sup>) Vedi infra § 1835 a num. 15 dopo la nota 36.

<sup>45</sup>) Cfr. sull'intera questione SCHMIDT, loc. cit. pagine 209-212. Vedi anche BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* (Proc. civ.), vol. II § 106 nota 53 pag. 567, il quale, se bene intendo, reputa erroneamente l'interdetto *de homine libero exhibendo* un'azione pregiudiziale. Cfr. L. 3 cit. § 7 e il § 13 in fine da lui stesso citato.

<sup>46</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pagine 212-217.

<sup>47</sup>) L. 35 § 2 D. *de proc.*, III, 3 (ULP., lib. IX *ad ed.*): *Non solum autem si actio postuletur a procuratore, sed et si praeiudicium vel interdictum, vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caveri: debet absentem defendere etc.* L. 62 *eod.* (POMPON., lib. II *ex Plautio*): *Ad legatum petendum procurator si interdicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis, procuratoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum, non obstat.* L. 6 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (JULIAN., lib. 43 *Dig.*): *Ei, qui hoc interdicto experitur « ne quid in loco publico fiat, quo damnum privato detur », quamvis de loco publico interdicat, nihilominus procuratoris dandi facultas est.*

<sup>48</sup>) L. 39 *pr. de proc.*, III, 3 (ULP., lib. IX *ad ed.*): *Non solum autem in actionibus et [in] interdictis et in stipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque etc.* L. 3 § 14 D. *de hom. lib. exh.* (v. in principio di pag.) (Ediz. tedesca pag. 21). L. 3 § 10 D. *quod vi*, XLIII, 24 (vedi infra § 1838 num. 86 nota 76).

la rappresentanza era permessa soltanto in quei pochi casi eccezionali, nei quali la permetteva la procedura delle *legis actiones*.

Finchè la domanda di un interdetto sta pel suo oggetto nella cerchia degli affari affidati al procuratore — come per esempio la domanda dell'interdetto *de tabulis exhibendis* per colui, che è incaricato della riscossione di un legato — non c'è bisogno di un mandato speciale <sup>49)</sup>.

Pel rimanente valgono le regole ordinarie riguardanti le cauzioni dei rappresentanti, cioè la *cautio de rato* <sup>50)</sup> dalla parte dell'attore, la *cautio iudicatum solvi* <sup>51)</sup> dalla parte del convenuto. Lo SCHMIDT opina, che quest'ultima non fosse ordinata che nell'udienza, in cui era accordata l'*actio ex interdicto* <sup>52)</sup>. Perchè, egli dice, secondo la L. 3 pr. <sup>53)</sup> e la L. 20 D. *iud. solvi*, XLVI, 7 <sup>54)</sup> tale cauzione era prestata con riferimento alla persona di un giudice determinato, e questo poteva esser nominato solo per l'*actio ex interdicto*. Però il

<sup>49)</sup> L. 62 cit. *de proc.*, III, 3 (sopra nota 47).

<sup>50)</sup> Cfr. L. 45 § 2 D. *de proc.*, III, 3 (PAOLO, lib. IX *ad ed.*): *Si procuratori opus novum nuntiatum sit, isque interdicto utatur « ne vis fiat aedificanti », defensoris partes eum sustinere nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum JULIANUS ait, et si satisdederit, non animalverto, inquit JULIANUS, quo casu stipulatio committetur.* Il fatto, che il denunciato prende la posizione di convenuto in tutti i rapporti concernenti l'edificio, spiega come avvenga, che nel caso qui trattato il procuratore del denunciato, che domanda l'interdetto vada esente dalla *cautio de rato*. SCHMIDT, loc. cit. pag. 214 seg.

<sup>51)</sup> L. 5 § 20 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (ULP., lib. 52 *ad ed.*): *Si procurator autem opus novum mihi nuntiaverit et satis acceperit, deinde interdicto adversus eum utar, ne vim mihi faciat, quo minus aedificem, ex interdicto eum oportet iudicatum solvi satisfacere, quia partes sustinet defensoris.* L. 6 *eod.* (JULIAN., lib. XLI Dig.): *et ideo neque exceptiones procuratoriae opponi ei debent, nec satisfacere cogendus est ratam rem dominum habiturum.*

<sup>52)</sup> Loc. cit. pag. 217.

<sup>53)</sup> ULP., lib. LXXVII *ad ed.* *Si quis apud [ut ad M.] aliquem iudicem iturus stipulatus est iudicatum solvi et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non huius iudicis sententiae fideiussores se subdiderunt.*

<sup>54)</sup> SCAEVOLA, lib. XX Dig. *Cum apud Sempronium iudicem datum reus defenderetur, stipulatione cautum est, ut, quod Sempronius iudex iudicasset, praestaretur: a cuius sententia petitor appellavit et, cum apud competentem appellationi iudicem res ageretur, defensore condemnato quae situmest, an stipulatio commissa esset. respondit secundum ea, quae proponerentur, non esse iure commissam. CLAUDIUS: ideo stipulatione adicitur: « quive in eius locum substitutus erit ».*

primo frammento nella sua dicitura originaria non trattava della *cautio iudicatum solvi*, ma della *cautio pro praede litis et vindictiarum* <sup>55)</sup>. E anche per questo esso prova soltanto, che poteva e non che doveva esser concepita in rapporto alla persona di un *iudex* determinato. Piuttosto dalla L. 12 D. *qui satisfacere*, II, 8 <sup>56)</sup> e PAOLO, V, 9, § 1 <sup>57)</sup>, e segnatamente dalla L. 8 D. *iud. solvi* <sup>58)</sup> risulta, che essa era possibile anzi in certi casi necessaria anche prima della *litis contestatio*. La L. 20 cit. può aver parlato già nel senso di SCÉVOLA della *cautio iudicatum solvi* da parte del procuratore: ad ogni modo anch'essa non enuncia che la possibilità, che questa cauzione venisse richiesta dopo la *litis contestatio*, mentre un gran numero di passi delle fonti danno invece come regola la sua richiesta prima della *litis contestatio* <sup>59)</sup>. E nel caso, di cui qui si parla, essa doveva

<sup>55)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, § 281, segnatamente pag. 409 nota 2, cfr. pag. 411 nota 3.

<sup>56)</sup> ULP., lib. LXXVII *ad ed. Inter omnes convenit, heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adseuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si obtinuerit, committi stipulationem. et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi.*

<sup>57)</sup> *Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur, ecc.* Cfr. LENEL, loc. cit. pag. 412.

<sup>58)</sup> PAOLO, lib. LXXIV *ad ed. Si petitor post satisfactionem ante iudicium acceptum heres possessori exstiterit, extinguitur stipulatio.* Cfr. LENEL, loc. cit. pag. 409 nota 3.

<sup>59)</sup> L. 11; L. 14 D. *qui satisfacit*, II, 8; L. 8 § 3; L. 15 pr.; L. 40 § 2 ricollegato col § 3; L. 43 § 6; L. 76 D. *de proc.*, III, 3; L. 13 § 1 D. *iud. sol.*, XLVI, 7. Tutti questi frammenti concernono l'applicazione della cauzione nel caso in cui interviene un procuratore dalla parte del convenuto. Sulla L. 20 cit. cfr. anche UBELOHDE, *Die Lehre von der untheilbaren Obligationen* (La dottrina delle obbligazioni indivisibili), pag. 160 nota 22. Anche la L. 5 pr. D. *de H. P.*, V, 3 (ULP., lib. XIV *ad ed.*): DIVUS PIUS *rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis vel rerum eius restitutione satisfacere: causa autem cognita, etsi non talis data sit satisfactio, sed solita cautio, etiam post litem coeptam deminutionem se concessurum praetor edixit, ecc.* non prova, che la *cautio pro praede litis et vindictiarum* e la *cautio iudicatum solvi* nelle *vindicationes* (per *solita cautio* si deve intendere ambedue

venir ordinata al più tardi subito dopo l'emanazione dell'interdetto. Perocchè non sarebbe stato un risultato del tutto soddisfacente, come ammette lo SCHMIDT, se la cauzione fosse stata data solo quando veniva accordata l'*actio ex interdicto*, « quindi spesso, specialmente negli interdetti proibitorii, lungo tempo dopo l'emanazione dell'ordine del pretore <sup>60)</sup> », per la ragione che solo con la nomina del giudice era da aspettarsi un giudicato. Doveva dunque l'attore senza alcuna sicurtà subire sino a quel momento un difensore non legittimato del suo vero avversario?

Un'eccezione alla generale ammissibilità della rappresentanza, dettata da principii fondamentali, si trova dalla parte dell'attore negli *interdicta popularia*. La medesima ragione, che vieta, che sia esercitata un'*actio popularis* per rappresentanza <sup>61)</sup>, perchè cioè una tale azione prima della *litis contestatio* non fa parte del patrimonio di alcun individuo <sup>62)</sup> — si oppone pure, a che un *populare interdictum* sia ottenuto per mezzo di un rappresentante <sup>63)</sup>.

---

queste cauzioni. LENEL, loc. cit. pag. 108) solessero venir ordinate solo alla *litis contestatio*. Le parole « *antequam lis inchoaretur* » debbono prendersi nel senso generale: prima che venga intentata l'azione (mediante citazione). Infatti l'avversario può avere delle buone ragioni per volere, prima di cominciare formalmente la lite mediante citazione, assumere ancora delle informazioni accurate, le quali richiedono tempo, e intanto egli naturalmente ha già interesse, che sia subito assicurato il contenuto dell'eredità. LENEL, loc. cit. pag. 408 num. 2. Dopo la citazione può, a mio avviso, esser domandata la *cautio pro praede litis et vindiciarum* e rispettivamente la *cautio iudicatum solvi*. Se si riferiscono le parole *ETIAM post litem coeptam* alla *litis contestatio*, esse ci danno a *contrario* la prova, che le cauzioni in discorso solevano esser domandate prima della *litis contestatio*.

<sup>60)</sup> Loc. cit. nota 8.

<sup>61)</sup> L. 5 D. *de pop. act.*, XLVII, 23 (PAUL., lib. VIII *ad ed.*): *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest: is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest.*

<sup>62)</sup> L. 7 § 1 *eod.* (PAUL., lib. XLI *ad ed.*): *Item qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior.* L. 12 pr. D. *de V. S.*, L, 16 (ULP., lib. VI *ad ed.*): — *quod si ex populari causa (sc. debeat), ante litem contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.* Vedi anche L. 32 pr. D. *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2.

<sup>63)</sup> Ma ogniqualvolta l'attore persegue nell'istesso tempo un interesse patrimoniale personale è permessa la rappresentanza: allora l'interdetto è *quasi privatum*. Lo SCHMIDT, pag. 129 nota 11, propone per tali casi il nome di in-

Un'eccezione speciale, e anch'essa dalla parte dell'attore, si deve notare per l'*interdictum de liberis ducendis* <sup>61)</sup>. Di regola soltanto colui, che si presume abbia la potestà, può fare uso di questo interdetto; solo per ragioni stringenti gli è permesso di servirsi di un procuratore speciale <sup>65)</sup>.

4. Il tenore degli interdetti nella massima parte dei casi corrisponde ai formularii stabiliti nell'editto di chi li pronuncia. Questi non sono che i modelli notificati al pubblico, sui quali l'edicente vuole pronunciare l'interdetto in ogni dato caso, *interdicti formula* in questo senso <sup>65a)</sup>, precisamente come le *formulae actionum* sta-

---

*terdicta mixta, tam popularia quam privata*. L. 42 pr. D. de proc., III, 3 (PAUL., lib. VIII ad ed.): *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est merito, eum, qui de via* (così si deve leggere con lo scholion di STEFANO a questo frammento [πάρουδς], senza tener conto dei BASIL., VIII, 2, 42: *περὶ βίας δημοτίας publica agit et privato damno ex prohibitione adscitur, quasi privatae actionis dare posse procuratorem. multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet*. Secondo lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 133 nota 20 con l'agere de via publica sarebbe designato l'*interdictum restitutorium de itinere publico* (L. 2 § 35 D. ne quid in loco publ., XLIII, 8). Ma con ciò non s'accorderebbe il « damno ex PROHIBITIONE ». È piuttosto designato l'*interdictum prohibitorium*. « Quo minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto » (L. 2 cit. § 45), che è in realtà un interdetto popolare. Vedi infra § 1835 num. 8 alla nota 35 segg. Cfr. L. 45 § 1 D. de proc., III, 3 (PAUL., lib. IX ad ed.): *Qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare, et postea alius agens exceptione repellatur*; e dall'altra parte L. 6 D. ne quid in loco publ., XLIII, 8 (vedi sopra pag. 17 (testo ted. pag. 22) nota 47). SCHMIDT, pag. 128 seg. pagina 133 segg. pag. 213. — BRUNS, *Die römischen Popularklagen in Zeitschrift für Rechtsgesch.* (Le azioni popolari romane nella *Rivista di storia del dir.*), vol. III p. 391 segg. (*Kleinere Schriften*) (Scritti minori), vol. I pag. 355 segg.

<sup>61)</sup> L. 3 pr. D. de lib. exh., XLIII, 30.

<sup>65)</sup> L. 40 pr. D. de proc., III, 3 (ULF., lib. IX ad ed.): *POMPONIUS scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituire denique ad liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare, nisi, ut ait JULIANUS, causa cognita, id est, si et nominatim ei mandatum sit, et pater coelestine vel alia iusta causa impediatur*. Qui denique significa come molte altre volte: per es., BASIL., VIII, 2, 40 *Interpretatio* traduce ὡστε. Del resto sono forse stati cancellati dai compilatori parecchi altri esempi, che precedevano. SCHMIDT, pag. 214 nota 2.

<sup>65a)</sup> GROMATICI VETERES (LACHM.), pag. 49 v. 14 seg.: *De possessione plurimum interdicti formula litigatur.*, cfr. p. 80 v. 25. Senza ragione il SAVIGNY,



bilite nell'editto sono i modelli per le *actiones* date poi caso per caso <sup>66</sup>).

Tra gli interdetti pubblicati nell'albo se ne trovano taluni, che appaiono già come ulteriore svolgimento del contenuto di antichi interdetti edittali, quindi come *utilia interdicta* in questo senso <sup>67</sup>).

Però s'intende, che al pretore restava sempre libero l'emanare, ove facesse mestieri, anche interdetti, che non erano annunciati nel suo editto <sup>68</sup>). La compilazione di tali interdetti era naturalmente informata anch'essa a quelli pubblicati, di modo che si ebbe in essi una seconda specie di *utilia interdicta* <sup>69</sup>).

---

*Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), § 34 (7.<sup>a</sup> ediz. pag. 379 nota 1) e lo ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), vol. III § 71 pag. 220 nota 2 in fine riferiscono questo passo alla formula impartita al giudice *ex interdicto reddito*. Il primo loc. cit. cita anche THEOPH., ad pr. I *de interd.*, IV, 15: ἐπιτάξιν πραιτορος βουλομένησαν τὸν δικαστήν.

<sup>66</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pagine 3-6. Cfr. WLASSAK, *Edikt und Klagform* (L'Editto e la forma dell'azione), § 14 pag. 137.

<sup>67</sup>) SCHMIDT, pag. 20 in fine sino a pag. 22 sopra. Tali sono gli *interdicta Ut possidetis* e *Unde vi* dell'usufruttuario. FRAMM. VAT. § 90: *Inde ut interdictum UTI POSSIDETES utile hoc nomine proponitur (et) UNDE VI (sc. usufruttuario), quia non possidet, etc.* § 91: lib. II *de interdictis sub titulo* « Si uti frui prohibitus esse dicetur »; L. 27 in fine D. *de donat.* XXXIX, 5: — *ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur.* — LENEL, *Ed. perp.* pag. 376 § 245 pag. 380 e seg. § 247 sotto il num. 2. — VANGEROW, *Pand.*, I § 355 nota 2 sotto il num. 1 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 779. Analogamente si potrebbe chiamare un *interdictum Ut possidetis utile* l'interdetto *de superficiibus* col RUDORF, *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI pag. 230, ciò che non è fatto nelle fonti. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 22 nota 12, cfr. L. 1 § 2 D. *de superf.*, XLIII, 18: *exemplo interdicti Ut possidetis — veluti Ut possidetis interdicto — omnia quoque, quae in UTI POSSIDETIS interdicto servantur, hic quoque servabuntur.* Si aggiunga inoltre l'interdetto *QUEM USUMFRUCTUM ESSO* è formulato *ad exemplum interdicti QUEM FUNDUM*. FRAMM. VAT., 92. — LENEL, loc. cit. pag. 382 § 248 sotto il num. 2. Così pure l'interdetto corrispondente nella procedura per le servitù prediali. — LENEL, pag. 336 seg. § 255. Anche gli interdetti *adipiscendae possessionis* del *bonorum emtor* e del *bonorum sector*, il cosiddetto *possessorium* e il *sectorium*, vanno annoverati fra questi: essi sono formulati per analogia (*similiter, eiusdem conditionis*) dell'interdetto *Quorum bonorum*. GAIUS, IV, 145 seg.

<sup>68</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 22 segg. — BEKKER, *Aktionen* (Azioni), vol. II pag. 55 alla nota 7.

<sup>69</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 22 per es., FRAMM. VAT. § 90. — LENEL, *Ed. perp.* pag. 363 nota 4. L. 3 pr. D. *ne ris fiat ei*, XLIII, 4. — LENEL, loc. cit. pa-

Ma era anche possibile, che in caso di bisogno venisse emanato un interdetto non concepito sullo stampo di modelli pubblicati, nello stesso modo che il pretore dava all'occasione una *actio in factum* senza attenersi ad alcun modello <sup>70</sup> (*v. nota a pag. seg.*).

gina 364 nota 4. L. 3 cit. § 1. — LENEL, nota 5 L. 2 §§ 6, 8 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 2 cit. § 39. — LENEL, pag. 367 nota 14. L. 1 §§ 12, 17, 18 D. *de flumin.*, XLIII, 12. — LENEL, pag. 369 § 241 sotto il num. 1 in fine. L. un. §§ 7, 9 D. *ut in flum. publ. navigare*, XLIII, 14. — LENEL, pag. 369 num. 18. L. un. § 6 D. *de ripa mun.*, XLIII, 15. — LENEL, pag. 370 nota 6. L. 1 § 20 D. *de vi*, XLIII, 16, ove si ritenga, che questo testo parli dell'arricchimento di chi ha la potestà o di chi dà il lavoro. Cfr. L. 16 *eod.* L. 27 D. *de donat.*, XXXIX, 5. L. 3 §§ 15 seg. D. *unde vi*, XLIII, 16. — LENEL, pag. 376 nota 6 seg. L. 3 § 6 D. *uti poss.*, XLIII, 17. — LENEL, pag. 377 nota 11. L. 1 § 9 in fine D. *de superf.*, XLIII, 18. L. 14 D. *de iniur.*, XLVII, 10. — LENEL, pag. 380 alla nota 7, pag. 381 nota 1. L. 2 § 3 in fine D. *si serv.*, VIII, 5. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 20 seg. nota 10. L. 1 § 37 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20. L. 2 § 3 D. *de interd.*, XLIII, 1. — LENEL, pag. 384 alla nota 4 seg. L. 3 §§ 6-10 D. *de itin. actuque priv.*, XLIII, 19. — LENEL, pag. 384 nota 5. Vedi ivi alla n. 7 arg. L. 3 § 2 D. *eod.* L. 5 § 3 *eod.* — LENEL, pag. 384 nota 10 L. 1 §§ 35, 36 D. *de aq. cottid.*, XLIII, 20. — LENEL, pag. 385 nota 1. L. 1 cit. § 37. — LENEL, pag. 385 nota 2. L. 3 §§ 6, 7 D. *de riv.*, XLIII, 21. — LENEL, pag. 385 nota 20. L. 1 §§ 8, 9 D. *de cloac.*, XLIII, 23. — LENEL, pag. 386 nota 6. L. 2 *eod.* — LENEL, pag. 386 nota 9. — Cfr. SCHMIDT nella *Zeitschr. für gesch. Rechtsw.* (Rivista di scienza storica del dir.), vol. XV pag. 84 segg. L. 1 Cod. *de interd.*, VIII, 1. — LENEL, pag. 390 nota 1. — SCHMIDT, *Interdiktenverf.* (La procedura interdittale), pagina 14 alla nota 4 pag. 323 alla nota 2. Cfr. BEKKER, *Aktionen* (Azioni), vol. II pag. 57 nota 10 seg. L. 1 § 4 D. *de arb. caed.*, XLIII, 27. L. 1 § 3 D. *de migr.*, XLIII, 32. — LENEL, pag. 393 nota 3.

Del resto giustamente osserva lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 13 nota 2 in fine, che l'espressione *utile interdictum*, come *utilis actio* si trova talvolta anche nel senso non tecnico di interdetto efficace, cioè contrapposto a *inutile interdictum*, per es., L. 3 § 5 D. *uti poss.*, XLIII, 17. L. 1 § 11 D. *de itin.*, XLIII, 19; vedi inoltre L. 3 § 5 *eod.* L. 43 D. *de relig.*, XI, 7. L. 1 § 24 D. *de aq. cottid.*, XLIII, 20. L. 3 §§ 2, 3 D. *de riv.*, XLIII, 21. — PAOLO, R. S. V., 6, 3. L. 7 § 1 in fine D. *quod vi*, XLIII, 24. Si aggiunga la L. 1 § 20 D. *de vi*, XLIII, 16, semprechè non si ritenga che questo testo parli dell'obbligo di chi ha la potestà o di chi dà il lavoro. Vedi sopra. Già la GLOSSA ad h. l. dà ambedue le interpretazioni. Parimenti vorrei porre qui la L. 18 § 15 D. *de damni inf.*, XXXIX, 2: mi sembra che non ci sia alcuna ragione per ammettere col BURCHARD nella Continuazione di questo *Commentario*, libro XXXIX, titolo 2, § 1680 (testo tedesco pag. 573 seg.) nota 11 una dicitura quale per esempio: *unde tu illum, qui a me possidere iusus est, vi deieicisti*; la dicitura abituale bastava. Inoltre L. 11 § 6 D. *quod vi*, XLIII, 24 (vedi infra § 1838 num. 86 alla nota 77 segg.).

## § 1834.

*Oggetto degli interdetti.*

5. Nell'editto della capitale erano formulati i seguenti interdetti <sup>1)</sup>):

**I. De universitate.**

- 1) *Quorum bonorum* <sup>1 a)</sup>);
- 2) *Quod legatorum* <sup>2)</sup>);
- 3) *Quam hereditatem* <sup>3)</sup>);

70) Vedi L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4 (infra § 1839 num 115 dopo la nota 91), dove l'alternativa *vel interdictum vel iudicium (sc. in factum)* è enunciata espressamente. SCHMIDT, pag. 24 nota 2 L. 9 § 1 D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2 (vedi infra § 1839 num. 115 dopo la nota 71), L. 7 § 2 *eod.* (vedi ivi dopo la nota 57) e su di essa BURKHARD, loc. cit. § 1676 (testo tedesco pag. 12 segg.) L. 1 § 2 D. *si ventris nom.*, XXV, 5. L. 5 § 3 D. *quib. ex c. in poss.*, XLII, 4. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 23 segg. Con questi va posto anche l'interdetto proibitorio della L. 1 § 23 e L. 2 § 5 D. *de aq. et aq. pl. arc.*, XXXIX, 3. — BURKHARD, loc. cit., lib. XXXIX tit. 3 § 1685 a (testo ted. III pag. 471 segg.). Di diverso parere è lo SCHMIDT, *Civilist. Abhandl.* (Dissertazioni di diritto civile), vol. I pag. 121 segg. nota 24. Così pure l'interdetto, che concedono GAIO e MARCIANO nei casi della L. 11 D. *ut legat.*, XXXVI, 3 e della L. 40 in fine D. *de solut.*, XLVI, 3 mentre ULPIANO, secondo la L. 1 § 9 D. *quod legat.*, XLIII, 3 vuole applicare l'interdetto edittale *Quod legatorum*. — SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 29 alla n. 13 seg. Vedi infra § 1838 num. 86 alla nota 71 segg. — Un interdetto senza modello nell'editto è promesso anche da LABEONE contro l'inquinamento, ecc. di acquedotti secondo la L. 1 § 27 D. *de aq. coll.*, 43, 20. LENEL, *Ed. perp.*, pagina 384 seg. nota 18.

1) Dal LENEL, *Ed. perp.*, §§ 227-268. Cfr. ivi pag. 35 seg. Le raccolte più antiche possono ora esser lasciate in disparte, così segnatamente quelle dello ZIMMERN, *Rechtsgeschichte* (Storia del dir.), III § 73. — RUDORFF, *De iurisdictione edictum*, §§ 222-275 e dietro questi BEKKER, *Aktionen* (Azioni), App. R. pagine 323-327.

<sup>1 a)</sup> Dig. XLIII, 2. Cod. VIII, 2.

<sup>2)</sup> Dig. XLIII, 3. Cod. VIII, 3.

<sup>3)</sup> ULP., *Inst. fragm. Vindob.*, § 4 (ed. KRUEGER).

4) *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est* <sup>4)</sup>;

5) *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est* <sup>5)</sup>;

6) *de tabulis exhibendis* <sup>6)</sup>;

7) il cosiddetto *possessorium* <sup>7)</sup>;

8) il *sectorium* <sup>8)</sup>.

## II. De singulis rebus.

### A) DE REBUS DIVINIS.

9) *Ne quid in loco sacro religioso (sancto) fiat* <sup>9)</sup>;

10) *Quod in loco sacro religioso (sancto) factum est, ut restituatur* <sup>10)</sup>;

11) *de mortuo inferendo* <sup>11)</sup>;

12) *de sepulchro aedificando* <sup>12)</sup>.

### B) DE REBUS PUBLICIS.

#### a) De locis et itineribus.

13) *Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni datur* <sup>13)</sup>;

14) *Ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius fiat* <sup>14)</sup>;

15) *Quod in via publica itinereve publico factum immissum habitum est, ut restituatur* <sup>15)</sup>;

4) Dig. XLIII, 4.

5) Dig. XLIII, 4.

6) Dig. XLIII, 5. Cod. VIII, 7.

7) GAI0, IV, 145.

8) GAI0, IV, 146.

9) Dig. XLIII, 6.

10) L. 2 § 19 D. *ne quid in loco pub.*, XLIII, 8; L. 2 § 1 D. *de interd.*, XLIII, 1; L. 1 § 1 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1.

11) L. 1 pr. D. *de mortuo infer.*, XI, 8.

12) L. 1 cit. § 5.

13) L. 2 pr. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8.

14) L. 2 cit. § 20.

15) L. 2 cit. § 35.

- 16) *Ut via publica itinereve publico ire agere liceat* <sup>16)</sup>;  
 17) *de loco publico fruendo* <sup>17)</sup>;  
 18) *de via publica et itinere publico reficiendo* <sup>18)</sup>.

b) De fluminibus publicis.

- 19) *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* <sup>19)</sup>;  
 20) *Quod in flumine publico ripave eius factum etc. habitum est, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, ut restituatur* <sup>20)</sup>;  
 21) *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit* <sup>21)</sup>;  
 22) *Quod in flumine publico ripave eius factum etc. habitum est, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, ut restituatur* <sup>22)</sup>;  
 23) *Ut in flumine publico navigare liceat* <sup>23)</sup>;  
 24) *de ripa munienda* <sup>24)</sup>.

C) DE REBUS PRIVATIS.

a) De rebus soli.

aa) De praediis.

- 25) *de vi (non armata)* <sup>25)</sup>;  
 26) *de vi armata* <sup>26)</sup>;  
 27) *Si uti frui prohibitus esse dicetur* <sup>27)</sup>;

16) L. 2 cit. § 45.

17) Dig. XLIII, 9.

18) Dig. XLIII, 11.

19) L. 1 pr. D. *de flum., ne quid in flum. publ.*, XLIII, 12.

20) L. 1 § 19 *eod.*

21) L. un. pr. D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13.

22) L. un. cit. § 11.

23) Dig. XLIII, 14.

24) Dig. XLIII, 15.

25) L. 1 pr. D. *unde vi*, XLIII, 16, collegata con Cic. *pro Tull.*, XIX, 44.

26) L. 1 pr. cit. collegata con Cic. *pro Casc.*, XIX, 55; XXI, 59 seg. XXX, 88.

27) L. 3 § 15 D. *unde vis*, XLIII, 16.

- 28) *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est* <sup>28)</sup>);  
 29) *Uti possidetis* <sup>29)</sup>);  
 30) *secundaria interdicta* <sup>30)</sup>);  
 31) *Uti possidetis utile* per l'usufruttuario <sup>31)</sup>);  
 32) *Quem fundum* <sup>32)</sup>);  
 33) *Quem usumfructum* <sup>33)</sup>);
- 34) bb) *De superficiibus* <sup>34)</sup>);  
 cc) *De iuribus praediorum*.
- 35) *de itinere actuque privato* <sup>35)</sup>); più la promessa di un *utile interdictum* per gli aventi causa <sup>36)</sup>);  
 36) *de itinere actuque reficiendo* <sup>37)</sup>);  
 37) *de aqua cottidiana* <sup>38)</sup>);  
 38) *de aqua aestiva* <sup>39)</sup>); più la promessa di un *utile interdictum* per gli aventi causa <sup>40)</sup>);  
 39) *de aqua ex castello ducenda* <sup>41)</sup>);  
 40) *de rivis* <sup>42)</sup>);  
 41) *de fonte* <sup>43)</sup>);  
 42) *de fonte reficienda* <sup>44)</sup>);  
 43) *de cloaca privata reficienda* <sup>45)</sup>);

<sup>28)</sup> L. 4 pr. D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

<sup>29)</sup> Dig. XLIII, 17.

<sup>30)</sup> GAIO, IV, 170.

<sup>31)</sup> FRAMM. VAT., 90.

<sup>32)</sup> ULP., *Inst. fragm. l'indob.*, § 4 ed KRUEGER.

<sup>33)</sup> FRAMM. VAT., 92.

<sup>34)</sup> Dig. XLIII, 18.

<sup>35)</sup> L. 1 pr. D. *de itin. actuque priv.*, XLIII, 19.

<sup>36)</sup> L. 1 § 37 D. *de aqua coll.*, XLIII, 20; L. 2 § 3 D. *de interd.*, XLIII, 1.

<sup>37)</sup> L. 3 § 11 D. *de itin. actuy. priv.*, XLIII, 19.

<sup>38)</sup> L. 1 pr. D. *de aqu. coll.*, XLIII, 20.

<sup>39)</sup> L. 1 § 29 *eod.*

<sup>40)</sup> L. 1 § 37 D. *de aqu. coll.*, XLIII, 20.

<sup>41)</sup> L. 1 § 38 *eod.*

<sup>42)</sup> Dig. XLIII, 21.

<sup>43)</sup> L. 1 pr. D. *de fonte*, XLIII, 22.

<sup>44)</sup> L. 1 cit. § 6.

<sup>45)</sup> L. 1 pr. D. *de cloac.*, XLIII, 23.

44) *de cloaca publica*; più la promessa di un interdetto proibitorio <sup>46)</sup>;

45) *Quam servitutem* <sup>47)</sup>.

dd) *De operibus in solo factis.*

46) *Quod vi aut clam* <sup>47a)</sup>;

47) *de remissione operis novi nuntiationis* <sup>48)</sup>;

48) *demolitorium* <sup>49)</sup>;

49) *Ne vis fiat aedificanti* <sup>50)</sup>;

50) *de precario* <sup>51)</sup>.

ee) *De arboribus et fructibus arborum.*

51) *Si arbor in alienas aedes impendet* <sup>52)</sup>;

52) *Si arbor in alienum agrum impendet* <sup>53)</sup>;

53) *de glande legenda* <sup>54)</sup>.

b) *De rebus mobilibus.*

aa) *De hominibus liberis.*

54) *de homine libero exhibendo* <sup>55)</sup>;

55) *de liberis exhibendis* <sup>56)</sup>;

56) *de liberis ducendis* <sup>57)</sup>;

57) *de liberto exhibendo* <sup>58)</sup>.

46) L. 1 cit. § 15.

47) Cfr. LENEL, § 255.

47 a) Dig. XLIII, 24.

48) L. 1 pr. D. *de remiss.*, XLIII, 25.

49) L. 20 pr. D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1.

50) L. 20 § 9 *eod.*

51) Dig. XLIII, 26.

52) L. 1 pr. D. *de arb. caed.*, XLIII, 27.

53) L. 1 cit. § 7.

54) Dig. XLIII, 28.

55) Dig. XLIII, 29.

56) L. 1 pr. D. *de lib. exh.*, XLIII, 30.

57) L. 3 pr. *eod.*

58) GAIO, IV, 162. § 1 I. *de interd.*, IV, 15.

bb) *De servis et ceteris rebus.*

- 58) *Utrubi* <sup>59)</sup>;
- 59) *de migrando* <sup>60)</sup>;
- 60) *Salvianum* <sup>61)</sup>;
- 61) *fraudatorium* <sup>62)</sup>.

6. Indipendentemente dalla divisione dell'editto dettata da un punto di vista affatto formale ULPIANO classificava gli interdetti secondo il loro oggetto, dividendoli innanzi tutto in interdetti *de divinis rebus aut de humanis* <sup>63)</sup>, mentre di rincontro PAOLO li divideva secondo il loro scopo in *interdicta quae competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione* <sup>64)</sup>.

Il primo membro della classificazione di ULPIANO è presto spiegato «*De rebus divinis*, egli continua, *ut de locis sacris vel de locis religiosis*; e PAOLO aggiunge alle parole testè citate: *sicut est « ne quid in loco sacro fiat » vel « quod factum est restituitur » et de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando* <sup>65)</sup>.

Assai divergenti sono invece le suddivisioni, che i suddetti giuristi danno del secondo membro della loro classificazione, cioè degli *interdicta de rebus hominum, o hominum causa competentia*.

ULPIANO <sup>66)</sup> li classifica così: *de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt*, cioè:

I. *quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt*;

<sup>59)</sup> GAIO, IV, 160. Dig. XLIII, 31.

<sup>60)</sup> Dig. XLIII, 32.

<sup>61)</sup> Dig. XLIII, 33.

<sup>62)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8.

<sup>63)</sup> Lib. LXVII ad ed. (L. 1 pr. h. t.): *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt et sciendum est, interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere, etc.*

<sup>64)</sup> Lib. LXIII ad ed. (L. 2 § 1 h. t.).

<sup>65)</sup> L'esame della questione, se anche le *res sanctae* stessero sotto la tutela degli interdetti stabiliti per le *res divini iuris*, convien che resti sospesa sino al § 1848, nel quale sarà commentato il lib. XLIII tit. 6 *ne quid in loco sacro fiat*. Intanto cfr. LENEL, loc. cit. pag. 366.

<sup>66)</sup> Loc. cit.



II. *quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum.*1) *publica:*

- a) *de locis publicis,*
- b) *de viis,*
- c) *deque fluminibus publicis;*

2) *quae autem singulorum sunt:*

- a) *aut ad universitatem pertinent* <sup>67)</sup>.
- b) *aut ad singulas res* <sup>68)</sup>.

Fra gli interdetti *de singulis rebus alicuius* ULPIANO annovera anche l'interdetto *de itinere actusque*, un interdetto cioè destinato a proteggere il possesso di una servitù. Già perciò è difficile, che egli con *alicuius esse* intenda parlare esclusivamente della proprietà. E poichè dall'altro lato tra gli interdetti *de rebus hominum* sono posti anche gli interdetti *de liberis personis exhibendis vel ducendis*, che si basano sulla patria potestà e sul patronato, si deve concludere, che qui *alicuius esse* non vuol dir altro, che appartenente al patrimonio di una persona. In questa categoria pone ULPIANO anche il rapporto giuridico tra lo stato e i *flumina publica*.

Secondo PAOLO <sup>69)</sup> *interdicta hominum causa competunt.*

I. *vel ad publicam utilitatem pertinentia* <sup>70)</sup>;

II. *vel sui iuris tuendi causa* <sup>71)</sup>;

III. *vel officii tuendi causa* <sup>72)</sup>;

IV. *vel rei familiaris* <sup>73)</sup>.

Quindi il num. I della divisione di ULPIANO corrisponde ai numeri II e III di quella di PAOLO; il num. II 1 della prima al numero I della seconda, e finalmente il num. II 2 della prima al nu-

<sup>67)</sup> *ut interdictum Quorum bonorum, l. c.*

<sup>68)</sup> *ut est interdictum Uti possidetis, de itinere actusque, l. c.*

<sup>69)</sup> L. 2 § 1 h. t. cit.

<sup>70)</sup> *Publicae utilitatis causa competit « ut via publica uti liceat » et « flumine publico » et « ne quid fiat in via publica », l. c.*

<sup>71)</sup> *iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de libertis exhibendo, l. c.*

<sup>72)</sup> *officii causa de homine libero exhibendo, l. c.*

<sup>73)</sup> *reliqua interdicta rei familiaris causa dantur, l. c.*

mero IV della seconda. — Nè l'una nè l'altra possiamo dire siano assai felicemente riuscite.

§ 1835.

*Divisioni degli interdetti.*

I. Secondo il contenuto:

a) secondo la persona dell'attore; *interdicta popularia* e *interdicta privata*.

7. Vi sono tre divisioni degli interdetti, che stanno in stretto rapporto col loro oggetto: le due prime di esse abbracciano tutti gli interdetti, mentre la terza si limita agli interdetti *rei familiaris*. Esse sono le divisioni in:

- 1) *interdicta privata* e *interdicta popularia*;
- 2) *interdicta, quae proprietatis causam continent*, e *interdicta, quae possessionis causam continent*; e
- 3) *interdicta retinendae possessionis*, *interdicta recuperandae possessionis* e *interdicta adipiscendae possessionis*.

La distinzione tra *interdicta privata* e *interdicta popularia* <sup>1)</sup> contrappone l'interdetto, che ha per suo fondamento un interesse privato dell'impetrante, all'interdetto destinato solo a tutelare un diritto della comunità <sup>2)</sup>.

Per gli interdetti della seconda specie la denominazione di *interdictum popolare* si trova almeno una volta nelle fonti <sup>3)</sup>; essi appar-

1) Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pagine 126-136. — BRUNS nella *Zeitschrift für Rechtsgesch.* (Rivista di storia del diritto), vol. III pagine 388-400. *Kleinere Schriften* (Scritti minori) vol. I pagine 352-366).

2) Cfr. L. 1 D. *de pop. act.*, XLVII, 23 (PAUL., lib. VIII ad ed.): *Eam popularem actionem dicimus, quae suum [sua vi M.] ius populi tuetur*. Il BRUNS, loc. cit. pag. 401 seg. (363 seg.) proponeva di leggere: *suum ius populo*. Il MASCHKE, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny di storia del diritto), vol. VI parte roman. pag. 234 nota 1 reputa il « *suum* » una interpolazione posteriore; e con ciò s'accorda il testo dei BASILICI, LX, 32, 5: ἡ φυλλάττουσα τοῦ δήμου δικαιοῦ.

3) L. 2 § 34 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (vedi infra pag. 35 (Ediz. tedesca, pag. 45) dopo la nota 14).

tenevano alle *populares actiones* in senso lato <sup>b)</sup>, come risulta dal trovarsi uno di essi citato appunto come esempio di tali azioni <sup>4)</sup>. Perciò senza alcun dubbio i principii generali delle *populares actiones* in senso stretto valgono anche per gli *interdicta popularia*, sempre che norme diverse non siano richieste dalle peculiarità della procedura interdittale. Avvalendoci dunque dei dettami delle fonti sulle azioni popolari crediamo di poter dire degli interdetti popolari quanto segue:

Ogni cittadino <sup>5)</sup>, che può postulare per altri <sup>6)</sup> (*v. nota a pag. seg.*),

4) L. 42 pr. D. *de proc.*, III, 3 vedi sopra § 1833 num. 3 nota 63 pag. 20-21 (testo tedesco pag. 27). Nello stesso modo che la L. 2 § 2 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (vedi infra nota 5) riconduce gli *interdicta popularia* al *ius civitatis*, così lo *Schol.* 30 *BAS.*, LX, 4, 5 fonda la *popularis actio de effusis et deiectis* su di un *δικαίων δημοτικόν*. — La L. 14 D. *de iniur.*, XLVII, 10 (PAUL., lib. XIII *ad Plautium*) in apparenza sembra che enunci in modo generale la massima: *ad privatas causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas*, e così certamente negherebbe l'esistenza di interdetti popolari. Ma probabilmente quel testo, nel quale a giudizio del MOMMSEN le parole: *utpote — non ex publica*, che precedono immediatamente, sono un glossema, ha subito qualche alterazione anche nelle parole sopra citate. Lo SCHMIDT, loc. cit pag. 130 nota 15, suppone che PAOLO, che nel suo scritto tratta degli interdetti quasi-possessorii, abbia detto non *interdicta*, ma *haec interdicta*, e che i compilatori con poca perspicacia abbiano cancellato questo *haec*, perchè nel frammento da essi estratto vedevano mentovato un solo interdetto.

5) Cfr. L. 1 § 9 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13 (ULP., lib. LXVIII *ad ed.*): *Hoc interdictum CIVIS EX POPULO competit, etc.*, cfr. L. 2 § 2 D. *ne*

b) Il PAALZOW, *Zur Lehre von den römischen Popularklagen* (Sulla dottrina delle azioni popolari romane). Berlino 1889 pag. 10 segg., ha sollevato contro tale estensione del concetto delle azioni popolari agli interdetti popolari le seguenti obiezioni. Innanzi tutto egli osserva, che in origine gli interdetti erano interamente diversi dalle azioni, e che anche nella raccolta giustiniana raramente sono chiamati *actiones*; in secondo luogo che mentre a tenore della L. 8 D. *de pop. act.* XLVII, 23 le azioni popolari non si estendono oltre l'anno, nella L. 2 D. § 34 *ne quid in l. publ.* XLIII, 8 è detto: *hoc interdictum perpetuum et popolare est*; e in terzo luogo infine che a differenza delle azioni popolari gli interdetti popolari non hanno carattere penale. Il FADDA nel suo importantissimo lavoro: *L'azione popolare*, Torino 1894 pag. 294 segg., dopo aver esposto questi argomenti del PAALZOW, si attiene all'opinione dell'autore e dello SCHMIDT, riferendo l'affermazione di quest'ultimo che « in realtà i due concetti coincidono completamente quanto alla sostanza » e confutando agevolmente l'obiezione fatta dal DORR (*Studi sugli interdetti romani*, vol. I pag. 192 seg.) contro la forza probante della L. 42 pr. D. *de proc.* III, 3 cit. dall'autore.

può impetrare un interdetto popolare <sup>c)</sup>. Tra più cittadini, che invocino contemporaneamente lo stesso interdetto popolare, il pretore

*quid in loco publ.*, XLIII, 8 (Id. eod. lib.): *loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, etc.* L. 3 § 4 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (Id. lib. 52 ad ed.): *Si in publico aliquid fiat, OMNES CIVES opus novum nuntiare possunt.* Così limitata deve intendersi la L. 1 D. *de loc. et itin. publ.*, XLIII, 7 (POMPON., lib. XXX ad Sabin.): *CUI LIBET in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertinet, reluti vias publicas, itinera publica: et ideo QUOLIBET POSTULANTE DE HIS INTERDICTUR.* L. 1 § 3 D. *de via publ.*, XLIII, 11 (ULP., lib. LXVIII ad ed.): *Interdictum hoc perpetuo dabitur et OMNIBUS et in omnes, etc.* Cfr. L. 43 § 2 D. *de proc.*, III, 3 (PAUL., lib. IX ad ed.): *In popularibus actionibus, ubi quis QUASI UNUS EX POPULO agi, etc.*

<sup>c)</sup> L. 4 D. *de pop. act.*, XLVII, 23 (PAUL., lib. III ad ed.): *Popularis actio integræ personæ permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet.* L. 6 eod. (ULP., lib. XXV ad ed.): *Mulier et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat* (Vedi anche L. 3 § 11 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 infra num. 8 nota 44). Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, §§ 14-16 pag. 61 segg. Certo da questa limitazione non si deve dedurre, che le azioni popolari abbiano un

c) Tale concetto della legittimazione attiva è respinto dal FADDA, op. cit. pag. 69 segg., il quale parte da una speciale interpretazione della L. 4 D. *de pop. act.* XLVII, 23, qui citata alla nota 6. Egli dimostra, che questa legge parla esclusivamente degli infami e che l'*hoc est cui per edictum postulare licet* è un glossema interpolato, che mira a stabilire entro quali limiti l'infamia escluda dall'azione popolare. Aggiunge poi, che anche chi non voglia ammettere tale interpolazione deve limitare nella legge citata la seconda parte in relazione della prima. Il passo vuol dire, che gli infami sono esclusi, e che lo sono in quanto sono esclusi dalla facoltà di postulare. Potendo l'infamia aver diverso carattere (ed infatti, egli osserva, secondo il KARLOWA\* e il LENEL il carattere degli *infames* esclusi dal *ius postulandi* non coincide con quello degli *infames* esclusi dall'essere *cognitores* o *procuratores*) quel glossema mirerebbe a stabilire entro quali limiti l'infamia escluda dall'azione popolare. Perciò viene alla conclusione: 1.° che solo quelle certe specie d'infamia portano l'esclusione; 2.° che la portano nei limiti, entro cui escludono anche dal *ius postulandi*. Tutto ciò a maggior ragione vale contro il PAALZOW, op. cit. pag. 21, il quale reputa fossero escluse tutte le persone escluse dalla procura. Procedendo poscia a commentare la L. 6 eod. il FADDA trova un altro argomento a favore della sua tesi nel fatto, che il *pupillus*, mentre non poteva postulare neppure *pro se*, poteva proporre l'azione popolare nel caso in cui fosse direttamente interessato. Da ultimo in forza della sua interpretazione della L. 4 non ammette altre incapacità, e divide quindi l'opinione del BRUNS, che non siano esclusi né i ciechi né i soldati, sebbene non possano postulare né essere procuratori, né proporre accusa criminale, e confuta gli argomenti in contrario dell'autore e del PAALZOW, op. cit. pag. 22, prendendo in esame i testi citati dall'autore nella nota 6. Tutte queste norme, che egli espone riguardo alle azioni popolari, dichiara esplicitamente doversi applicare anche agli interdetti (pag. 74 seg.).

sceglie il più idoneo 7); colui che è personalmente interessato ha la preferenza su tutti gli altri 8).

Anche nel procedimento fondato su di un interdetto popolare la condanna finale del convenuto era sempre diretta a una somma di denaro, ed essa sola poteva essere eseguita. Invece, come si vedrà più avanti 9), non poteva in verun modo aver luogo un'esecuzione in natura per il *iussus iudicis* nel *iudicium secutorium* o nell'*actio arbitraria*, nemmeno in seguito a un interdetto popolare proibitorio; anzi non si può nemmeno ammettere 10), che, ove il convenuto non osservasse quel *iussus*, fosse lecito all'attore vincitore di rimuovere ciò, che era fatto contro quel divieto, e di portarne le spese nella *condemnatio* come suo interesse 11).

carattere procuratorio; piuttosto tale limitazione è fondata per ciascuna delle classi di persone, che colpisce, sui medesimi motivi, pei quali appunto queste classi non potevano sollevare un'accusa criminale permessa in sè a ogni cittadino. L. 8 segg. D. *de acc.*, XLVIII, 2. Cfr. L. 13 eod. BRUNS, loc. cit. pag. 380 (346). E appunto per ciò contro l'opinione di questo dotto ammetterei, che nemmeno ai soldati fosse lecito proporre un'azione popolare, come non era loro permessa una *accusatio publica*, nè il *postulare pro aliis*: nessuna di queste cose poteva esser fatta *sine offensa disciplinae* (§ 11 I. *de except.*, IV, 13; L. 9 Cod. *de proc.*, II, 12 (13), cfr. L. 7 eod.; L. 31 Cod. *de loc.*, IV, 65). E sebbene d'altra parte sembri, che un individuo completamente cieco fosse ammesso a sollevare un'accusa criminale, pure gli era negato di proporre azioni popolari e di postulare per terzi, *quod insignia magistratus videre et revereri non possit*. L. 1 § 5 med. D. *de postul.*, III, 1.

7) L. 2 D. *de pop. act.*, XLVII, 23 (PAUL., lib. I *ad ed.*): *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneorem*. Vedi anche L. 3 § 12 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (infra num. 8 nota 44).

8) L. 3 § 1 D. *de pop. act.*, XLVII, 23 (ULP., lib. I *ad ed.*): *In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur*; L. 5 § 5 med. D. *de his qui eff.*, IX, 3 (ULP., lib. XXIII *ad ed.*): — *ex pluribus desiderantibus hanc actionem (de effusis et deiectis per l'uccisione di un uomo libero) ei potissimum dari debere cuius interest vel qui affinitate cognationeve defunctum contingat*, etc. Cfr. L. 3 pr. D. *de sepulchro viol.*, XLVII, 12 (ULP., lib. XXV *ad ed.*): *si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo, si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam*. Vedi anche L. 3 § 12 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (infra num. 8 nota 44).

9) Vedi infra § 1838 e, num. 105 dopo la nota 63.

10) Come ammette il BRUNS, loc. cit. pag. 398 seg. (361 seg.).

11) Vedi infra § 1838 e num. 105 dopo la nota 75.

Bensì la somma di denaro, che l'attore vincendo conseguiva in un processo svolto in base a un interdetto popolare, come può tenersi per certo dopo quanto ne ha scritto il BRUNS <sup>12)</sup>, andava a suo profitto, e non doveva esser versata nella cassa dello Stato.

Ma come veniva valutata la *condemnatio* qui, dove mancava la stregua più naturale, cioè l'interesse dell'attore?

Nella procedura con *sponsio* e *restipulatio* la condanna era diretta innanzi tutto alla *summa sponsionis* e rispettivamente *restipulationis*. E appunto qui trova il BRUNS a ragione un argomento stringente per ritenere, che l'attore, come doveva senza dubbio nel caso che soccombesse, pagare definitivamente di sua tasca la *summa restipulationis*, così quando era vincitore acquistava definitivamente per sé la *summa sponsionis*. Come fosse fissata la somma scommessa non ci è detto nè per gli interdetti popolari nè per gli interdetti privati. Però è probabilissimo, che in questi ultimi venisse determinata per mezzo del giuramento di calunnia dell'attore entro il limite massimo del valore della lite <sup>13)</sup>. Anche per gli interdetti popolari si può certo ammettere analogamente, che la valutazione fosse fatta mediante il giuramento di calunnia dell'attore; ed è presumibile, che in essi, non potendo applicarsi il limite massimo del valore della lite, tanto più di frequente intervenisse la potestà moderatrice del pretore, che dobbiamo riconoscere come ultima norma anche per gli interdetti privati <sup>14)</sup>.

Della condanna in seguito all'*actio arbitraria* e al *iudicium secutorium* negli interdetti popolari troviamo tracce nelle

L. 2 § 34 D., *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (ULP., lib. LXVIII, *ad ed.*):

*Hoc interdictum (sc. ne quid fiat in via publica) perpetuum et popolare est, condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris interst;*

<sup>12)</sup> Loc. cit. pag. 393 segg. (357 segg.).

<sup>13)</sup> Vedi infra § 1838 a num. 89 alla nota 32 segg. Vedi anche BRUNS, loc. cit. pag. 395 (358) alla nota 171.

<sup>14)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 360 sopra. Di diverso parere è il WITTE, *Das interdictum Ut possidetis* (L'interdetto *Ut possidetis*) pag. 14. Vedi anche BRUNS, *Zeitschrift für Rg.* (Rivista di storia del dir.), vol. III pag. 395. *Kleinere Schriften* (Scritti minori), vol. I pag. 358.

L. 2 cit. § 44:

*Interdictum hoc (sc. restitutorium de eo, quod in via publica factum est) non esse temporarium sciendum est: pertinet enim ad publicam utilitatem: CONDEMNATIOQUE EX EO FACIENDA EST, QUANTI ACTORIS INTERSIT TOLLI QUOD FACTUM EST; e*

L. 1 § 3 D., *de via publ.*, XLIII, 11 (ULP., lib. LXVIII, *ad ed.*):

*Interdictum hoc (sc. prohibitorium de via publica reficienda) perpetuo dabitur et omnibus et in omnes, et HABET CONDEMNATIONEM IN ID, QUOD ACTORIS INTERERIT.*

Mentre il primo e il terzo testo parlano esclusivamente del *iudicium secutorium* di un interdetto popolare proibitorio, <sup>15)</sup> il secondo deve riferirsi tanto al *iudicium secutorium* quanto alla *actio arbitraria* derivanti da un interdetto popolare restitutorio <sup>16)</sup>.

S'intende però, che nè in quei testi nè in questo le parole: *quanti actoris intersit* o *id, quod actoris intererit* possono esser riferite a un interesse personale dell'attore: chè per gli interdetti popolari non è punto necessario, che vi sia un tale interesse <sup>16a)</sup>.

Nè di maggiore aiuto ci è un frammento, che tratta dell'*officium iudicis* nel *iudicium secutorium* derivante dall'interdetto popolare proibitorio. *Ne quid in via publica etc. quid fiat, quo ea via deterior fiat* <sup>17)</sup>, cioè la

L. 2 § 28 D., *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (ULP., lib. LXVIII, *ad ed.*):

— *idem NERVA scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius, qui tecum experitur, cum vicino* <sup>18)</sup> *experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris, neque per te stet, quo minus arbitrato actoris, cum vicino experiaris.*

<sup>15)</sup> LENEL, loc. cit. § 237 sotto il num. 2 in fine e § 240.

<sup>16)</sup> LENEL, ivi sotto il num. 3.

<sup>16 a)</sup> A ciò nulla toglie il fatto, che l'interdetto restitutorio *de eo, quod in via publica factum est*, all'occasione tutela un interesse privato dell'attore. E esso è allora *quasi privatum*. Vedi sopra § 1833 num. 3 nota 63.

<sup>17)</sup> LENEL, loc. cit. § 237 sotto il num. 2.

<sup>18)</sup> Vien trattato il caso, che l'acqua, che minaccia un danno alla pubblica via, vi affluisca da un fondo, che a sua volta è obbligato a riceverla dal fondo vicino.

Ora noi troviamo, che dovunque un legittimo interesse d'affezione dell'attore porta alla condanna dell'avversario, questa è diretta all'oggetto di quell'interesse valutato in denaro. Così l'*actio ex empto* del padre, che ha costituito una dote evitta durante il matrimonio, non può esser diretta ad altro che al semplice valore delle cose dotali evitte<sup>19)</sup>; l'*actio mandati* dell'erede, derivante dal mandato del defunto di erigergli un monumento, e l'*actio familiae erciscundae* dell'erede, derivante dall'obbligo imposto dal defunto al coerede di erigergli un monumento<sup>20)</sup>, hanno per oggetto l'intero ammontare delle spese necessarie per l'adempimento di questo incarico; l'*actio mandati* nel caso della L. 54 pr. D., *mand.* XVII, 1 e così l'*actio venditi* nei casi delle L. 6 pr. in fine § 1 e L. 7 D., *de servis export.* XVIII, 7 è diretta al rimborso della differenza del prezzo causata dalle convenzioni accessorie, in seguito alle quali lo schiavo, di cui si tratta, è stato venduto a un prezzo inferiore a quello, che altrimenti se ne sarebbe potuto ottenere<sup>21)</sup>. Così l'usufruttuario ha per l'illecito taglio di alberi ornamentali l'*actio legis Aquiliae* e l'interdetto *Quod vi aut clam*, diretti all'interesse dell'intera diminuzione di valore sofferta dal fondo, computato per la durata dell'usufrutto<sup>22)</sup>; viceversa l'usufruttuario, che toglie illecitamente piantagioni voluttuarie, risponde verso il proprietario dell'intera diminuzione di valore<sup>23)</sup>. Parimenti la condanna in base dell'interdetto *Quod vi aut clam* nel caso della L. 11 § 1 D., *quod vi* XLIII, 24 non può esser diretta che all'intero ammontare delle spese, che sarebbero richieste dalla ricollocazione della statua tolta.

19) L. 71 *de etict.*, XXI, 2. È vero che la decisione di PAOLO parla espressamente solo della *stipulatio duplae*; ma non si può mettere in dubbio, che essa non vada riferita del pari alla *actio ex empto*, a cui insieme che a questa si accenna nella questione.

20) L. 12 § 17 *mand.*, XVII, 1; L. 7 D. *de ann. legat.*, XXXIII, 1.

21) SABINI *sententia*, qui utiliter agi ideo arbitratus est, QUONIAM HOC MINORIS HOMO VENISSE VIDEATUR.

22) L. 16 § 1 D. *quod vi aut clam*, XLIII, 24 collegata con la L. 12 D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2 v.: *pro portione ususfructus*. Cfr. A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte* (Contributo alla dottrina dei deterioramenti delle cose in diritto romano), pag. 197 seg.

23) L. 13 § 4 D. *de usufr.*, VII, 1. Vedi anche STÖLZEL, *Lehre von der operis*



Precisamente lo stesso deve ammettersi per l'*actio arbitraria* e pel *iudicium secutorium* derivanti da interdetti popolari. Perocchè questi in realtà non costituiscono che un caso speciale di quelle azioni, che possono aver luogo senza un interesse patrimoniale dell'attore, per un suo legittimo interesse d'affezione, che qui consiste nel sentimento della comunità<sup>24</sup>). In altri termini: la condanna era diretta all'intero ammontare delle spese, che sarebbero state necessarie per rimuovere ciò, che era stato fatto contro l'editto, e al risarcimento di tutto il danno cagionato dalla condotta del convenuto contraria all'editto<sup>25</sup>).

Soltanto l'interdetto *de homine libero exhibendo* è retto da una norma speciale. In esso la condanna in danaro, mentre comprende il risarcimento del danno, che può aver sofferto l'impetrante, serve essenzialmente a infliggere una pena al convenuto, che persiste ostinatamente nella delittuosa detenzione di un uomo libero<sup>25 a)</sup>; e una tal pena non può esser valutata che dal libero apprezzamento del giudice.

Nella pratica deve essere stato ben semplice nel massimo numero dei casi il fissare la somma della condanna senza minuziose indagini, almeno fintantochè il *iudicium secutorium* era un'*actio arbitraria*<sup>25 b)</sup>. Infatti qui il non adempimento del *iussus iudicis* ha luogo quasi senza eccezione, per la *contumacia* del convenuto; quindi l'attore aveva la facoltà di apprezzare per mezzo del *iusiurandum in litem* l'interesse, che doveva formare oggetto della condanna. E appunto

---

*novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam* (La dottrina della *operis novi nunciatio* e dell'*interdictum quod vi aut clam*), pag. 386.

<sup>24</sup>) Cfr. JHERING, *Rechtsgutachten i. S. des Intercantonalen Vorbereitungs-Ommiles der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn u. s. w.* (Parere nella causa del Comitato preparatorio intercantonale delle Ferrovie cantonali contro la Società delle Ferrovie centrali Svizzere, ecc.), pagina 72 segg. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Annali di Dommatica del diritto privato romano odierno e tedesco), vol. XVIII pag. 66 segg.

<sup>25</sup>) Ciò può valere come confutazione dell'opinione dello SCHMIDT, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XV pag. 68 seg., che mancando un interesse personale dell'impetrante il *iudicium secutorium* derivante da un interdetto popolare dovesse finire con l'assoluzione del convenuto.

<sup>25 a)</sup> Cfr. infra § 1838 num. 87 nota 86.

<sup>25 b)</sup> Cfr. infra § 1838 b num. 93 dopo la nota 34.

così inteso acquista il *quanti actoris intersit* della L. 2 §§ 34 e 44 D., *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 e l'*id, quod actoris intererit* della L. 1 § 3 D. *de via publ.* XLIII, 11 citt. il suo significato affatto speciale <sup>d)</sup>.

Peraltro sebbene la condanna in danaro avvenuta nel modo descritto in base a un interdetto popolare torni a vantaggio pecuniario dell'attore, pure la semplice possibilità di ottenere un tale interdetto non è già di per sè un diritto patrimoniale, come non lo è la possibilità di proporre un'azione popolare vera e propria <sup>26)</sup>. È perciò, che non si può parlare della trasmissione ereditaria di una tale possibilità <sup>27)</sup>; è perciò, che l'accettazione di una cauzione a suo riguardo

<sup>26)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 nota 62 pag. 20 (testo tedesco pag. 27).

<sup>27)</sup> L. 5 § 5 D. *de his qui effud.*, IX. 3 (ULP., lib. XXIII ad ed.): *Hacc*

d) Il FADDA, op. cit. pag. 258 segg., si limita circa la *summa sponsionis* a riferire le ipotesi dell'autore e del BRUNS osservando, che su di esse è difficile pronunciarsi, e che del resto sono assai verosimili. Si ferma invece a lungo a esaminare con particolare studio la questione circa la *condemnatio* nel *iudicium secutorium* e il significato dell'*id quod interest* dei frammenti sopra citati, di cui egli dà la spiegazione seguente affatto diversa da quella dell'autore. Dopo avere esposte le opinioni dei vari scrittori, si distende a confutare col BURCKHARD l'affermazione dello SCHMIDT e del WITTE, che negli interdetti popolari avesse luogo l'esecuzione diretta dell'*arbitrium* e a dimostrare, che il BRUNS è stato frainteso negli attacchi, che hanno diretto contro di lui il BURCKHARD e l'autore. Ritiene col BRUNS indubitabile, che nemmeno negli interdetti popolari si possa parlare di coazione diretta, e che anche in essi tutto si riduca a una condanna pecuniaria. Egli viene alla conclusione, che anche negli interdetti popolari l'oggetto della *condemnatio* era il *quanti ea res erit*, formola, come dice il LENEL « in nessun caso inconcepibile ». È vero, continua il FADDA, che negli interdetti relativi alle cose *divini iuris* e *publicae* non si può parlare di valore reale della cosa, certo però può parlarsi di valore del danno realmente arrecato. Se invece nei passi citati si accenna all'interesse dell'attore e si insiste sull'*id quod interest*, ciò è dovuto all'interpretazione, che fu data in genere alla *condemnatio* di tutti gli interdetti nella quale si mirava sempre all'interesse dell'attore. Ed anche qui « accanto al valore del danno arrecato poteva esservi eventualmente un particolare interesse dell'attore, sia in genere perchè dal fatto fosse stato leso, sia in specie perchè valendosi del suo diritto civico fece le spese per la riparazione. Anche qui adunque era opportuno intendere il *quanti ea res erit* nel senso di interesse, come in tutti gli altri interdetti ». Sulla *condemnatio* nell'interdetto *de homine libero exhibendo* osserva più avanti: « La nostra spiegazione poi ci dispensa dall'attribuire un significato speciale alla condanna nell'interdetto *de homine libero exhibendo*. L'espressione *quanti ea res erit* nella sua elasticità riconosciuta dalla interpretazione può comprendere anche l'elemento voluto dall'UBERLOHDE, può, cioè, aver dato balia al giudice di elevare di tanto la condanna di quanto lo richiedeva la pervicace resistenza del convenuto ».

è nulla<sup>23)</sup>, esistendo bensì in quel tempo un debito, ma non un vero creditore; è perciò infine, che come abbiamo già veduto<sup>23a)</sup> non è permessa la rappresentanza nell'impetrare un interdetto popolare.

Tuttavia, come in un'azione popolare la *litis contestatio*<sup>29)</sup> così in un interdetto popolare la sua emanazione ha per effetto, che il cittadino, che si presenta come attore, si appropria il diritto patrimo-

*autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur. intra annum duntaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis (cfr. L. 7 pr. D. de pop. act., XLVII, 23): nam est poenalis et POPULARIS, ecc. — sed si libero nocilum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim HEREDIBUS IURE HEREDITARIO competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.* La lezione della L. 5 cit. § 13: *Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit, in heredem autem non competit, quia poenalis est*, sebbene suffragata dai BASILICI LX, 4, 5 § 13 (γ. καὶ ἀρμόζει διαδοχῆς, οὐ μὲν κατὰ κληρονομίαν κτλ.) è secondo ogni probabilità corrotta. Di diversa opinione è il GLÜCK in questo *Commentario*, Lib. IX tit. 3 § 710 (ediz. ted. vol. X pag. 401) e Th. MOMMSEN, *Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca* (I diritti municipali dei Comuni latini di Salpensa e Malaga), pag. 465, i quali reputano che quelle parole intendano dire della trasmissione ereditaria dell'azione già proposta. Ma a prescindere che la menzione di questa trasmissione ereditaria è affatto senza scopo, e che ULPIANO, se ciononostante avesse voluto fare una tale menzione, difficilmente avrebbe tenuto un modo così ambiguo, quella interpretazione è inconciliabile con le parole finali riguardanti la trasmissione ereditaria passiva, che dovrebbero allora anche esser riferite all'azione già proposta, e sarebbero errate alla loro volta. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 127 nota 6. — BRUNS, loc. cit. pag. 383 (349) La proposta eventuale del primo di riferire il § 13 cit. direttamente al § 12 (*actio utilis* per danno in base all'editto *Ne quis in suggrunda* LENEL, *Ed. perp.*, § 61) nel senso limitato, che il diritto di preferenza del danneggiato si trasmette per eredità, mi pare troppo artificiosa; oltredichè tale trasmissibilità era ovvia ogniqualvolta si trattasse di un danno patrimoniale, e viceversa doveva essere esclusa, dove era in causa una lesione corporale senza danno patrimoniale. Cfr. L. 5 cit. § 5 cit. (vedi sopra). — BRUNS, loc. cit. nota 129.

<sup>28)</sup> L. 55 § 3 D. de fideiuss., XLVI, 1 (PAUL., lib. XV quaest.): *Pro furti actione fideiussor accipi potest: item pro eo, qui legem Aquilianam commissit diversa causa est popularium actionum.*

<sup>23 a)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 20 (Edizione tedesca, pag. 27) alla nota 61.

<sup>29)</sup> L. 12 pr. D. de V. S., L, 16. Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 20 (Ediz. tedesca, pag. 27) nota 62.

niale riposto in questo mezzo di tutela, escludendone necessariamente tutti gli altri. E come in seguito alla *litis contestatio* nell'azione popolare a ogni tentativo di un terzo di esercitare nuovamente l'azione si oppone l'abituale *exceptio rei iudicium deductae* e rispettivamente l'*exceptio rei iudicatae*<sup>30)</sup>, così la domanda fatta da una seconda persona per ottenere un interdetto popolare è resa inefficace da una *exceptio si de ea re interdictum non est*<sup>31)</sup>. Soltanto, come per la *exceptio rei in iudicium deductae* nelle azioni popolari, anche qui si presuppone, che non vi sia stata collusione tra colui, che si è presentato per primo come attore, e il convenuto<sup>32)</sup>. E per conseguenza logica si dovrà anche ammettere, che la facoltà di esercitare un'azione in base a un interdetto popolare ottenuto si trasmetteva nell'erede, ogni qualvolta essa spettava già incondizionatamente al defunto, e cioè in base agli interdetti popolari imperativi sempre, e in base ai proibitorii quando v'era già stata di fronte al defunto una *vis adversus edictum facta*. Difatti non v'è alcun dubbio, che l'*actio arbitraria*, immediatamente annessa a un interdetto imperativo, si trasmetteva nell'erede; perchè dunque il diritto di sperimentare un'azione già acquistato dall'impetrante in forza dell'*interdictum redditum* dovrebbe estinguersi con la sua morte, quando la domanda di quell'azione era stata omissa o non aveva potuto aver luogo? Certo nè nella natura delle circostanze nè nel tenore degli interdetti popolari v'ha nulla, che vieti di ritenere; che anche l'erede dell'impetrante potesse provocare l'avversario con la *sponsio, quod adversus edictum praetoris quid factum sit*. Nei casi corrispondenti l'attore, ottenuto

<sup>30)</sup> L. 3 pr. *de pop. act.*, XLVII, 23 (ULP, lib. I ad ed.): *Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur*. SCHMIDT, loc. cit. pag. 128 nota 8. Cfr. anche L. 45 § 1 D. *de proc.*, III, 3 (sopra § 1833 num. 3 pag. 20-21 (testo ted. pag. 27 seg. nota 63); L. 30 § 3 D. *de iureiur.*, XII, 2; L. 3 § 10 D. *sep. viol.*, XLVII, 12.

<sup>31)</sup> Cfr. L. 3 § 13 D. *de lib. hom. exh.*, XLIII, 29. Vedi infra § 1838 num. 88 (dopo la nota 37). Il valore della prova fornita da questo frammento non potrà esser messa in dubbio nemmeno da chi col BRUNS, loc. cit. pag. 401 seg. (364 seg.) non reputa l'*interdictum de homine libero exhibendo* un interdetto popolare. Vedi infra num. 8 alla nota 47.

<sup>32)</sup> Cfr. L. 30 § 3 D. *de iureiur.*, XII, 2 (vedi infra § 1838 num. 80 dopo la nota 10); L. 3 § 13 cit. D. *de lib. hom. exhib.*, XLIII 29.

l'interdetto, deve aver ben potuto nominare un rappresentante per l'ulteriore procedimento. — È diversa la questione, se l'erede valendosi di un interdetto popolare proibitorio ottenuto dal defunto, potesse perseguire *per sponsionem* anche un atto del convenuto, che aveva avuto luogo dopo la morte dell'impetrante. Il luogo più opportuno per trattare questa questione sarà là, dove ricercheremo, fino a che punto un *interdictum redditum* in generale abbia effetto a favore e contro gli eredi delle parti<sup>33</sup>).

8. Sono ritenuti senza contraddizione come interdetti popolari gli interdetti:

- 1) *Ne quid in loco sacro (religioso, sancto) fiat* (num. 5, N. d'ord. 9);
- 2) *Quod in loco sacro religioso (sancto) factum erit, ut restitatur* (ivi N. 10);
- 3) *Ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idne iter deterius fiat* (N. 14);
- 4) *Quod in via publica itinereve publico factum habitum est, ut restitatur* (N. 15);
- 5) *Ne quid in flumine publico ripare eius fiat, quo peius navigetur* (N. 19);
- 6) *Quod in flumine publico ripare eius factum etc. habitum est, quo statio iterre navigio deterius sit fiat, ut restitatur* (N. 20);
- 7) *Ne quid in flumine publico ripare eius fiat, quo aliter fluat, atque priore aestate fluxit* (N. 21);
- 8) *Quod in flumine publico ripare eius factum etc. habitum est, si ob id aliter aqua fluit, atque priore aestate fluxit, ut restitatur* (N. 22);
- 9) e 10) *de cloaca publica* (N. 44) (un interdetto restitutorio formulato e uno proibitorio soltanto promesso)<sup>34</sup>).

È controverso invece, se possano ritenersi come interdetti popolari nel vero senso della parola anche gli interdetti:

- 11) *Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur* (num. 5, N. d'ord. 13);

<sup>33</sup>) Vedi infra § 1838 num. 88 alla nota 11 segg.

<sup>34</sup>) Cfr. circa questi dieci interdetti: BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del dir.), vol. III pagine 388 e 391. *Kleinere Schriften* (Scritti minori), I, 353 e 355.

- 12) *ut via publica itinereve publico ire agere liceat* (N. 16);  
 13) *de via publica et itinere publico reficiendo* (N. 18);  
 14) *Ut in flumine publico navigare liceat* (N. 23);  
 15) *de ripa munienda* (N. 24); e  
 16) *de homine libero exhibendo* (N. 54).

Il BEUNS<sup>35)</sup> nega a tutti e sei la qualità di interdetti popolari; lo SCHMIDT<sup>36)</sup> solo ai tre riportati sotto i numeri 11, 12 e 14; altri la ammettono per tutti e sei.

Che il N. 11 sia un interdetto privato mi sembra non possa contestarsi. Infatti quantunque nella L. 2 § 2 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 si dica di questo interdetto: — *et tam PUBLICIS UTILITATIBUS quam privatorum per hoc prospicitur*, ciò nulla prova per la nostra questione. A ragione osserva lo SCHMIDT<sup>37)</sup>: « Un interdetto affatto privato può benissimo servire indirettamente all'interesse pubblico. È precisamente quel che vien detto dell'*interdictum de loco publico fruendo* nel fr. 1 § 2 h. t. (XLIII, 9): *Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi, palum est*, eppure è notorio, che esso è un interdetto privato »<sup>37a)</sup>. In realtà l'interdetto, di cui parliamo, ha in mira immediatamente solo l'interesse privato del danneggiato. E appunto perciò a norma della L. 6 D. *eod.* XLIII, 8 l'attore nel domandare questo interdetto può sempre farsi rappresentare, *quamvis de loco publico interdicat*<sup>38 e)</sup>.

<sup>35)</sup> *Zeitschrift für Rg.* (Rivista di storia del dir.), vol. III pag. 393 e pagina 402 seg. sotto il num. 2. *Kleinere Schriften* (Scritti minori), I, 357 e pagina 364 seg.

<sup>36)</sup> *Loc. cit.* pag. 130 segg., cfr. con pag. 136.

<sup>37)</sup> *Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Riv. di scienza storica del dir.), vol. XV pag. 73 nota 33.

<sup>37 a)</sup> Cfr. anche riguardo all'interdetto *de cloacis privatis*, L. 1 § 7 D. *de cloac.*, XLIII, 23: *Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, ilcirco placuit non esse in interdicto addendum « quod non ei non clam non precario ab illo usus » etc.*

<sup>38)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 21 (Ediz. ted., pag. 28).

e) Vedi FADDA, *op. cit.* pag. 88 segg., dove propugnando l'opinione dello SCHMIDT e dell'autore confuta gli argomenti addotti recentemente in contrario dal MASCHKE e dal SALBILLES, fondandosi principalmente sui due frammenti citati dall'autore e sui §§ 8 (per errore è ivi stampato 7) e 17 della L. 2 cit.

Lo SCHMIDT<sup>39)</sup> reputa interdetti popolari gli interdetti *de via publica reficienda* (13) e *de ripa munienda* (15), perchè non è necessario, che l'attore si proponga di eseguire nel suo interesse personale l'atto, a cui essi lo autorizzano; egli può volerlo eseguire, perchè il bene pubblico lo esige. E non calza tale argomento anche per gli interdetti *Ut via publica ire agere* (12), *Ut in flumine publico navigare liceat* (14)† per es., a dirla col BEUNS<sup>40)</sup>, « quando qualcuno impedisce a tutti senza distinzione l'uso di una via o di un fiume, e v'è chi piatisce per far valere il diritto generale, e mercoè questo giudizio proposto assicura a tutti quel diritto ». Ora se ciò è vero, e vero nel senso in cui io l'intendo, che cioè non v'è bisogno, che nel far ciò l'attore abbia un interesse individuale<sup>40a)</sup>, non solo ne resta confutata l'accennata distinzione dello SCHMIDT, secondo la quale con questi due ultimi interdetti l'attore tende esclusivamente a tutelare un interesse personale « piatisce soltanto per sè, non per il popolo »<sup>41)</sup>; ma è anche rilevata la contraddizione, in cui cade il BEUNS affermando pure « che in essi (cioè in tutti e quattro) si trova sempre un interesse privato »<sup>41a)</sup>. Noi li dobbiamo dunque porre in massima tutti e quattro tra gli interdetti popolari, con l'avvertenza, che essi in dati casi, quando e fintantochè hanno per oggetto l'interesse privato dell'attore, prendono il carattere di interdetti privati<sup>42)</sup> f). La natura di interdetto popolare è di fatti attestata espressamente per l'interdetto *Ut via publica ire agere liceat* nella L. 42 pr. D., *de proc.*

<sup>39)</sup> *Interd.*, pag. 131 nota 16.

<sup>40)</sup> *Zeitschr. für Rg.* (Rivista di storia del dir.), vol. III pag. 393. *Kl. Schr.* (Scritti min.), I, 356.

<sup>40 a)</sup> Non sono ben certo se questa sia anche l'opinione del BURCKHARD, Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX tit. I § 1671 d num. 26 (ediz. tedesca, parte I pag. 137).

<sup>41)</sup> *Loc. cit.* pagine 135 e 136 alla nota 26.

<sup>41 a)</sup> Non vedo neppure, perchè « non si può parlare di una concorrenza di più attori e di preferenze e scelta fra di essi » come afferma il BRUNS, *loc. cit.*, facendo sempre astrazione dagli interdetti diretti a riparazioni.

<sup>42)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 nota 63 pag. 20-21 (testo tedesco pag. 27).

f) Vedi FADDA, *op. cit.* pag. 86 segg.

III, 3 <sup>42a</sup>) ed anche per l'interdetto *de via publica reficienda* nella L. 1 § 3 D., *de via publ. ref.* XLIII, 11 nelle parole: *Interdictum hoc — dabitur — OMNIBUS* <sup>42b</sup>).

La divergenza delle opinioni circa l'interdetto *de homine libero exhibendo* si risolve, a mio parere, in una questione di parole. Il BRUNS <sup>43</sup>) reputa, che non sia un'azione *quae populo ius suum tuetur*, perchè non è istituita nell'interesse dello stato, ma nell'interesse della persona da liberare. È, ben è vero, un interesse pubblico, egli dice, che non si possano trattenere a forza uomini liberi; ma l'interdetto non è dettato da questa considerazione; a tutela dell'interesse pubblico serve piuttosto secondo la L. 3 pr. h. t. XLIII, 29 la pena della *lex Fabia*, legge a parte e indipendente dall'interdetto. Ma quando ULPIANO (lib. LXXI *ad ed.*) colà dice:

(L. 1 § 1 D h. t.). *Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam: (L. 3 pr. cit.): quod ET lex Fabia prosperit —*

si può invece ritenere, che il motivo del legislatore è perfettamente lo stesso per ambedue i mezzi di tutela giuridica. Lo conferma PAOLO R. S. V, 6 § 14: *Adversus eum, qui hominem liberum vinxerit, suppresserit, incluserit, operamve ut id fieret, dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio redditur: et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is, qui detinetur, lege autem Fabia, ut ETIAM poena numeraria coerceatur.* E difatti non si saprebbe dove trovare una differenza pratica tra questo interdetto e gli interdetti popolari. Il BRUNS <sup>43a</sup>) ne scorge una nel fatto, che in questo interdetto per le questioni sulla capacità dell'attore e sull'applicazione della *exceptio rei iudicatae* sono presi per base, non i principii e nemmeno l'analogia delle azioni popolari, ma solo i principii delle accuse criminali <sup>44</sup>).

<sup>42 a)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 nota 63 pag. 20-21 (testo tedesco pag. 27).

<sup>42 b)</sup> Cfr. infra § 1837 b num. 77 alla nota 10 e num. 81 alla nota 60 segg. Vedi anche MASCHKE nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione-Savigny di storia del diritto), vol. VI parte roman. pag. 228 segg.

<sup>41)</sup> *Zeitschr. für Rg.* (Rivista di storia del dir.), III, 402. *Klein. Schr.* (Scritti minori), I, 364.

<sup>43 a)</sup> *Loc. cit.* pag. 403 (365).

<sup>44)</sup> L. 3 §§ 10-13 D. h. t. § 10: *Plane ex causa suspectae personae removendae sunt, si forte talis persona sit, quam verisimile est colludere vel calumniari.* § 11:



Ma a prescindere che i principii delle azioni popolari, se in genere non sono menzionati a questo proposito, pur tuttavia non sono respinti come inapplicabili, — quei principii delle azioni popolari, che si riferiscono a tale materia e quelli delle accuse oriminali non sono in alcun modo in opposizione tra loro, nè rispetto all'esclusione delle persone, che son sospette di collusione o di calunnia (L. 3 § 10 cit.) <sup>44a</sup>, nè rispetto all'ammissione delle donne e dei pupilli (L. 3 § 11) <sup>45</sup>, nè rispetto alla scelta fra più persone, che domandino contemporaneamente l'azione (L. 2 § 13) <sup>46</sup>, nè finalmente rispetto alla forza di cosa giudicata della decisione (L. 3 § 13) <sup>47</sup>. Perciò sembrami che non vi sia in realtà nulla, che vieti di annoverare anche l'interdetto *de homine libero exhibendo* tra gli interdetti popolari.

9. Che un interdetto privato possa essere impetrato solo da parte dell'interessato, risulta senz'altro dal suo concetto stesso. Di regola una sola persona dai fatti, che danno luogo a un tale interdetto, si troverà messa nel caso di impetrarlo; ma ove per eccezione le medesime circostanze ne diano la facoltà a più persone insieme, come per es. nel caso di un *vi aut clam factum*, che leda gli interessi di più d'uno, tutte possono invocare questo interdetto insieme e successivamente ciascuna pel proprio interesse <sup>48</sup>).

Fondando un interdetto di questa specie un vero diritto privato,

---

*Sed et si mulier vel pupillus hoc interdictum desiderent pro cognato vel parente vel adfines suo solliciti, dandum esse eis interdictum dicendum est: nam et publico iudicio reos facere possunt, dum suas suorumque iniurias exsequuntur. § 12: Si tamen plures sunt, qui experiri volent, eligendus est a praetore, ad quem maxime res pertinet, vel is, qui idoneor est: et est optimum ex coniunctione, ex file, ex dignitate actorem hoc interdicto eligendum. § 13. Vedi infra § 1838 num. 88 (dopo la nota 37).*

<sup>44 a</sup>) È bensì strano che riguardo a questo punto ci manchi una testimonianza delle fonti circa le azioni popolari e gli interdetti indubbiamente popolari: ma esso è chiaro di per sè.

<sup>45</sup>) Vedi sopra § 1835 num. 7 nota 6 pag. 33-34 (testo tedesco pag. 42).

<sup>46</sup>) Vedi ivi nota 7 seg. pag. 34 (testo tedesco pag. 43).

<sup>47</sup>) Cfr. ivi nota 31 in fine pag. 41 (testo tedesco pag. 51 seg.).

<sup>48</sup>) L. 12 D. *quod vi*, XLIII, 24 (VENULEIUS, lib. II *interd.*): *Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in [ad. Hal.] hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit. L. 10 § 1 eod.*

è anche ammessa la rappresentanza, come abbiamo già veduto <sup>49)</sup>, tanto per impetrarlo, quanto nel procedimento derivante da un interdetto impetrato, con la sola eccezione, che pure abbiamo già accennata, dell'interdetto *de liberis ducendis* <sup>50)</sup>.

La trasmissibilità nell'erede <sup>51)</sup> della facoltà di impetrare un interdetto privato è determinata dal tenore, che l'interdetto ha nell'editto. Bisogna vedere se i requisiti edittali, che esistevano nella persona del defunto, si trovano in forza della successione anche nell'erede.

Si deve distinguere da questo il caso, in cui alcuni di quei requisiti, ma non tutti, si trovavano nella persona del defunto, ed ora dopo il loro passaggio all'erede, si aggiungono nella persona di questo anche quelli, che ancora mancavano. Per. es. se il legatario prende di suo arbitrio possesso delle cose legategli soltanto dopo che l'erede dell'erede onerato del legato ha acquistata l'eredità di questo e con essa l'eredità a questo devoluta di colui, che ha lasciato il legato, l'erede dell'erede può ora invocare l'interdetto *Quod legatorum*, mentre quegli, a cui è succeduto, non era ancora nel caso di farlo. Qui si può parlare di trasmissione ereditaria dell'interdetto solo in questo senso, che v'è stata trasmissione di alcuni requisiti di esso <sup>52)</sup>. Del pari l'interdetto *Quorum bonorum* può aver luogo per l'erede del *bonorum possessor* anche allorquando solo dopo la morte di quest'ultimo l'avversario s'impossessi *pro herede* o *pro possessore* di cose appartenenti a quell'eredità, della quale era stata acquistata la *bonorum possessio* <sup>53)</sup>. Anche l'interdetto *Quod vi* può esser fondato per l'erede

<sup>49)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 17 (testo tedesco pag. 22) alla nota 47.

<sup>50)</sup> Vedi ivi pag. 21 (testo tedesco pag. 28) alla nota 65.

<sup>51)</sup> E in genere la trasferibilità in forza di successione universale. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 136 seg. nota 1 segg.

<sup>52)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 137, richiama l'attenzione su questa differenza, riferendo anche a quella trasmissione ereditaria impropria la L. 1 § 3 D. *quod legat.*, XLIII, 3 (ULP., I.XVII *ad ed.*): *Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere, propter utilitatem huius [huius del.] dicendum est, nec non ceteros quoque successores.*

<sup>53)</sup> Del resto è indifferente, che ciò avvenga prima della successione dell'erede di quel *bonorum possessor*, o soltanto dopo. D'altra opinione sembra essere lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 144 nota 15; certo è che egli fa menzione solo dell'ultimo caso.

del proibente su di una violazione del divieto di quest'ultimo, avvenuta solo dopo la sua morte<sup>51</sup>).

Se abbiamo fatto rilevare, che la trasmissibilità attiva di ciascun interdetto dipende dal tenore, in cui è concepito nell'editto, dobbiamo dall'altro lato accennare, che è appunto in conformità del rapporto materiale, che il pretore edicente voleva tutelare, che è stato questo tenore scelto fin dal principio o interpretato in seguito e all'occorrenza modificato nel caso pratico.

Così vediamo, che nei puri diritti di famiglia, che sono intrasmisibili per eredità, il tenore degli interdetti destinati a tutelarli presuppone dei requisiti personali, che non si trovano nell'erede come tale, di chi aveva originariamente il diritto. Qui ci si presentano innanzi tutto gli interdetti *de liberis exhibendis* e *de liberis ducendis*. Essi suonano:

*Qui quaeve in potestate Lucii Titii est —*

*Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est*<sup>52</sup>).

Questi interdetti dunque spettano esclusivamente a colui, che ha attualmente la potestà.

In modo analogo deve essere stato trattato l'interdetto *de liberto*

---

<sup>51</sup>) Anche qui è indifferente, che ciò avvenga prima o dopo la successione dell'erede. Così dice espressamente la L. 13 § 5 D. *quod vi*, XLIII, 24 (ULP., lib. LXXI ad ed.): *Quaesitum est, si cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit: utputa hereditas iacebat, postea adit hereditatem Titius, an ei interdictum competat? et est apud VIVIANUM saepissime relatam heredi competere hoc interdictum eius, quod ante aditam hereditatem factum sit [nomine ins.], nec referre LABEO ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. ne illud quidem obstare LABEO ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit: nam et sepulchri nemo dominus fuit, et tamen, si quid in eo fiat, experiri possum Quod vi aut clam. accedit his, quod hereditas dominus locum obtinet. et recte dicitur heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive ante, quam successerint, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.*

<sup>52</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 139. — LENEL, *Ed. perp.*, § 262. Senza dubbio il primo interdetto si riferiva a tutti i rapporti di potestà su individui liberi. — LENEL, loc. cit. pag. 391 nota 4, cfr. L. 3 § 1 D. *de lib. exh.*, XLIII, 30. Lo stesso però può valere anche pel secondo interdetto.

I cosiddetti interdetti *de uxore exhibenda* vel *ducenda* non sono stabiliti nell'editto. LENEL, loc. cit. nota 4 in fine.

*exhibendo*, il cui testo non ci è pervenuto. Noi sappiamo, che questo interdetto ordinava l'esibizione del liberto, affinché gli si potessero intimare (*indicare*) i servigi da lui promessi<sup>56</sup>). Ora è bensì vero, che il diritto alle *operae fabriles* promesse dal liberto passava nell'erede del patrono<sup>57</sup>), e che ciò potrebbe far credere, che per tali *operae* l'interdetto spettasse anche agli eredi del patrono<sup>58</sup>); ma queste *operae fabriles* non richiedevano alcuna intimazione (*indictio*)<sup>59</sup>). Per conseguenza non c'era bisogno nemmeno di un interdetto per esse, nè è quindi da ritenere, che se ne sia dato il caso; e difatti le fonti fanno menzione dell'interdetto solo per l'esibizione di quel liberto, *cui patronus operas indicare velit*<sup>60</sup>). Per contro dovremo ammettere, che l'interdetto spettasse anche a quei discendenti del patrono, nei quali era passato il diritto alle *operae officiales* in forza di espressa estensione della promessa o in forza di successione diretta<sup>61</sup>), sebbene non spettasse loro il legittimo *ius patroni*<sup>62</sup>). Ma, a prescindere che

<sup>56</sup>) GAIO, IV, 162: — *exhibitorium interdictum redditur, veluti ut — exhibeatur libertus, cui patronus operas indicare velit*. § 1 I. *de interd.*, IV, 15: — *exhibitoria sunt, per quae iubet exhiberi, veluti — libertum, cui patronus operas indicare velit*.

<sup>57</sup>) L. 6 D. *de O. L.*, XXXVIII, 1. Cfr. L. 9 *eod.*

<sup>58</sup>) Così lo SCHMIDT, op. cit. pag. 139 nota 6.

<sup>59</sup>) L. 24 D. *de O. L.*, XXXVIII, 1 (JULIANUS, lib. LII Dig.): *Quotiens certa species operarum in stipulationem deducitur, velut pictoriae fabriles, peti quidem non possunt nisi praeteritae, quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur. — CEDUNT TAMEN OPERAE EX DIE INTERPOSITAE STIPULATIONIS. sed operae, quas patronus postulat [cfr. L. 22 *eod.*], confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur, ne ante eederent, quam indictae fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet: quod in fabro vel pictore dici non convenit*. Cfr. LEIST in questo *Commentario*, libro XXXVII, tit. 14, § 1622 (Ediz. tedesca, parte V pag. 26 seg.).

<sup>60</sup>) GAIO, IV, 162. § 1 I. *de interd.*, IV, 15 (vedi sopra num. 56). Cfr. LEIST, *Bonorum possessio*, I, pag. 274 seg.

<sup>61</sup>) L. 22 § 1; L. 5; L. 7 §§ 6-9; L. 37 pr. D. *de O. L.*, XXXVIII, 1; L. 70 in fine D. *de V. S.*, L, 16.

<sup>62</sup>) L. 51 D. *de O. L.*, XXXVIII, 1 (PAUL., lib. II *Manualium*): *Interdum operarum manet petitio, etiamsi ius patroni non sit: ut evenit in fratribus eius, cui assignatus est libertus, aut ulpote alterius patroni exstante alterius patroni filio*. Cfr. con la proposizione finale GAIO, III, 60. — PAOLO III, 2 § 1. — ULPIANO. XXVII, 2 seg. L. 23 § 1 D. *de B. L.*, XXXVIII, 2; L. 3 § 7 D. *de leg. tut.*, XXVI, 4. Vedi anche L. 5 §§ 1 sq. D. *de assign. lib.*, XXXVIII, 4.

in tali casi il legittimo *ius patroni* di quei discendenti del *patronus* non mancava, ma era piuttosto sospeso, e rimossa la causa di quella sospensione sorgeva di per sè<sup>63</sup>); v'è pur sempre anche qui una parte del diritto patronale, cioè l'elemento contrattuale, attualmente esistente come diritto proprio dei figli del patrono di fronte al liberto paterno<sup>64</sup>); perciò anche per questi casi è lecito parlare di un liberto, *cui patronus operas indicere vult*. Anche qui per conseguenza come nei casi soliti l'interdetto non è dato *rei familiaris causa*, cioè a tutela di rapporti *patrimoniali*, ma nel senso opposto, *iuris sui tuendi causa*, cioè a tutela di diritti *di famiglia*, precisamente nello stesso modo che gli interdetti *de liberis exhibendis ducendis*<sup>65</sup>).

10. Tutto ciò che fa parte dell'attivo patrimoniale, è di regola trasmissibile nell'eredità. Vanno eccettuati naturalmente i diritti, che per la loro essenza sono inerenti a un soggetto individualmente determinato. Un'eccezione fondata su di una norma positiva è quella delle azioni, che mirano a procacciare soddisfazione di un'ingiuria personale: le cosiddette *actiones vindictam spirantes*.

Però non vi sono interdetti, che tendano a tutelare rapporti di quest'ultima specie, sebbene il SAVIGNY<sup>66</sup>) voglia scorgerne uno nell'interdetto *Quod vi aut clam*. Quest'interdetto è dato al figlio di famiglia in nome proprio<sup>67</sup>), e il SAVIGNY crede, che si possa spiegare questo fatto soltanto ammettendo, che tale interdetto tenda a una *vindicta* della dignità personale offesa dall'inosservanza dell'opposizione fatta, potendo tale offesa aver luogo anche contro un figlio di

<sup>63</sup>) L. 5 §§ 1 sq. cit. *de assign.*, lib. XXXVIII, 4; L. 3 § 7 D. cit. *de leg. tul.*, XXVI, 4; L. 23 § 1 cit. D. *de B. L.*, XXXVIII, 2.

<sup>64</sup>) Vedi LEIST, Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXVII, tit. 14 § 1622 e tit. 26 § 1849 (Edizione tedesca, parte IV pag. 486 segg. e parte V, pag. 251).

<sup>65</sup>) L. 2 § 1 D. *de interd.*, XLIII, 1 (PAUL., lib. LXIII *ad ed.*): — *iuris sui tuendi causa (sc. competit interdictum) de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo: officii causa de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.*

<sup>66</sup>) *System* (Sistema), vol. II pag. 125 e segg.

<sup>67</sup>) L. 9 D. *de O. et A.*, XLIV, 7 (PAUL., lib. IX *ad Sabin.*): *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et Quod vi aut clam et depositi et commodati, ut JULIANUS putat.* L. 13 § 1 D. *quod vi* XLIII, 24 (vedi il testo *infra*).

famiglia. Senonchè secondo la vera lezione della L. 13 § 1 D., *quod vi XLIII, 24* il figlio di famiglia non ha l'interdetto soltanto quando è stata disprezzata la sua opposizione. È vero che il manoscritto fiorentino legge (ULPIAN. lib. LXXI *ad ed.*) *Labeo scribit, si filio prohibente opus factum sit, et te habere interdictum, ac si te prohibente opus factum est, et filium tuum nihilo minus.*

Ma a quale scopo avrebbe dovuto ULPIANO fondare un interdetto, che in base a un divieto del figlio di famiglia spettava a chi l'aveva in potestà, ricorrendo alla finzione, che quest'ultimo abbia egli stesso pronunciato il divieto? Si sa bene, che il figlio di famiglia acquistava tutto a chi l'aveva in potestà, e oltracciò colui, cui la cosa interessa (il *dominus* in questo senso) acquista l'interdetto mercè l'opposizione di qualsiasi rappresentante, per es. del locatario<sup>68</sup>). Se realmente si trattasse solo dell'interdetto derivante dal divieto del figlio di famiglia, era già indubbiamente espresso con le parole « *et te habere interdictum* », che oltre che al padre anche al figlio spettava l'interdetto: come si accorda con ciò l'*et filium tuum NIHIL MINUS*? Inoltre la concorrenza del padre non può costituire alcun ostacolo alla concessione dell'interdetto al figlio di famiglia; anzi è pur ovvio, che quest'ultimo, ogniqualvolta deve avere un interdetto, lo può avere solo in concorrenza con chi l'ha in potestà. Perciò l'*ac* del manoscritto fiorentino va cancellato, oppure bisogna con l'HALOANDEE mutarlo in *at*. Invece il *factum EST* va mantenuto o tutt'al più mutato in *factum SIT* e non col MOMMSEN in *factum ESSET*. Se ne ha una conferma nel cosiddetto TIPUCITUS (ai BASILICI LVIII, 23, 13, *pr. Heimb. tom. V. pag. 220 nota o*):

Καὶ περὶ τοῦ ὑπεξουσίῳ κινήσων ἔργων κολύουτος, πῶς ὁ πατὴρ κινεῖ. πατὴρ δὲ κολύουτος καὶ ὁ υἱός.

Dunque il figlio di famiglia ha l'interdetto *Quod vi aut clam* anche allorchando non egli, ma il padre aveva sollevata opposizione riguardo a una *res peculiaris* contro un *opus in solo factum*, e ciononostante quest'*opus* è stato eseguito<sup>69</sup>); solamente qui egli lo ha in

<sup>68</sup>) L. 17 D. h. t. (PAUL. lib. LXIX *ad ed.*): *Interdictum Quod vi aut clam per quemvis domino acquiratur, licet per inquilinum.* Vedi anche L. 17 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1 (ID., lib. LVII *ad ed.*).

<sup>69</sup>) Cfr. STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio u. s. w.* (La dot-

considerazione dell'opposizione del padre e non *suo nomine*. Da ciò risulta, che per il figlio di famiglia nemmeno l'interdetto basato sulla sua opposizione può esser destinato a vendicare uno sfregio fatto a lui personalmente. È in generale un errore il credere, che l'agere di un figlio di famiglia *suo nomine* sia in sostanza qualche cosa di diverso dall'esercitare un'azione in forza di un presunto mandato del padre; o che il figlio di famiglia abbia un diritto sottinteso a una *actio suo nomine*<sup>70</sup>). Chè anzi perfino dell'*actio iniuriarum*<sup>71</sup>), che, com'è noto, era stata promessa al figlio di famiglia con un editto speciale<sup>72</sup>), è detto nella L. 17 § 12 D., *de iniur.* XLVII, 10:

(ULPIAN. lib. LVII *ad ed.*) *Plane si praesens (scilicet paterfamilias eius, qui iniuriam passus est) agere nolit, vel quia differt vel quia remittit atque donat iniuriam, MAGIS EST, UT FILIO ACTIO NON DETUR: nam et cum abest, idcirco datur filio actio, quia verisimile est, patrem, si praesens fuisset, acturum fuisse.*

È solo a mo' d'eccezione, continua ULPIANO, e secondo le circostanze, concede il pretore l'azione al figlio di famiglia<sup>72</sup>), sebbene il

---

trina della *operis novi nunciatio*, ecc.), pag. 382 seg. pag. 515. La limitazione a una *res peculiaris* risulta non solo da ragioni d'ordine generale, ma anche dall'indicazione esplicita del § 2 leg. cit. (vedi infra pag. 54) (testo tedesco pag. 69). Il MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht* (I rapporti patrimoniali della famiglia nel diritto comune) vol. I pag. 209, mantiene la lezione del manoscritto fiorentino e nega che il figlio possa avere un interdetto in base a un divieto del padre. Appunto perciò è anche contrario alla limitazione dell'interdetto pel figlio alle *res peculiares*, pag. 211 seg. Il PERNICE, *Labeo* vol. I pag. 162, è d'opinione, che questa limitazione poco giovi, e ritiene fuor di dubbio, che i compilatori abbiano fatto al frammento molti tagli per metterlo d'accordo con la L. 9 D. *de O. et A.*, XLIV, 7.

<sup>70</sup>) Come ammette il SAVIGNY, loc. cit. vol. II pag. 97 seg.; e apparentemente con una dimostrazione particolare anche l'HERING, *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen* (Tutela giuridica contro violazioni di diritti ingiuriose) nei *Jahrbücher für die Dogmatik* (Annali di Dommatica), vol. XXIII pag. 217 seg.

<sup>71</sup>) L. 9 D. *de O. et A.*, XLIV, 7.

<sup>71 a</sup>) L. 17 § 10 D. *de iniur.*, XLVII, 10. Vedi LENEL, *Ed. perp.* § 179 pag. 324 seg. Cfr. MANDRY, loc. cit. pag. 206 seg.

<sup>72</sup>) L. 17 cit. § 13: *Interdum tamen putamus, et si pater remittat, iniuriarum actionem filio dandam, ut puta si patris persona vilis abiectaque sit, filii honesta: neque enim debet pater vilissimus filii sui contumeliam ad suam vilitatem metiri. ponamus esse eum patrem, cui iure meritoque curator a praetore consti-*

padre non voglia proporla. Quindi ogniqualevolta un figlio di famiglia senza mandato del padre viene ammesso come attore in suo luogo, ciò avviene puramente per considerazioni di opportunità, *causa cognita*<sup>73</sup>); e quando gli era in questo caso concessa talvolta un'*actio suo nomine*, ciò significava soltanto, che nella formula era detto, che l'ingiuria era stata fatta al *figlio*; che il *figlio* aveva depositato o dato in comodato; e così nell'interdetto *Quod vi aut clam*, che l'*opus in solo factum* era stato eseguito contro il divieto del figlio<sup>74</sup>).

Di fronte a ciò sarebbe sommamente strano, se questo medesimo interdetto fosse stato negato al figlio di famiglia per un *clam factum*, come afferma il SAVIGNY<sup>75</sup>).

Ma è veramente questo il senso della L. 13 cit. § 2, che si adduce in proposito? In essa ULPIANO, facendo seguito a quanto è stato sopra riferito, osserva:

---

*tueretur.* — L'affermazione del SAVIGNY, loc. cit. pag. 100 seg., che nei casi, in cui il figlio di famiglia piatisce in nome proprio il parere delle autorità, e in ispecie l'opposizione del padre sia senza influenza, è nella più manifesta contraddizione con chiari ed espliciti precetti delle fonti, che quel dotto non cita nemmeno. Cfr. in contrario UBBELOHDE, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species* (Contributo alla storia dei contratti detti reali aventi per oggetto la restituzione della medesima specie) pag. 26 seg. sotto la lett. c. pag. 29.

<sup>73</sup>) Cfr. L. 18 § 1 D. *de iud.* V, 1. L. 17 D. *de R. Cr.* XII, 1.

<sup>74</sup>) UBBELOHDE, loc. cit. pag. 26 seg. sotto la lett. c. in fine. Perciò io ritengo, che nella sua applicazione concreta quest'interdetto non era concepito nella forma generica: *Quod vi factum est etc.*, ma a un disprezzo così: *Quod vi adversus Aulum Agerium filium familias Lucii Titii factum est etc.* Vedi anche il testo infra. Il LENEL, *Ed. perp.* § 256 pag. 387, non fa menzione di questa aggiunta: certo essa è tanto ineccepibile quanto quella, che si riferisce al luogo e all'autore dell'*opus factum*. Cfr. L. 22 § 4; L. 11 § 6 D. *quod vi* XLIII, 24. LENEL loc. cit. nota 14 seg. Vedi infra § 1838 num. 85 dopo la nota 57.

Sulle differenze tra le azioni del figlio di famiglia *suo nomine* e quelle *patriis nomine* vedi MANDRY loc. cit. pag. 210 seg., segnatamente pag. 207 seg. Resta però dubbio, se di queste differenze il continuare l'*actio suo nomine* a sussistere per il figlio uscito dalla potestà non si limiti alla *actio iniuriarum*. L. 17 cit. §§ 14 e 22. Vedi anche l'opinione particolare dello IHERING, loc. cit. *Jahrbücher für die Dogmatik* (Annali di Dogmatica), vol. XXIII pag. 214 e seg.

<sup>75</sup>) Loc. cit. pag. 126 nota m. Così anche STÖLZEL, loc. cit. pag. 383. PERNICE, loc. cit. pag. 161 e già CUIACIO ed. Neap. VII, 143. Il MANDRY, loc. cit. pag. 208, reputa sia questa l'opinione di LABEONE, abbandonata però al tempo di PAOLO.



*Idem (sc. LABEO) ait, adversus filium familias in re peculiari neminem clam videri fecisse: namque si scit eum filium familias esse, non videtur eius celandi gratia fecisse, quem certus est, nullam secum actionem habere.*

A mio parere il senso di questa osservazione è il seguente. Chi di fronte a un figlio di famiglia compie un atto clandestino in rapporto a una *res peculiaris*, o sa, che ha che fare con un figlio di famiglia, o non lo sa. Nel secondo caso non è tanto la persona del figlio di famiglia, alla quale egli nasconde il suo atto, quanto piuttosto la persona del proprietario o del suo rappresentante, che egli crede di scorgere nel figlio di famiglia. In realtà quindi la clandestinità del suo atto si riferisce al proprietario, cioè in questo caso al padre. Questi perciò acquista l'interdetto precisamente come se la clandestinità avesse avuto luogo direttamente a suo riguardo <sup>76</sup>). Se invece chi fa l'atto clandestino conosce il vero stato delle cose, la clandestinità dell'atto di fronte al figlio di famiglia può avere un significato solo in quanto contiene nello stesso tempo una clandestinità di fronte al padre <sup>77</sup>), e non in quanto si riferisce alla persona del figlio: poichè giuridicamente è cosa già certa fin dal principio, che questi non può avere un diritto di divieto *suo nomine*. Appunto perciò l'interdetto *Quod vi aut clam* non può mai esser basato su di un *clam facere* di fronte al figlio di famiglia come tale. Ma con ciò non è minimamente escluso, che in casi urgenti l'interdetto *Quod vi aut clam* venga accordato al figlio di famiglia per un *clam factum* in forza di un mandato presunto <sup>78</sup>).

<sup>76</sup>) L. 5 § 5 D. *quod vi* XLIII, 24 (ULP., lib. LXX, *rectius* LXXI, *ad ed.*): *Si quis, dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui, non mei causa fecerit, mihi interdictum competere.*

<sup>77</sup>) Cfr. L. 5 cit. § 6: *Idem (sc. SERVIUS cfr. § 3) dicit, et si servi mei vel procuratoris celandi causa factum sit, mihi interdictum competere.*

<sup>78</sup>) Così, come ci dice ULPIANO nella L. 18 § 1 D. *de iud.* V, 1, lo stesso GIULIANO, che secondo ciò che riferisce PAOLO nella L. 9 D. *de O. et A.* XLIV, 7 (vedi sopra nota 67) accorda al figlio di famiglia *suo nomine* soltanto l'interdetto *Quod vi aut clam* e le azioni *iniuriarium*, *depositi* e *commodati*, gli dà *causa cognita* anche le azioni *furti*, *damni iniuria dati*, *mandati*, *pecunias creditae* come *utiles actiones*, queste evidentemente non *suo nomine*, poichè la loro *intentio* aveva per oggetto una pretesa di diritto civile del padre. (Affatto errata

E difatti l'interdetto *Quod vi aut clam* non può considerarsi come *reindictam spirans* già per questa ragione, che fra i suoi presupposti v'è l'interesse patrimoniale dell'attore <sup>79)</sup>, la condanna è diretta a questo interesse patrimoniale <sup>80)</sup>, e l'interdetto non ha più alcun oggetto, quando il danneggiato ottiene il risarcimento per mezzo di un'altra azione <sup>81)</sup>.

Inoltre con ciò solo s'accordano anche le ultime parole della L. 13 § 5 D., *quod vi XLIII, 24*:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*) *et recte dicetur heredi quoque competere (sc. interdictum Quod vi aut clam) et ceteris successoribus, sive antequam successerint, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum* <sup>82)</sup>.

Il SAVIGNY <sup>83)</sup>, limitando invece queste parole, in quanto esse con-

mi sembra l'ipotesi del PERNICE loc. cit. pag. 165, che l'*actio utilis* si debba qui ritenere simile a quelle del cessionario, e che anche il figlio di famiglia sia qui come un *procurator in rem suam*. Eppure il primo caso dell'applicazione dell'*utilis actio* del cessionario, è dato da ANTONINO PIO! L. 16 pr. D. *de pact.* II, 14). La L. 9 cit. non è in contraddizione con quanto è qui sopra esposto nel testo, come non lo è con la L. 13 § 1 D. *quod vi* (cfr. nota 75 in fine): l'interdetto *Quod vi aut clam* assegnato al figlio di famiglia nel primo frammento non è altro che l'interdetto, che gli è dato con l'indicazione complessiva dell'editto in seguito a una *vis adversus filium familias*. Così anche lo STÖLZEL, loc. cit. pag. 339, che cita in proposito la L. 17 D. *quod vi XLIII, 24* (sopra nota 68), la quale evidentemente parla di un *vi factum*. Così dovrebbe pure essere intesa la L. 19 D. *Quod vi XLIII, 24*, se si approva la lezione del manoscritto fiorentino: *Interdictum Quod vi aut clam competere filio familias colono arboribus succis* SABINUS cit. Cfr. del resto anche l'HERING, loc. cit. pag. 219 seg., il quale ammette, che la giurisprudenza abbia più tardi dato al figlio di famiglia l'interdetto *Quod clam* contro l'opinione di LABEONE, affinché egli non restasse senza difesa, quando l'avversario eseguiva l'*opus* durante la sua assenza.

<sup>79)</sup> L. 7 §§ 4, 7; L. 11 §§ 10, 12, 14; L. 13 §§ 3 sq. D. *quod vi XLIII, 24*.

La citazione del fr. 2 § 14 *Quod vi aut clam* in SCHMIDT, pag. 139 nota 8 poggia su un errore di stampa.

<sup>80)</sup> L. 15 §§ 7-9 D. h. t.

<sup>81)</sup> L. 15 cit. § 12 (ULP., lib. LXXI *ad ed.*): *Quia autem hoc interdictum id, quod interest, continet, si quis alia actione fuerit consecutus id, quod interfuit, opus non esse factum, consequens erit dicere ex interdicto nihil eum consequi oportere*. Vedi in proposito SCHMIDT, loc. cit. pag. 139 seg.

<sup>82)</sup> Così il PUCHTA, *Pandekten* § 88 nota c in fine. — VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* (Trattato delle Pandette) vol. I § 145 nota sotto il num. I in fine 7<sup>a</sup> ediz. pag. 215. — STÖLZEL, loc. cit. pag. 382.

<sup>83)</sup> loc. cit. pag. 127 nota r.

cernono il tempo anteriore alla adizione dell'eredità, al caso esaminato al principio del testo, di un *ri aut clam factum* avvenuto *hereditate iacente*, non solo le rende una ripetizione oziosa della decisione già prima data e minuziosamente motivata <sup>83a</sup>), ma disconosce anche il significato delle parole: *sive postea (sc. quam successerint) aliquid sit vi aut clam admissum*. Infatti, a meno che non si voglia sostenere, che contengano la norma così ovvia, che l'erede ha l'interdetto per un *opus in solo* eseguito contro il divieto suo, dichiarato o aspettato, esse non possono significare altro se non che l'interdetto gli spetta per un *opus*, che è stato eseguito contro il divieto espresso o aspettato del defunto, dopo l'adizione dell'eredità. Il dir ciò esplicitamente era tanto più necessario, perchè, com'è noto, l'*operis novi nuntiatio* perde la sua efficacia con la morte del denunziante <sup>83b</sup>). Se dunque il divieto del defunto ha virtù di procacciare l'interdetto all'erede per una violazione avvenuta solo dopo l'adizione dell'eredità, non sarebbe logico il negargli ogni forza a favore dell'erede nel caso, in cui è stato violato, quando viveva ancora colui al quale l'erede è succeduto <sup>83c</sup>). Deve invece tenersi per fermo, che l'*interdictum demolitorium* derivante da una *operis novi nuntiatio* per opere fatte dal denunziato contro il divieto del denunziante in tempo di vita di lui, è trasmissibile <sup>83d</sup>), mentre, come abbiamo già accennato, la *nuntiatio* come tale perde ogni efficacia con la morte del denunziante.

11. Non trasmissibile per l'indole del rapporto patrimoniale, che tutela, è l'interdetto. *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem*

<sup>83 a</sup>) Vedi l'intero frammento sopra pag. 48 (testo tedesco pag. 60) nota 54.

<sup>83 b</sup>) L. 8 § 6 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. Intende la L. 13 § 5 cit. nel senso del testo anche il WINDSCHEID, *Lehrbuch* (Trattato) vol. II § 466 nota 17.

<sup>83 c</sup>) Il SAVIGNY non si dichiara sulle parole in questione; ma la citazione della L. 1 § 6 D. *de iniur.* XLVII, 10 induce a credere, che egli ponga un atto contrario al divieto del defunto, eseguito dopo l'adizione dell'eredità, sulla stessa linea con l'offesa fatta al cadavere del defunto, che quel frammento chiama una *iniuria heredi quodammodo facta*. Ma il motivo, che se ne adduce: *semper heredis interest defuncti existimationem purgare; spectat ad existimationem nostram (sc. heredis), si qua ei (sc. defuncto) fiat iniuria* (L. 1 cit. § 4) non si può applicare per analogia al nostro caso: un atto contro il divieto del defunto non è nemmeno *quodammodo* un atto contro il divieto dell'erede.

<sup>83 d</sup>) L. 20 § 6 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1.

*missa est*. Noi non ne conosciamo il tenore <sup>84)</sup>. È da credere, che esso, conferita la *missio*, ne enunciasse il motivo giuridico; e poichè questo non si verificava per l'erede della donna incinta immessa in possesso, l'intrasmissibilità dell'interdetto risultava direttamente dalle sue parole.

Tra le attività patrimoniali non trasmissibili nell'erede per la loro natura si vuole annoverare anche il possesso. Ora è senza dubbio intrasmissibile il *fatto* del possesso come tale <sup>85)</sup>, cioè, quanto al possesso sulle cose, un certo rapporto materiale tra la persona e la cosa, comprovante una certa volontà <sup>85a)</sup>; quanto alla *iuris quasi possessio*, un certo esercizio del diritto, comprovante una certa volontà <sup>85b)</sup>. Ed è del pari innegabile, che il verificarsi di quel rapporto o di questo esercizio forma il primo e più essenziale requisito per la tutela del possesso mercè gli interdetti. Da ciò non consegue però in verun modo, che gli effetti giuridici una volta fondati in una persona per il verificarsi di quel fatto, e in specie quegli effetti consistenti nel diritto di esser tutelati per mezzo di interdetti, non possano trasmettersi nell'erede come tale <sup>86)</sup>. Il pretore infatti nello stabilire i suoi mezzi di tutela non è partito da un concetto predeterminato di un rapporto giuridico, che egli intendeva tutelare come tale; ma al contrario guidato, come è da ritenere, da considerazioni tutte pratiche, mercè la configurazione dei mezzi di tutela da lui stabiliti, ha dato egli stesso allo stato di fatto divenuto appunto con tale tutela rapporto di diritto (pretorio) anche tutto il suo carattere giuridico <sup>87)</sup>. Appunto negli interdetti possessorii si scorge chiaramente questa particolare funzione del pretore.

<sup>84)</sup> Vedi LENEL, *Ed. perp.* § 231 pag. 364.

<sup>85)</sup> STROHAL, *Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht* (Successione nel possesso secondo il diritto romano e il diritto odierno) Graz 1885 pag. 49 e pag. 154.

<sup>85 a)</sup> STROHAL, loc. cit. pag. 71 segg. pag. 126.

<sup>85 b)</sup> STROHAL, loc. cit. pag. 164 seg. sotto il num. VI.

<sup>86)</sup> Cfr. L. 49 pr. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2: *cum.... plurimum ex iure possessio mutuetur*. STROHAL, loc. cit. pag. 49 segg. pag. 155 segg. pag. 222 segg.

<sup>87)</sup> Cfr. in generale WINDSCHMID, *Die Actio des röm. Civilrechts* (L'actio del diritto civile romano) pag. 3 segg. Lo STESSO, *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther* (L'actio. Difesa contro il Dr. Teodoro Muther).

La protezione degli interdetti è espressamente promessa nell'editto agli *heredes, emptores, bonorum possessores* di colui, che avrebbe potuto da parte sua impetrare l'interdetto *de aqua cottidiana* o *aestiva*:

L. 1 § 29 D., *de aq. cott.* XLIII, 20:

(ULPIAN., lib. LXX, *ad ed.*) *Deinde* <sup>87a)</sup> *ait praetor: « Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto (Item ins. SCHMIDT, loc. cit. pag. 146 seg.) INTER HEREDES (et ins. M.) EMPTORES ET BONORUM POSSESSORES INTERDICAM* <sup>88)</sup>.

Del pari ai *successores* e all'*emptor* di colui, al quale spettava in persona propria l'interdetto *de itinere actuque privato*.

L. 1 cit. § 37:

*Ait praetor: « (Item) inter heredes et emptores et bonorum possessores interdicam ». haec verba non solum ad aestivam aquam, verum etiam ad cottidianam quoque referendū esse sciendum est: nam sicuti DE ITINERE ACTUQUE ET SUCCESSORIBUS DANTUR ET EMPTORI, ita haec quoque danda praetor putavit.*

L. 2 § 3 D., *de interd.* XLIII, 1. PAULUS, lib. LXIII, *ad ed.*: . . . *quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto* <sup>89)</sup>.

Anche senza una tale promessa dell'editto la giurisprudenza pretoria estendeva gli interdetti *de rivis* e *de fonte reficiendo*, e senza dubbio anche quello *de fonte*, ai successori a titolo universale o singolare di coloro, che avevano diritto a tali interdetti in forza di atti proprii di esercizio.

<sup>87 a)</sup> Cioè dopo aver formulato l'interdetto *de aqua cottidiana*. LENEL, *Ed. perp.* § 251.

<sup>88)</sup> Sorprende, che gli *emptores* siano messi fra gli *heredes* e i *bonorum possessores*. Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 149, cerca di spiegare questo fatto storicamente. Egli dice: gli interdetti *de aqua* sono più antichi della *bonorum possessio*; introdotta questa il pretore ha aggiunto nell'editto i *bonorum possessores* alla fine della formula. Ma forse il precedere della parola *emptores* si spiega con la considerazione, che ponendola dopo (*heredes et bonorum possessores et emptores*) sarebbe stato facile riferire l'*emptores* al *bonorum*, che precedeva.

<sup>89)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 147 segg. — LENEL, loc. cit. pag. 384 alla nota 4 seg. Vedi anche L. 2 § 3 D. *si servitus VIII*, 5; L. 5 § 2 D. *de itin.* XLIII, 19.

L. 3 § 7 D., *de riv.* XLIII, 21:

(ULPIANUS, lib. LXX, *ad ed.*), *Isdem autem personis et in easdem interdictum hoc datur, quibus et in quas et de aqua interdicta redduntur. quae supra sunt enumerata (sc. interdicta).*

L. un. § 11 D., *de fonte* XLIII, 22:

(ULPIANUS, lib. LXX, *ad ed.*), *Et omnibus personis dabitur<sup>90)</sup>, quibus permittitur interdictum de aqua aestiva<sup>91)</sup>.*

E la giurisprudenza romana attribuì senza esitare l'interdetto *de itinere actuque privato* come *utile interdictum* anche al donatario<sup>92)</sup>, a colui che riceve una dote<sup>93)</sup>, all'usufruttuario e all'usuuario<sup>94)</sup> di un fondo, in base agli atti di esercizio del donatore, del costituutore della dote, del proprietario; lo volle inoltre dato a colui, che acquista il possesso di un fondo per mezzo di un'altra persona, in base agli atti di esercizio di questa<sup>95)</sup>, e in generale a tutti coloro, che acquistano per negozio giuridico il possesso di un fondo, in base agli atti di esercizio dei loro autori<sup>96)</sup>. Espresso in forma dogmatica ciò

90) Cioè l'interdetto *de fonte reficiendo*, di cui si parla nella L. un. cit. §§ 6 sqq.

91) Vedi in proposito SCHMIDT, loc. cit. pag. 147 seg. nota 21. L'estensione dell'interdetto *de itinere reficiendo* ai successori di colui che vi ha diritto, dichiarata indubitabile da ULPIANO nella L. 5 § 2 D. *de itin.* XLIII, 19, non può essere addotta a questo proposito, poichè quell'interdetto *proprietatis causam continet*.

92) L. 3 § 6 D. *de itin.* XLIII, 19: *Hoc interdictum et ei competit, qui donationis causa fundi vacuum possessionem nactus est.*

93) L. 3 cit. § 9: *Hoc amplius et is, cui dotis causa fundus traditus est, experiri hoc interdicto poterit.*

94) L. 3 cit. § 8: *Sed et si quis usum fructum emit vel usum vel cui legatus est et traditus, experiri hoc interdicto poterit.* L. 2 § 3 D. *si serv.* VIII, 5: POM-  
PONIUS 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 JULIANUS, lib. XLVIII dig. scribit. pro sententia JULIANI facit, quod LABEO scribit, etiamsi testator usus sit, qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.*

95) L. 3 cit. § 7 D. *de itin.* XLIII, 19: *Si quis ex mandato meo fundum emerit, aequissimum est, mihi hoc interdictum dari « ut ille usus est », qui mandato meo emit.*

96) L. 3 cit. § 10: *Et generaliter ex omnibus causis, quae instar habent venditionis vel alterius contractus, dicendum est, hoc interdicto locum fore.*

vuol dire: nelle *servitutes discontinuae* sunnominated gli effetti giuridici degli atti di esercizio dell'autore valgono anche per colui, che è succeduto nel possesso del fondo, pel quale essi sono stati eseguiti; non occorre che il successore faccia egli stesso atti di esercizio, perchè egli acquisti il diritto alla tutela di tali atti; — o con altre parole: il possesso di quelle servitù, nel senso da noi ora datogli di effetto giuridico, cioè di diritto a esser tutelato, si trasmette senz'altro col possesso titolare del *praedium dominans*<sup>97)</sup>. Lo stesso possiamo dire per il possesso di tutte le altre servitù prediali discontinue, per es. per il possesso del diritto di pascolo<sup>97a)</sup>.

Semprechè il possesso di servitù prediali continue è in genere protetto, è affatto ovvio, che tale protezione è accordata al possessore di un fondo come tale anche per il possesso di una servitù di tale specie acquistata da qualsiasi possessore antecedente: lo stato permanente, in cui qui consiste il possesso, forma parte dello stato dello stesso *praedium dominans*; chi ha il possesso di questo possiede necessariamente anche quella servitù<sup>97b)</sup>. È noto del resto che i Romani proteggevano il possesso di servitù prediali continue soltanto nelle servitù affermative<sup>98)</sup>.

Riguardo al possesso delle cose il pretore ha trattato gli interdetti *retinendae possessionis* in modo affatto diverso dagli interdetti *recuperaendae possessionis*. L'interdetto *Uti possidetis* serve solo a colui, il quale (o il detentore del quale) si trovi *presentemente* col fondo controverso in quel rapporto di fatto, che noi chiamiamo possesso, o vi si troverebbe, se l'avversario, che si trova ora in questo rapporto, non glielo avesse sottratto *vi* o *clam* o *precario*. Una disposizione, pur sempre concepibile dal punto di vista legislativo, che autorizzasse l'erede di colui, cui spettava l'interdetto, a reclamare con l'*Uti pos-*

---

97) Così anche lo STROHAL, loc. cit. pag. 192 segg. L'autore è stato ben lieto di trovare quanto questo scrittore espone in completo accordo con la presente disamina dettata già da lungo tempo.

97 a) STROHAL, loc. cit. pag. 219 seg. sotto il num. 7.

97 b) Cfr. G. BOSSERT, *Das Wesen des Servitutenbesitzes nach römischem Recht* (L'essenza del possesso delle servitù in diritto romano) *Tübinger Inaugural-Dissertation* (Dissertazione inaugurale di Tubinga), 1882 pag. 14 sotto.

98) Non è qui il luogo di entrare nella questione del mezzo di tutela.

*sidetis* la consegna del possesso, all'appoggio del rapporto possessorio conservato dal *de cuius* fino alla morte, — sia solo contro l'*iniustus possessor*, sia contro chiunque in seguito ad avvenimenti obbiettivi non giustificati abbia acquistato il possesso — una tale disposizione non è stata sancita dal pretore. E per effetto di questa configurazione assunta dall'*Uti possidetis* il possesso giuridico di un fondo, cioè l'effetto giuridico della protezione interdittale, che si connette al suo rapporto possessorio di fatto, è intrasmissibile per eredità<sup>98a</sup>). Così è per l'interdetto *de superficiebus* trattato analogamente all'*Uti possidetis*<sup>99</sup>). E similmente fu trattato l'*Utrubi*. Con questo in origine veniva protetto solo colui, che aveva posseduto la cosa mobile controversa *maior parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab adversario*; il suo erede come tale non poteva servirsi dell'*Utrubi*<sup>100</sup>). Più tardi, andata in disuso la procedura interdittale, il trattamento giuridico dell'*Utrubi* divenne, com'è noto, completamente uguale a quello dell'*Uti possidetis*. — Del resto il diniego degli interdetti *retinendae possessionis* già nel diritto classico arrecava in pratica solo raramente un danno all'erede. Il più delle volte questi può senza difficoltà mettersi egli stesso in possesso delle cose possedute dal defunto, e allora ha quegli interdetti in persona propria. E, posto sempre che nessun terzo abbia ottenuto il possesso della cosa, continua ad aver effetto per lui il possesso d'usucapione del defunto mercoè la *successio in usucapionem*<sup>1</sup>). Se poi un terzo prima dell'adi-

<sup>98 a</sup>) D'altra opinione è il WIRTE, *Das interdictum Uti possidetis* pag. 84-87, partendo dal concetto, che il *vitium possessionis* esiste di fronte all'erede dell'antico *iustus possessor* nello stesso modo che di fronte a questo. Ma la L. 8 § 1 e la L. 12 § 1 D. *de prec.* XLIII, 26 non provano ciò. Vedi infra num. 11 in fine.

<sup>99</sup>) Cfr. L. 1 § 2 D. *de superf.* XLIII, 18: *Omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur*. Sulla natura possessoria di questo interdetto vedi infra § 1835 a num. 25 alla nota 20 seg.

<sup>100</sup>) E a ciò nulla toglie il fatto, che nel caso, che egli stesso abbia ottenuto il possesso, vi è un'*accessio possessionis* dalla persona del defunto a suo profitto (GAIO, IV, 151); SCHMIDT, loc. cit. pag. 145.

<sup>1</sup>) L. 40 D. *de usurp.* XLI, 3 (NERAZIO); L. 30 pr. D. *ex quib. c. mai.* IV, 6. — Cfr. IHERING, *Ueber den Grund des Besitztshutes* (Sulla ragione della tutela del possesso), 2<sup>a</sup> ediz. pag. 86 seg. WINDSCHIED, *Pand.* I § 156 nota 13. — COBACK, *Der Besitz des Erben* (Il possesso dell'erede), pag. 77. — STROHAL, loc. cit. pag. 47 segg. e segnatamente pag. 229 seg.



zione dell'erede, oppure prima che l'erede stesso lo faccia, prende il possesso *pro herede* o *pro possessore* di una cosa posseduta dal *de cuius* fino alla morte, l'erede può domandare la consegna di questo possesso con l'*hereditatis petitio* <sup>2)</sup>, e può domandarla anzi anche allorché si possa dimostrare, che il defunto era un *iniustus possessor* <sup>3)</sup>; e senza dubbio il *bonorum possessor* aveva a tale scopo l'interdetto *Quorum bonorum*. Solo di fronte a colui, che in forza di un titolo singolare, vero o presunto, ha acquistato, sia pure di suo arbitrio, il possesso di una cosa posseduta dal defunto <sup>4)</sup> venivano meno in origine ambedue le azioni universali: qui si poteva far uso esclusivamente dell'azione singolare ereditaria, cioè di un *petitorium* <sup>4a)</sup>. Tuttavia in seguito a una ben nota costituzione degli imperatori AR-

2) IHERING, loc. cit. pag. 85 segg. È sempre da notare, che possiede *pro possessore* non soltanto chi possiede senza allegare un titolo, ma anche chi scientemente allega un titolo nullo. — FRANCKE, *Esegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektenitel de Hereditatis Petitione* (Commentario esegetico-dogmatico sul titolo *De hereditatis petitione* delle Pandette), pag. 140 segg.

3) L. 19 § 2 D. *de H. P.* V, 3 e su di essa IHERING, *Jahrbücher für die Dogm.* (Annali di Dogmatica), vol. XVII pag. 425.

4) L. 1 § 4 D. *quod legat.* XLIII, 3 e su di essa IHERING, nota loc. cit. pag. 437 nota 2 e LENEL, *Ed. perp.* pag. 362 nota 10.

4a) L'*hereditas iacens* nel diritto romano mancava totalmente di difesa possessoria. STROHAL, loc. cit. pag. 231. Ma la ragione di questo fatto è a mio parere questa, che in esso una *cura hereditatis iacentis* aveva luogo soltanto come conseguenza occasionale della *missio creditorum in hereditatem*; la procura del *curator hereditatis* poteva essere solo una procura limitata, e in ispecie non lo autorizzava a promuovere un giudizio, nemmeno per azioni petitorie. Oggidì invece, che la *cura bonorum* va trattata in modo analogo alla tutela, bisogna attribuire al *curator hereditatis iacentis* come al tutore anche la facoltà di promuovere un giudizio. *Archiv für die Civil-Praxis* (Archivio per la pratica civile), vol. LXI pag. 1-39. Tuttavia è difficile che esista un'intima ragione per restringere tale sua facoltà ai giudizi petitorii. Dovrebbe invece essergli accordata anche una difesa possessoria per le cose possedute dal defunto alla sua morte, e ciò in modo puro e semplice per quelle cose ereditarie, di cui ha preso possesso in forza della sua *cura*; per analogia con l'*hereditatis petitio* per quelle, di cui prende prima possesso un terzo *pro herede* o *pro possessore*, e per analogia con l'interdetto *Quorum bonorum*, di cui tratta il testo più avanti, anche per quelle, che un terzo occupa di proprio arbitrio in base a un titolo singolare. Cfr. anche L. 1 §§ 2 e 3; L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* XLIII, 4. Ma la questione non può essere esaminata più oltre in questo luogo.

CADIO e ONORIO dell'anno 395 l'interdetto *Quorum bonorum* ha luogo anche di fronte a colui, il quale fondandosi su di un titolo singolare s'impone di proprio arbitrio di una cosa, che fa parte dell'eredità; esso ha dunque assunto la funzione di un'azione possessoria <sup>4a)</sup>.

L. un. Cod. Theod. *Quor. bon.* IV, 21:

*Quid iam planius, quam ut heredibus traderentur quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod <sup>4b)</sup> possit tribui de proprietate luctamen? <sup>4bb)</sup> § 1 Constat autem virum ab intestate uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. § 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut, omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora transferuntur, secundaria actione proprietatis non exclusa <sup>5)</sup>.*

Mentre l'erede, come abbiamo veduto, non può ottenere come tale un interdetto *retinendae possessionis* <sup>6)</sup>, per l'interdetto *Unde vi* avviene il contrario: l'erede del *deiectus* può valersene così ampiamente, come avrebbe potuto farlo il *deiectus* stesso.

L. 1 § 44 D., *unde vi* XLIII, 16:

<sup>4a)</sup> IHERING, loc. cit. pag. 86 alla nota 83 b. — Ciò sembra sia sfuggito allo STROHAL, loc. cit. pag. 231 alla nota 92.

<sup>4 b)</sup> i. e. ALIQUOD. HAENEL.

<sup>4 bb)</sup> Cfr. INTERPRETATIO ad h. l.: *Iustum esse decernimus, ut, quodcumque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, petentibus heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit actione servata.*

<sup>5)</sup> I §§ 1 e 2 della L. un. cit. sono compilati in forma più breve che la L. 3 Cod. J. eod. VIII, 2.

Sul contenuto di questa legge cfr. frattanto WINDSCHEID, *Pand.* III § 617 alla nota 4 e *Archiv für die Civil. Praxis* (Archivio per la pratica civile), vol. LXX pag. 42 segg.; ne faremo un esame più minuto al titolo 2 di questo libro. — Rimetto a quel luogo anche la confutazione dello PFERSCHÉ, *Prätorische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto privato), Erlangen 1886, il quale a pag. 288 seg. difende di nuovo l'opinione, secondo la quale la massima stabilita nella L. 3 cit. sarebbe diritto antico.

<sup>6)</sup> Il quale per lui sarebbe *adipiscendae possessionis*, precisamente come son tali gli interdetti di cui abbiamo già prima parlato (alla nota 88 segg.) *de aqua, de rivis, de fonte reficiendo*, che ha l'erede in base ad atti di esercizio della servitù eseguiti dal defunto, SCHMIDT, loc. cit. pag. 150. — STROHAL, loc. cit. pag. 194 seg. Cfr. infra nota 8 e infra § 1835 b num. 32 alla nota 17 e seg.

(ULPIANUS, lib. LXIX *ad ed.*) *Hoc interdictum et heredi et ceteris successoribus competit.*

Eppure l'erede non succede nè nel rapporto di fatto del possesso del defunto, nè nel fatto della sua espulsione<sup>7)</sup>. E questa trasmissione degli effetti giuridici di un possesso sottratto con una *vis* avviene, malgrado che il testo dell'interdetto formulato nell'editto « non si attagli così com'è a un passaggio nell'erede dell'espulso ». Esso fu trasformato a bella posta per l'erede<sup>8)</sup>. È ovvio, che questo trattamento dell'*Unde vi* non può spiegarsi col dire, che l'espulsione fonda un'obbligazione *ex delicto* attiva e trasmissibile all'erede: all'opposto l'esistenza di una tale obbligazione può derivarsi soltanto da quel trattamento. — Non solo questo interdetto è trasmissibile in quanto riguarda il possesso delle cose, esso è anche trasmissibile nel caso di illecito impedimento dell'esercizio dell'usufrutto.

L. 3 § 17 D., *Unde vi* XLIII, 16:

(ULPIANUS, lib. LXIX *ad ed.*) *Qui usufructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur, heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usufructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur.*

E ciò malgrado che il diritto di usufrutto si estingua irreparabilmente con la morte dell'usufruttuario.

Chi reputa l'interdetto *de precario* un interdetto possessorio deve far qui a suo riguardo le stesse osservazioni fatte per l'interdetto *Unde vi*. L'uso di quest'interdetto per l'erede e gli altri successori a titolo universale del *precario dans* aveva luogo senza modificazione della formula pubblicata, in forza dell'argomento, senza dubbio al-

7) SCHMIDT, loc. cit. pag. 150 seg.

8) SCHMIDT, loc. cit. Nell'editto di ADRIANO la formula per la *vis non armata* era così concepita secondo LENEL, *Ed. perp.* pag. 373: *Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas*; quella per la *vis armata* secondo LENEL, loc. cit. pag. 375: *Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque illum ibi habuit, restituas*. — La modificazione della formula per gli eredi fa di questi interdetti *recuperandae possessionis* dei veri e proprii interdetti *adipiscendae possessionis*.

quanto arbitrario, che una cosa data in precario dal defunto è come data in precario anche dall'erede.

L. 8 § 1 D., *de precario* XLIII, 26:

(ULPIANUS, lib. LXXI *ad ed.*). *Quod a Titio precario quis rogavit id etiam ab herede eius precario habere videtur: et ita et SABINUS et CELSUS, scribunt eoque iure utimur. ergo et a ceteris successoribus* <sup>9)</sup> *habere quis precario videtur. idem et LABEO probat et adicit etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere.*

L. 12 § 1 *eod.* (CELSUS, lib. XXV *dig.*). — — *Precario rogatio et ad heredem eius, qui concessit, transit etc.* <sup>10)</sup>.

12. Il tenore degli interdetti creati a tutela di attività patrimoniali trasmissibili non presenta alcun ostacolo alla loro applicazione per gli eredi di chi aveva originariamente diritto all'interdetto. Perciò o non designa in genere i requisiti subbiettivi dell'emanazione dell'interdetto, e allora basta pienamente che i requisiti obbiettivi in esso indicati abbiano effetto per la persona dell'erede; oppure enuncia i requisiti subbiettivi del diritto all'interdetto, ma questi si considerano esistenti anche nell'erede.

Sono della prima specie <sup>11)</sup>, nell'ordine dell'editto, gli interdetti *de tabulis exhibendis*, *Quod vi aut clam, demolitorium ex operis novi nuntiatione* <sup>12)</sup>, e l'interdetto *Ne vis fiat aedificanti* dopo che è stata prestata la *satisfactio* per l'eventuale demolizione dell'edificio illecitamente costruito. Tali interdetti suonano, secondo il LENEL:

<sup>9)</sup> S'intende parlare solo dei successori universali, come risulta dalla L. 8 cit. § 2. *Illud tamen videamus, quale sit, si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero, an precarium duret, re ad alium translata. et magis est, ut, si ille non revocet, posse interdiceri, quasi ab illo precario habeas, non quasi a me: et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicit (et magis est, ut, si ille non revocet et si passus est aliquo tempore precario habere, recte interdicit (del. posse . . . . me item a se M.), quasi a se precario habeas.*

<sup>10)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 143.

<sup>11)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 140 fino 142.

<sup>12)</sup> Questo però a condizione, che l'atto contrario alla nunciazione sia avvenuto quando il nuziante era ancora in vita; giacchè con la sua morte cessa l'efficacia della *nuntiatio*. L. 8 § 6 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. SCHMIDT, pag. 140 seg. nota 11.

*Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisset dicetur etc.*<sup>13)</sup>.

*Quod vi aut clam factum est etc.*<sup>14)</sup>.

*Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret etc.*<sup>15)</sup>.

*Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisfatum est, quod eius cautum sit etc.*<sup>16)</sup>.

La trasmissibilità nell'erede ci è attestata espressamente per i tre primi<sup>17)</sup>, forse anche per l'ultimo<sup>17a)</sup>.

Con questi vanno annoverati anche gli interdetti popolari concepiti impersonalmente, ogni qualvolta essi sono *quasi privata* a cagione di un interesse dell'attore trasmissibile nell'erede<sup>17b)</sup>.

Come esempio della seconda specie lo SCHMIDT<sup>18)</sup> adduce gli interdetti *Quorum bonorum*<sup>19)</sup>, *de aqua ex castello ducenda*, ove la concessione della derivazione d'acqua sia stata data come diritto reale<sup>20)</sup>, e *de migrando*<sup>21)</sup>. Essi, secondo il LENEL, suonano:

*Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est etc.*<sup>22)</sup>;

13) LENEL, *Ed. perp.* § 232 pag. 364.

14) LENEL, § 256 pag. 387.

15) LENEL, § 257 sotto il num. 2 pag. 388.

16) LENEL, loc. cit. sotto il num. 3 pag. 389.

17) L. 3 § 16 D. *de tab. exh.* XLIII, 5: *Interdictum hoc — heredi ceterisque successoribus competit.* L. 13 § 5 D. *quod vi* XLIII, 24 (vedi sopra num. 9 nota 54 pag. 48 (Ediz. ted., pag. 60)); L. 20 § 6 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1: *Hoc interdictum (demolitorium) — heredi ceterisque successoribus competit.*

17 a) L. 20 cit. § 16: *Hoc interdictum (Ne vis fiat aedificanti) — heredi ceterisque successoribus competit.* Confronta del resto infra § 1837 b numero 77 alla nota 11 a.

17 b) Per es. l'interdetto *Ut via publica ire agere liceat.* Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 20 (testo tedesco pag. 27) nota 63.

18) loc. cit. pag. 144 seg.

19) Cfr. sopra num. 9 alla nota 53 pag. 47 (testo tedesco pag. 60).

20) L. 1 § 43 D. *de aqua* XLIII, 20: *Et datur interdum (sc. ius aquae ex castello ducendae) praediis, interdum personis. quod praediis datur, persona extincta non extinguitur etc.* Allora l'interdetto spetta anche all'acquirente a titolo singolare del fondo dominante.

21) La trasmissibilità attiva nell'erede sembra attestata espressamente dalla L. 1 § 6 D. *de migr.* XLIII, 32: *Hoc interdictum — successoribus dabitur.* Tuttavia cfr. infra § 1837 num. 67 alla nota 42.

22) *Ed. perp.* § 227 pag. 361 seg.

*Quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est etc.*<sup>23)</sup>;

*Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitatonem, qua de agitur, introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent etc.*<sup>24)</sup>.

Anche dell'erede di colui, al quale spettava originariamente l'interdetto, si può dire: *illi possessio data, aquam ducere — permissum est, inter eum et actorem convenit*, perchè appunto quei rapporti giuridici fondati pel defunto sono trasmissibili per eredità.

Per un altro esempio dello SCHMIDT, l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* (o meglio gli interdetti *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa, e damni infecti in possessionem missus est*)<sup>25)</sup>, la formula dell'interdetto non ci è pervenuta; tuttavia si può ritenere, che essa accennasse alla *missio* conferita e al suo motivo giuridico. Ora quando questo motivo giuridico consiste nell'assicurazione eventuale di legati non ancora devoluti, è evidente, che non si può parlare di una trasmissione dell'interdetto; mentre là, dove i legati, che abbisognano dell'assicurazione, son già devoluti, e del pari nel caso del *damnum infectum*, il motivo giuridico della *missio* e dei suoi effetti, che non sono punto strettamente personali, si trasmette nell'erede e per conseguenza si trasmette anche l'interdetto.

Qui vanno inoltre posti, giusta il loro tenore a noi noto, gli interdetti *Quod legatorum*<sup>25)</sup>, *de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando,*

<sup>23)</sup> Ivi § 251 in fine pag. 385.

<sup>24)</sup> Ivi § 265 pag. 393.

<sup>25)</sup> Lo SCHMIDT, pag. 144 num. 3. non distingue questi due interdetti, perchè egli a pag. 307 seg. num. 5 attribuisce a tutti gli immessi nel possesso un interdetto in concorrenza con un'*actio in factum*, la quale è in realtà, tranne che per la *ventris nomine missa*, l'unico mezzo di difesa giuridica degli altri immessi — LENEL, *Ed. perp.* § 216 pag. 341. — La L. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* XLIII, 4 ULP. lib. LXXII *ad ed. (rectius: lib. LXII. LENEL, Ed. perp. pag. 341 nota 8; citata dallo SCHMIDT, pag. 144 num. 3 come prova della trasmissibilità attiva nell'erede, tratta dell'actio in factum, risp. della sponsio ex interdicto reddito. Vedi infra § 1837 b num. 67 alla nota 45 segg. § 1837 b num. 77 alla nota 13.*

<sup>26)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 143 num. 6, pone questo interdetto nella prima classe, poichè della formula considera solo le parole « non ex voluntate

*Ne quid in loco publico fiat etc., qua ex re quid alteri damni detur, de loco publico fruendo, de cloacis privatis, de remissione operis novi nuntiationis, de glande legenda e l'interdictum fraudatorium* <sup>27)</sup>. La loro norma è espressa, secondo il LENEL, con le parole:

*Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides etc.* <sup>28)</sup>;

*Quo quare illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo cave mortuum inferre et ibi sepelire liceat etc.* <sup>28a)</sup>;

*Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat etc.* <sup>28b)</sup>;

*Ne quid in loco publico facias inre eum locum immittas, qua ex re illi damnum detur etc.* <sup>29)</sup>;

*Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alieni locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat etc.* <sup>30)</sup>;

*Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat etc.* <sup>30a)</sup>;

*Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat etc.* <sup>31)</sup>;

*Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet etc.* <sup>32)</sup>;

*Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet etc.* <sup>33)</sup>;

*Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat etc.* <sup>34)</sup>;

*eius, ad quem ea res pertinet* » (L. 1 § 11 D. *quod legat.* XLIII, 3). Vedi invece infra nel testo alla nota 28 la norma dell'interdetto *ivi* enunciata. — La trasmissibilità nell'erede è attestata nella L. 1 § 3 D. *eod.* (sopra num. 9 nota 52 pag. 47 (testo tedesco pag. 60).

<sup>27)</sup> Anche questo interdetto pone lo SCHMIDT, pag. 142 num. 4 nella prima classe, cambiando nella nota 13 col GEBAUER, le parole « *actio ei* » in « *actionem* ». Cfr. infra n. 135. La trasmissibilità attiva è attestata dalla L. 10 § 25 D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8: *Haec actio* (interpolato per *hoc interdictum heredi ceterisque successoribus competit etc.*

<sup>28)</sup> *Ed. perp.* § 228 pag. 363.

<sup>28 a)</sup> *Ed. perp.* § 236 pag. 366.

<sup>28 b)</sup> *Ivi* pag. 367.

<sup>29)</sup> *Ed. perp.* § 237 num. 1.

<sup>30)</sup> *Ivi* § 239 pag. 368.

<sup>30 a)</sup> *Ivi* § 254 pag. 386.

<sup>21)</sup> *Ivi* § 257 num. 1 pag. 388.

<sup>32)</sup> *Ivi* § 259 num. 1 pag. 390.

<sup>33)</sup> *Ivi* num. 2 pag. 390.

<sup>34)</sup> *Ivi* § 260 pag. 390.

*Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit: ea illi, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esse oportet* <sup>35)</sup> etc. <sup>36)</sup>).

Non occorre dimostrare, come qui i requisiti subbiettivi del diritto all'interdetto si trasmettano, o per lo meno possano trasmettersi nell'erede <sup>37)</sup>).

A questi interdetti bisogna aggiungere anche gli interdetti popolari sopra <sup>38)</sup> esaminati *Ut via publica etc. ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat e de ripa munienda* ogniquialvolta assumano il carattere di *interdicta quasi privata* <sup>39)</sup>, inquantochè anch'essi designano la persona dell'attore, come quella, a cui l'andare, il riparare, il navigare, ecc. deve rimaner libero. Il sapere, se l'interesse privato, a cagione del quale il defunto avrebbe potuto ottenere l'interdetto, sussiste anche nel suo erede, è naturalmente una questione di fatto da risolversi caso per caso; e la si dovrà risolvere affermativamente ogniquialvolta quell'interesse sia fondato su rapporti trasmissibili per eredità, per es. sulla proprietà di fondi limitrofi.

Sono altresì da annoverare con questi gli interdetti *possessorium* e *sectorium* creati sul modello del *Quorum bonorum* <sup>40)</sup>; presumibilmente anche il *Salvianum*, se si può col LENEL <sup>41)</sup> concludere da quanto riferisce GAIO <sup>42)</sup> *de rebus coloni, quas is... pignori futuras pepigisset*, che il fatto del pignoramento, analogamente all'interdetto *de migrando*, è stato espresso nella formula, a un dipresso con le

<sup>35)</sup> Il MOMMSEN, propone: *competet esse oportet*. Si parla della cosiddetta *Pauliana*.

<sup>36)</sup> LENEL. loc. cit. § 268 pag. 392.

<sup>37)</sup> Nell'interdetto *Ne quid in loco publico* può darsi che il *damnum temuto* si fondi su rapporti puramente personali; allora è esclusa la trasmissione per eredità. Gli interdetti *de mortuo inferendo* e *de sepulchro aedificando* si trasmettono all'erede solo quando il diritto di sepoltura sia in sè trasmissibile, o quando la questione si aggiri su di un *locus purus*.

<sup>38)</sup> Num. 8 pag. 43 (testo tedesco pag. 54).

<sup>39)</sup> Ivi pag. 44-45 (testo tedesco pag. 56) e § 1833 num. 3 pag. 20-21 (testo tedesco pag. 27) nota 63.

<sup>40)</sup> GAIO, IV, 145 sq.

<sup>41)</sup> Pag. 391 sotto il num. 3.

<sup>42)</sup> IV, 147.



parole: *ex his rebus, de quibus inter se et actorem convenit, ut — pignori tibi — essent.*

Annovererei in questa seconda classe anche gli interdetti *Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum, Quam servitutem.* È da credere, che la loro formula, che non ci è pervenuta, contenesse a un dispresso le parole: *quam (quem) ille a te petere (vindicare) vult.*<sup>43)</sup> E queste parole, eccettuato naturalmente l'interdetto *Quem usumfructum*, potevano applicarsi all'erede, di chi aveva originariamente l'interdetto, come a costui medesimo.

Finalmente bisogna porre qui l'interdetto *de precario*, se esso non è un interdetto possessorio<sup>41)</sup>.

§ 1835 a.

b) Secondo la forza della decisione:

*interdicta, quae proprietatis causam continent, et interdicta, quae possessionis causam continent.*

13. La L. 2 § 2 D. h. t. (PAUL. lib. LXIII *ad ed.*) dice:

*Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato (reficiendo ins.): nam proprietatis causam continet hoc interdictum sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent, item illa (de liberis exhibendis del.), quae iuris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae interdicta (si et interdicta quaedam, quae M.) ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habent.*

La distinzione enunciata in questa legge è stata finora per lo più male intesa, perchè i termini in essa adoperati di « *proprietas* » e « *veluti proprietas* » da una parte e « *possessio* » dall'altra hanno fuorviato gli studiosi richiamandoli a concetti, i quali non corrispondono esattamente all'essenza di essa distinzione.

<sup>43)</sup> *Quem fundum ille a te vindicare vult* per l'interdetto *Quem fundum.* LENEL, § 238 sotto il num. 1.

<sup>41)</sup> Cfr. sopra pag. 65 (testo tedesco pag. 84 seg.) num. 11 in fine.

È bensì vero, che tutti gli interdetti, cui fondamento giuridico è il possesso o il quasipossesso, come tale, hanno anche *possessionis causam* nel senso qui voluto; ma è assolutamente un errore il dedurne, seguendo l'opinione dominante <sup>1)</sup>, che tutti quelli, cui fondamento giuridico è qualche cosa di diverso dal possesso o dal quasipossesso, segnatamente quindi gli interdetti *adipiscendae possessionis*, abbiano per contro « *proprietas causam* ». L'erroneità di questa opinione appare manifesta già da ciò, che gli interdetti *de aqua, de itinere actuque privato, de rivis, de fonte refluciendo*, basati esclusivamente sul quasipossesso dell'autore, sono per l'avente causa *adipiscendae possessionis* <sup>2)</sup>; e risulta inoltre dal fatto <sup>3)</sup>, che gli interdetti puramente processuali *Quem fundum* e *Quam hereditatem* son detti espressamente *tam adipiscendae quam recipiendae possessionis* <sup>4)</sup>.

Lo SCHMIDT <sup>5)</sup> intende la distinzione nel modo seguente: « Tutti gli interdetti compresi sotto il nome di *rei persecutionem continentia* hanno questo carattere comune, che essi fanno dipendere l'obbligo da un diritto corrispondente, sia da un diritto privato spettante all'attore, sia da un diritto di tal natura, che può parificarsi a un diritto privato. Essi formano perciò il contrapposto alla gran maggioranza degli interdetti. Perocchè questi si basano su fatti, che solo con la tutela degli interdetti vengono innalzati alla sfera del diritto: gli interdetti *rei persecutionem continentia* invece sono fondati su diritti, che sono tali indipendentemente dagli interdetti ».

Non ci fermeremo qui a vedere, se la differenza puramente storica, presa qui per punto di partenza, tra rapporti, che sono diritti anche

<sup>1)</sup> Vedi per es. KELLER, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana) § 75 nota 871. — BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess* (Procedura civile) vol. II § 98 pag. 350.

<sup>2)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 91, pag. 150 alla nota 27. Vedi sopra § 1835 num. 11 alla nota 88 segg. pag. 58 (testo tedesco pag. 74) segg.

<sup>3)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 91. Vedi anche PUCHTA, *Istituzioni* § 225 nota d.

<sup>4)</sup> ULPIANO, *Inst. fragm. Vindob.* Nr. IV (ed. Krueger): — *adipiscendae quam recipiendae possessionis, qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem. nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem.*

<sup>5)</sup> loc. cit. pag. 86.

prescindendo dalla tutela degli interdetti, e rapporti che sono diritti soltanto in forza di questa tutela, entri in genere nelle vedute dei giuristi romani.

Certo è che, se elemento essenziale di un diritto privato subbietivo è la protezione giuridica accordatagli, non si può ben comprendere, come, in mancanza d'ogni protezione giuridica tranne appunto quella degli interdetti, i rapporti dei *loca sacra et religiosa* <sup>6)</sup> e quelli dei *flumina publica* <sup>7)</sup> si possano chiamare rapporti giuridici facendo astrazione dalla protezione interdittale; eppure la L. 2 § 2 cit. annovera espressamente gli interdetti *de locis sacris et de religiosis* tra i *veluti proprietatis causam continentia*; ed è per lo meno sommamente improbabile, che i Romani in contrapposizione agli interdetti *de locis publicis*, che secondo quella distinzione hanno *proprietatis causam*, abbiano attribuito *possessionis causam* agli interdetti *de fluminibus publicis*.

Nè riesco a capire, come la denominazione *rei persecutionem continentis* possa essere appropriata per quegli interdetti, che conducono a una decisione avente forza di cosa giudicata sul diritto stesso, su cui son fondati <sup>8)</sup>. Perocchè avendo anche gli *interdicta, quae possessionis causam continent*, per effetto una decisione con forza di cosa giudicata sul punto controverso in essi discusso, potrà ammettersi,

<sup>6)</sup> L. 23 § 1 D. *de R. V.* VI, 1 (PAUL. lib. XXI *ad ed.*): *Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt.* A. PERNICE, *Labeo* vol. I pag. 258 seg.

<sup>7)</sup> Dei quali ultimi del resto non fa menzione lo SCHMIDT, nella divisione degli interdetti, della quale parliamo. È difficile, che abbia voluto annoverarli tra i *loca publica*, poichè egli a pag. 90 attribuisce agli interdetti stabiliti pei *loca publica* una *vera proprietatis causa*, questi beni territoriali appartenendo al popolo: ciò che malgrado la L. 1 pr. D. *de interd.* XLIII, 1 non può dirsi pei *flumina publica*, specialmente se si traduce « *alicuius esse* » di quel frammento con « essere nella proprietà di qualcuno ». SCHMIDT, loc. cit. nota 17. Cfr. sopra § 1834 num. 6 pag. 30 (testo tedesco pag. 39). Pare che lo SCHMIDT del resto non riconosca la necessità della tutela giuridica per diritti privati, poichè egli dice a pag. 90 nota 16: « ... non v'è qui (cioè per i *loca publica*) nessuna *actio*, a cui si possa ricorrere. — Precisamente perchè questa proprietà del popolo mancava di tutela giuridica, furono introdotti gli interdetti in discorso ».

<sup>8)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 86.

che quella denominazione abbia il senso, che le si attribuisce, soltanto se in essa *res* significhi appunto un rapporto giuridico indipendente dalla protezione interdittale. Ora io non trovo nel linguaggio delle fonti nemmeno il più piccolo appiglio per poter accettare un tal singolarissimo significato.

A mio parere la distinzione deve rendersi con le denominazioni di « mezzo provvisorio » e « mezzo definitivo ».

La « *possessionis causa* » abbraccia principalmente tutti i rapporti, pei quali con l'interdetto, che li tutela, si può ottenere solo una decisione, che malgrado la sua forza di cosa giudicata, può essere impugnata nella sua efficacia reale da parte di chi è rimasto perditoro nel procedimento interdittale, con un altro mezzo processuale; come per es. nell'interdetto *retinendae possessionis*, in cui l'effetto della decisione avente forza di cosa giudicata può esser distrutto dalla successiva *rei vindicatio* di colui, che è stato condannato in base all'interdetto. Se, come non è improbabile, gli interdetti possessorii veri e proprii rappresentano il caso più antico di questa categoria, oppure il caso di gran lunga più importante fra i casi più antichi, è facile comprendere come si sia desunta da essi quella denominazione divenuta certo assai più comprensiva. E di rincontro si spiega così con pari facilità l'espressione quasi ancora meno calzante di « *proprietas causa* »: la decisione definitiva dell'azione di proprietà contrapposta alla decisione provvisoria dell'interdetto possessorio ha indotto a dar quel nome all'altra classe di interdetti, che come quell'azione conduce a un giudicato definitivo <sup>9)</sup>. Che del resto agli stessi Romani non sia sfuggita l'improprietà di questa denominazione, ce lo mostra l'espressione « *VELUTI proprietatis causa* » usata per gli interdetti *de locis sacris et religiosis* e *iuris tuendi causa proposita* appartenenti a questa categoria. E va segnatamente notato, che PAOLO nella L. 2 § 2 cit. per gli *interdicta, quae proprietatis et veluti proprietatis causam continent* usa in primo luogo le parole « *rei*

---

<sup>9)</sup> Nello stesso modo le denominazioni in uso oggidì per questa distinzione, « *possessorio* » e « *petitorio* », provengono dalla contrapposizione di lite sul possesso a lite sulla proprietà. Io le eviterei, per non dare ansa al malinteso, che la distinzione abbia radice nella differenza tra *possesso* e *diritto*.

*persecutionem continent* », denominazione che deve essere solo chiarita, non fondata, dalla sua correlazione con *proprietas* e *relati proprietatis causa*.

Appunto quel « *rei persecutionem continent* » potrebbe additarci il vero carattere distintivo degli interdetti in discorso. È evidente che qui col *rem persequi* vien designato qualche cosa di diverso, che nelle note divisioni delle azioni in *rei* e *poenae persequendae causa comparatae*<sup>10)</sup>: altrimenti gli *interdicta possessionis causam continentia* dovrebbero appartenere nella loro totalità alle *actiones poenales*. E non è certo questo il caso, sia che si prenda l'*actio poenalis* nel senso di una cosiddetta azione penale bilaterale, sia che la si prenda nel senso di una cosiddetta azione penale unilaterale; in ispecie tutti gli interdetti proibitorii, siano essi *proprietas causam* o *possessionis causam continentia*, fatta astrazione naturalmente dalla *poena sponsionis*, sono repersecurorii sotto ambedue gli aspetti. Nell'espressione « *rei persecutio* » della L. 2 § 2 cit. non è il concetto della *res*, in realtà senza oggetto, che si vuole accentuare, bensì il concetto della *persecutio*: per essa s'intende la trattazione a fondo di un conflitto; in altri termini si vuol con essa designare la natura definitiva della decisione<sup>10a)</sup>.

Si arriva del resto allo stesso risultato anche ove *res* venga qui inteso in un senso in un certo modo affine a quello, che ha nelle espressioni « *bonorum possessio cum re* e *sine re* »<sup>10b)</sup>, nel senso di « *effectus* », cioè di « *effetto definitivo* ».

<sup>10)</sup> Cfr. SAVIGNY, Sistema vol. V pag. 42 segg.

<sup>10 a)</sup> Un senso analogo ha l'espressione *parta ex causa iudicati* PERSECUTIO contrapposta a *initium alterius petitionis* nella L. 40 pr. D. de min. IV. 4. Forse lo stesso senso dell'*exigere*, dell'*actio iudicati*, cioè dell'esecuzione materiale, ha anche l'espressione *persecutio* nelle locuzioni così frequenti: « *petitio persecutio* » « *actio petitio persecutio* » della *lex Urson.* c. LXXIV, LXXV, LXXXI, XCII, XCIII, CIHI, CXXV, CXXVI, CXXVIII, CXXIX, CXXX, LXXXI, CXXXI, CXXXII e della *lex Malac.* c. LVIII, LXII, LXVII (Da una Notizia di O. E. HARTMANN). Il MOMMSEN, *Ephemer. epigr.* vol. II, pag. 121, stima l'intero cumulo di termini un'interpolazione; e con lui il BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di Storia del diritto), vol. XII pag. 118 seg. È contrario l'HUSCHKE, *La mulla*, pag. 550. — Rispetto alla lingua si confronti il *peragere* in PLIN. *Epp.* III, 9, 30 (vedi infra § 1838 num. 88 nota 40) e in GAIO, IV, 141.

<sup>10 b)</sup> ULPIANO, XXIII, 16. XXVIII, 13.

Come mezzo processuale definitivo deve poi considerarsi non soltanto quello, che importa sempre e necessariamente una decisione con effetti indistruttibili, ma ogni mezzo, la cui discussione in giudizio possa condurre a una decisione di tale sorta, anche se in pratica ciò accada solo perchè a domanda dell'avversario vien deciso nel medesimo giudizio anche sul rapporto giuridico, che potrebbe altrimenti dare occasione a impugnare con una lite successiva gli effetti pratici della decisione pronunziata su quel mezzo processuale. Così la *rei vindicatio* è senza dubbio un mezzo definitivo, sebbene il convenuto, che preferisce di non far uso dell'*exceptio rei venditae et traditae*, che gli compete, possa distruggere gli effetti economici della *rei vindicatio* per mezzo del diritto di credito, che egli ha per la cosa da lui consegnata all'avversario vincitore in seguito alla sentenza <sup>11)</sup>: imperocchè nulla impedisce al convenuto di provocare una decisione definitiva su tutto il rapporto giuridico esistente tra lui e l'attore riguardo all'oggetto della lite, proponendo un'eccezione o un'azione riconvenzionale fondata su questo suo diritto di credito <sup>12)</sup>. La soluzione della nota controversia sulla natura possessoria o petitoria dell'interdetto *Quorum bonorum* nel diritto classico (o meglio: sulla sua efficacia provvisoria o definitiva) dipenderà dunque semplicemente dal sapere, se il convenuto potesse o no nel corso del processo far valere il suo diritto poziore di successione civile. Abbiamo già veduto incidentalmente, che nel diritto dell'epoca più tarda egli non poteva fare appello alla proprietà o ad altro diritto singolare su cose dell'eredità da lui possedute <sup>13)</sup>.

Tra gli *interdicta quae possessionis causam continent*, come contrapposto a quelli, *quae rei persecutionem continent*, dovremo annoverare anche quegli interdetti, i quali, se hanno un effetto, che non può esser distrutto da un altro mezzo processuale, di per sè stessi però

<sup>11)</sup> L. 18; L. 73 D. *de evict.*, XXI, 2.

<sup>12)</sup> Prescindendo dall'eccezione di compensazione fino all'ammontare del credito dell'attore, il convenuto può oggidì ottenere da parte sua una decisione avente forza di cosa giudicata sulla sua contropotesa soltanto per mezzo di un'azione in riconvenzione. *Civilprozessordnung* (Codice di proc. civ.) § 293 messo in correlazione col § 253.

<sup>13)</sup> Vedi § 1835 num. 11 pag. 63 seg. (testo tedesco pag. 81 seg.)

non servono che di preparazione al vero scopo dell'attore, come per es. l'interdetto *de tabulis exhibendis*; e così pure quegli interdetti, che perseguono uno scopo passeggero, che tutelano uno stato meramente interemistico, quali sono gli interdetti tendenti all'assicurazione di una *missio in bona o in rem*, dovesse anche questo stato interemistico aver termine senza l'applicazione di uno speciale mezzo processuale. Anche per queste due specie di interdetti la denominazione di « provvisorii » non parmi disadatta, inquantochè essi appunto non mirano a nulla di definitivo.

14. Nell'assegnare a ciascun interdetto il suo posto in una di queste due classi il criterio da noi seguito nel definirle ci impedisce di giovare in tutto delle opere precedenti di altri autori; specialmente lo SCHMIDT, per la diversità della sua distinzione, qui ci vien meno interamente.

Desumiamo direttamente dalle fonti che *rei persecutionem continent*:

l'interdetto *de itinere actuque privato reficiendo* (N. d'ordine 36 dell'enumerazione a pag. 24-29, num. 5);

gli interdetti *de locis sacris et religiosis* (N. 9 e 10);

gli interdetti *iuris tuendi causa proposita* (N. 55, 56 e 57)<sup>14</sup>.

La necessità di dimostrare nei primi di questi interdetti il diritto della servitù di passaggio, e per conseguenza di provocare una decisione definitiva sul rapporto litigioso, in modo che il magistrato debba pronunciarsi su questo diritto, e non è solamente per la mancata prova dell'esercizio del diritto che vien respinto l'attore, ci è attestata anche espressamente nella:

L. 3 §§ 11, 13, 14 D., *de itin. act. priv.* XLIII, 19:

(ULPIANUS, lib. LXX *ad ed.*). *Ait praetor*: « *Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio (illi leg.) usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset (est leg.), reficias, vim fieri veto etc.* » § 13: *Hoc autem a superiori (sc. interdicto de itinere actuque privato) distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et ius sibi esse reficiendi oporteat (docet, apparet M.)*

<sup>14</sup>) L. 2 § 2 cit. h. t. (vedi sopra num. 13 in principio del § pag. 70 (testo tedesco pag. 92)) messo in correlazione col § 1 eiusd. leg.

*ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum et ei servitutem competere: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit, neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem. § 14: Fieri autem (item scr. M.) potest, ut qui ius eundi habeat et agendi, reficiendi ius non habeat, quia in servitute constituenda cautum sit, ne ei reficiendi ius sit, aut sic, ut, si velit reficere, usque ad certum modum reficiendi ius sit: merito ergo ad refectionem se praetor rettulit: « ut tibi », inquit, « ius est, reficias ». « uti ius est » hoc est sic, uti per servitutem impositam licet.*

Da questo frammento si vede che a ragione la Glossa ha inserito nella L. 2 § 2 cit. dopo « *actuque privato* » la parola « *reficiendo* » evidentemente tralasciata per inavvertenza <sup>15)</sup>.

Del pari per gli interdetti *de liberis exhibendis e ducendis*, giusta il loro stesso tenore <sup>16)</sup>, ci è attestato, che il rapporto di potestà, su cui poggia la pretesa dell'attore, doveva esser dimostrato.

L. 1 § 1 D., *de lib. exhib.* XLIII, 30:

(ULPIANUS, lib. LXXI *ad ed.*). *Hoc interdictum proponitur adversus eum quem quis exhibere desiderat eum, quem in potestate sua esse dicit. et ex verbis apparet ei, cuius in potestate est, hoc interdictum competere.*

L. 3 § 1 *ead.*:

(ID. l. c.). *Hoc autem interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet ius ductionis* <sup>17)</sup>.

<sup>15)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 85 alla nota 9 pag. 92 seg.

<sup>16)</sup> Vedi sopra pag. 48 (testo tedesco pag. 61) alla nota 55. — L. 1 pr.; L. 3 pr. D. *de lib. exh.* XLIII, 30.

<sup>17)</sup> Vedi anche L. 3 cit. § 5: *Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, etc.* L. 1 § 4 *ead.* (vedi infra § 1837 a num. 74 prima della nota 58 b). Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 84 seg. — Non occorre qui vedere sotto quali condizioni al tempo di ULPIANO l'interdetto venisse rimpiazzato dalla *vindicatio filii adiecta causa*. Cfr. L. 1 § 2 D. *de R. V.* VI, 1 (ULP. lib. XVI *ad ed.*): *Per hanc autem actionem (sc. rei vindicationem) liberae personae, quas sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praedictis aut inter-*



Inoltre si trova esplicitamente enunciata la forza di cosa giudicata della decisione nell'interdetto per lo stato di famiglia della persona in causa.

L. 3 cit. § 4: — *si vero utraque persona suspecta est aut tanquam infirma aut tanquam turpis, non erit alienum, inquit (sc. IULIANUS). disponi, apud quem interim puer educeretur, et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contententium aut alienae potestati pater familias addicatur aut filius alienus (filius familias scr. M.) patris familiae loco constituatur.*

È espressamente indicata la natura definitiva dell'interdetto *de aqua ex castello ducenda* (N. 39). L'interdetto suona <sup>18)</sup>:

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

Ora ULPIANO osserva in proposito nel lib. LXX del suo Commentario all'editto <sup>19)</sup>.

*dictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius lib. XXXVII: nisi forte, inquit. adiecta causa quis vindicet: (et ins.) si quis ita petit « filium suum » vel « in potestate ex iure Romano », videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse. Io non stimerei, come fa il SAVIGNY, *Sistema* vol. V pag. 21 seg. nota m, la rivendicazione, di cui qui si parla, una forma più solenne del *praeiudicium* sulla paternità, che avesse luogo innanzi ai centumviri: perocchè in ogni caso non ci consta che per la *lex Iulia iudiciaria* fossero di competenza dei centumviri altri giudizi all'infuori di alcuni giudizi di successione (tuttavia cfr. WLAŠAK, *Römische Prozessgesetze* (Leggi procedurali romane), pag. 207 segg.); innanzi agli altri tribunali poi si procedeva non *sacramento*, ma *per formulam* e nella procedura formulare i *praeiudicia* non sono più *vindicationes*, perchè mancano della *condemnatio*. E nemmeno può ammettersi, che quella *vindicatio expressa causa* si riferisse alla formula dell'atto di adozione, come sembra possibile al SAVIGNY, loc. cit. e al DEMELIUS, *Exhibitionspflicht* (L'obbligo della esibizione), pag. 245 seg.: ciò non s'accorda col linguaggio guardingo di ULPIANO, segnatamente con le parole: *videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse*; nè sarebbe interamente a posto nella compilazione. Cfr. BRINZ, *Pandette* I.<sup>a</sup> ediz. pag. 1166. Che non sia stata scelta quella rivendicazione in luogo dell'interdetto *de liberis exhibendis*, allorquando non si trattava soltanto di decidere sulla patria potestà, ma si soleva anche domandare ciò che per mezzo del figlio di famiglia o si era già precedentemente acquistato o si sarebbe potuto acquistare a cominciare dalla presenza della mala fede del convenuto?*

<sup>18)</sup> L. 1 § 38 D. *de aqu. cott.* XLIII, 2); ULP. lib. LXX *ad ed.*

<sup>19)</sup> L. 1 cit. § 44.

*Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finire adsignationis, non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta (SC. DE AQUA COTTIDIANA e AESTIVA), nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum (interdicto leg. SCHULTING) totum finitur*<sup>20)</sup>.

Per contro hanno senza dubbio natura provvisoria:

gli interdetti *Unde vi* (N. 25, 26 e 27);

gli interdetti *Uti possidetis* e *Utrubi*, compresi gli *interdicta secundaria* (N. 29, 30, 31 e 58);

gli interdetti *de itinere actuque privato* (N. 35)<sup>21)</sup>, *de aqua cottidiana et aestiva* (N. 37 e 38)<sup>22)</sup>, *de rivis, de fonte, de fonte reficiendo* (N. 40, 41, 42);

l'interdetto *Quod legatorum* (N. 2);

gli interdetti *Quam hereditatem* (N. 3) *Quem fundum* (32), *Quem usumfructum* (33), *Quam servitutem* (45);

e finalmente l'interdetto *de tabulis exhibendis* (6).

Resta ora a vedere quale carattere abbiano gli altri interdetti.

15. Lo SCHMIDT<sup>23)</sup> pone tra gli *interdicta, quae proprietatis o veluti proprietatis causam continent*, secondo il suo modo di intendere questa definizione, anche gli interdetti *de mortuo inferendo* e *de sepulchro aedificando* (N. d'ord. 11 e 12), che egli annovera senz'altro tra gli interdetti *de locis religiosis*, e ciò anche là, dove si tratti di un *locus purus*. Ora è certamente incontestabile, che dal tenore di tali interdetti: *Quo quave illi mortuum inferre invito te IUS est* —<sup>23a)</sup>, *Quo illi IUS est invito te mortuus inferre* —<sup>23b)</sup>, risulta che il proprietario di un *locus purus*, che fa uso di uno di questi interdetti, deve all'occorrenza dimostrare il suo diritto di proprietà<sup>23c)</sup>. Ma non per ciò

<sup>20)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 87 seg. pag. 93.

<sup>21)</sup> L. 3 § 13 D. *de itin.* XLIII, 19 (vedi sopra pag. 76 (testo tedesco pag. 100)).

<sup>22)</sup> L. 1 § 44 D. *de aq. cott.* XLIII, 20 (vedi sopra pag. 78 seg. (testo tedesco pag. 103)) seg.

<sup>23)</sup> Loc. cit. pag. 82 seg. pag. 93.

<sup>23a)</sup> L. 1 pr. D. *de mort. inf.* XI, 8.

<sup>23b)</sup> L. 1 cit. § 5.

<sup>23c)</sup> Affatto oscuro è lo PFERSCHÉ, *Interdetti* pag. 61 seg.: « Il diritto all'uso (di sepolcri già esistenti) segnatamente dei grandi sepolcreti, si era svi-

*Pinterdetto de mortuo inferendo* è un mezzo definitivo. Infatti se nel *locus purus* esiste un usufrutto, il proprietario può, è vero, in forza di questo interdetto costringere l'usufruttuario a non opporsi alla tumulazione del cadavere, ma non può rendere il luogo *religiosus* senza il suo consenso. Lo stesso vale per ogni servitù prediale, ogni qualvolta questa dalla creazione di un *locus religiosus* nel fondo servente verrebbe pregiudicata nel suo esercizio. E così riguardo al comproprietario di un *locus purus*.

L. 43 D., *de relig.* XI, 7:

(PAPINIANUS, lib. VIII *quaest.*) *Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit: nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure dominii quaeritur, aget. eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit* <sup>24</sup>).

Con la decisione del procedimento interdittale a favore dell'attore

luppato sotto molti aspetti, ma non lo si poteva determinare nè realizzare se non per mezzo dell'interdetto *de mortuo inferendo*. E alla nota 1. « Potrebbe quindi anche questo interdetto riguardare una *veluti proprietatis causam*. però nella L. 2 § 2 XLIII, 1 s'intende forse parlare non di questo, ma solo dell'interdetto « *ne quid in loco sacro religioso sancto fiat* » (vedi a suo riguardo LENEL, pag. 365); ciò contro lo SCHMIDT, pag. 82, 83, il quale fondandosi sulla L. 2 § 2 cit. reputa nell'interdetto *de mortuo inferendo* necessaria per un *locus purus* la prova della proprietà. Qui la proprietà deve essere naturalmente (!) incontestata ».

<sup>24</sup>) Vedi anche L. 2 § 7 *eod.* (ULP. lib. XXV *ad ed.*): *Si usum fructum quis habeat, religiosum locum non facit. sed et si alius proprietatem, alius usum fructum habuit, non faciet locum religiosum nec proprietarius, nisi forte ipsum, qui usum fructum legaverit, intulerit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset: et ita IULIANUS, scribit. alias autem invito fructuario locus religiosus non fiet: sed si consentiat fructuarius, magis est, ut locus religiosus fiat. § 8. Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui servitus debetur. sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri, et ideo religiosus fit: et sane hoc habet rationem. Vedi anche L. 41 *eod.* e L. 6 § 6 D. *comm. div.* X, 3.*

la lite non è dunque condotta a termine. A colui, che dalla tumulazione del cadavere è rimasto leso nel suo diritto, spetta ora contro il proprietario o comproprietario <sup>25)</sup> vincitore una *actio in factum* <sup>26)</sup>, la quale è diretta, a scelta dell'attore, o al rifacimento dell'intero valore della superficie del fondo occupata dal cadavere (*loci pretium*) o al disseppellimento e allontanamento del cadavere <sup>27)</sup>. Con la scelta della prima alternativa, che implica una approvazione dell'illecita tumulazione avvenuta, il luogo diviene *religiosus*. Sceglierlo l'altra alternativa l'attore, se l'avversario non ottempera all'invito di allontanare il cadavere, chiesta l'autorizzazione del *collegium pontificum* o del *princeps*, può eseguire egli stesso l'esumazione <sup>28)</sup>.

Non così è per l'interdetto *de sepulchro aedificando*. È vero che con le parole, con cui comincia: *Quo illi ius est invito te mortuum inferre* — esso si riferisce alle medesime persone, alle quali spetta l'interdetto *de mortuo inferendo*, e quindi sembra che non presupponga punto che l'attore sia in grado di rendere *religiosus* il luogo della tumulazione; ma l'interdetto deve proteggere solo colui, a cui vien impedito, *quo minus in eo loco sepulchrum SINE DOLO MALO aedificare liceat* <sup>29)</sup>;

<sup>25)</sup> Cfr. L. 2 § 1 in fine D. *eod.* (ULP. lib. XXV *ad ed.*): — *an et socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest: est tamen verius, familiae ereiscundae vel communi dividundo conveniri eum posse*. L. 39 D. *pro soc.* XVII, 2 (ΠΟΜΠΡΟΝ. lib. XIII *ad Sab.*): *Si fundus mihi tecum communis sit, et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio*. Non è probabile che questi passi vogliano escludere l'*actio in factum*; piuttosto danno oltre ad essa un'altra azione elettivamente. Vedi in proposito questo *Commentario* lib. XI, tit. 7, § 766, nota 19 (testo tedesco vol. XI, pag. 392) nota 19.

<sup>26)</sup> L. 8 § 4 D. *de relig.* XI, 7; L. 6 § 6 cit. *comm. div.* X, 3.

<sup>27)</sup> L. 7 pr. D. *de relig.* XI, 7 (GAIO, lib. XIX *ad ed. prov.*): *Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem etc.* Per ambedue le alternative si ha dunque un'*actio in factum*, senza dubbio con *intentio* di ugual tenore. Di diversa opinione è il PESCATORE, *Die sogenannte alternative Obligation* (L'obbligazione cosiddetta alternativa) pag. 80 seg., il quale ammette una obbligazione e un'azione con scelta dell'obbligato. Cfr. anche BRINZ, *Pandette* 2.<sup>a</sup> ediz. vol. II § 242 seg. nota 20 pag. 102 seg.

<sup>28)</sup> L. 8 pr. D. *eod.* — Vedi su tutto l'argomento WAPPÄUS, *Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen* (Contributo alla dottrina delle cose fuori commercio) pag. 13.

<sup>29)</sup> L. 1 § 5 cit. *de mort. inf.* XI, 8.

ora nell'erezione di un sepolcro contro il divieto dell'usufruttuario, del comproprietario, ecc. v'è certamente un *dolus malus*. Nel processo in base a questo interdetto l'attore deve quindi dimostrare non solo la sua proprietà o comproprietà sul *locus purus*, ma anche l'assenso dato dai terzi autorizzati al divieto, alla tumulazione del cadavere e all'erezione del sepolcro. E con ciò è necessariamente esclusa un'azione ulteriore per la demolizione del sepolcro.

Nell'assegnare agli interdetti *de locis et itineribus publicis*, ecc. (N. d'ord. 13, 14, 15, 16, 17, e 18) il carattere di *proprietas causam continentia* non possiamo certo addurre come motivo il fatto che in essi l'attore deve all'occorrenza provare la qualità di *locus publicus*, ecc., in altri termini la proprietà dello Stato, o del Comune sul luogo o sulla strada, di cui si tratta <sup>30</sup>). Pensì dobbiamo considerarli come definitivi perchè il tenore in cui son concepiti vieta di ammettere, che la decisione ottenuta per mezzo loro venga messa di nuovo in questione con un altro mezzo processuale. Ed in specie l'interdetto *ne quid in loco publico vel itinere fiat, qua ex re quid illi damni detur* contiene espressamente l'*exceptio: praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decretore principum tibi concessum est* <sup>31</sup>). In modo particolarmente chiaro si addimosta poi l'interdetto *de loco publico fruendo* diretto a una decisione definitiva <sup>32</sup>), poichè da un lato contiene l'accenno alla locazione da parte di colui, *cui locandi ius fuerit*, dall'altro lato limita la protezione accordata al caso di impedimento del *frui ex lege locationis* <sup>33</sup>).

Così è pure per gli interdetti, che tutelano l'*usus publicus* su *flumina publica* (N. d'ord. 19, 20, 21, 22, 23, 24). Nella *sponsio* in seguito all'interdetto *Ne quid in flumine publico ripare eius fiat, quo peius navigetur* è anche indicata l'*exceptio: « extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit »* <sup>31</sup>); e nell'interdetto *Ne quid in flumine*

<sup>30</sup>) Questa prova è a ragione richiesta dallo SCHMIDT, loc. cit. pag. 90 nota 16.

<sup>31</sup>) LENEL, *Ed perp.* § 237 num. 1.

<sup>32</sup>) DEGENKOLB, *Platzrecht* (Diritto di superficie) pag. 103 seg.

<sup>33</sup>) LENEL, loc. cit. § 239.

<sup>34</sup>) L. 1 § 16 D. *de flum., ne quid in flum.* XLIII, 12. Vedi infra § 1837 a num. 74 alla nota 47.

*publico ripare eius fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* su domanda del convenuto il pretore, quando lo giudicava opportuno, poneva nell'interdetto stesso l'*exceptio*: « *quod eius ripae muniendae causa non fiet* »<sup>35)</sup>. Poichè dunque nella discussione sul cambiamento del corso delle acque si poteva far prendere in considerazione la tutela delle rive, l'interdetto concernente il corso delle acque deve esser dichiarato definitivo, sebbene senza dubbio il convenuto, che reclamando in tempo avrebbe ottenuto quella *exceptio*, e avendo ciò trascurato è stato condannato a tralasciare le opere, che si proponeva di eseguire a riparo delle rive, possa sempre ottenere in seguito il permesso di eseguirle per mezzo dell'interdetto *de ripa munienda*<sup>36)</sup>.

In modo tutto particolare venne trattato l'interdetto *de libero homine exhibendo* (N. d'ord. 54). Esso era concesso solo allorquando tra le parti non s'agitasse alcuna contesa sullo stato di colui, della cui esibizione si trattava<sup>36a)</sup>.

L. 3 § 7 D., *de hom. lib. exh.* XLIII, 29:

(ULPIANUS, lib. LXXI, *ad ed.*) *Plane si dubitat, utrum liber an serrus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto, et agenda causa libertatis. etenim recte placuit, tum demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est: ceterum si quaeratur de statu, non oportet prauidicium fieri alienae cognitioni.*

Per conseguenza la decisione su questo interdetto non implicava alcuna decisione sulla libertà dell'individuo riguardo al quale era invocato; quindi anche le parti di questo procedimento interdittale

<sup>35)</sup> L. un. § 6 D. *ne quid in flum.* XLIII, 13. Vedi infra loc. cit. alla nota 46.

<sup>36)</sup> Infatti l'interdetto *de ripa munienda* non contiene nessuna clausola riguardante la deviazione del corso delle acque L. un. pr. D. *de ripa mun.* XLIII, 15.

<sup>36 a)</sup> Appunto perciò allorquando poteva aver luogo l'interdetto non era ammessa l'*actio ad exhibendum*: essa presuppone di regola un diritto sull'oggetto, di cui si domanda l'esibizione (*pecuniariter interesse*). L. 13 D. *ad exhib.* X, 4. Tuttavia PAOLO l'accordava all'*assertor in libertatem*: la libertà dell'individuo, di cui si trattava, essendo contestata, l'interdetto era inammissibile; ora era indispensabile per l'*assertor in libertatem* un mezzo per convincersi innanzi tutto dell'identità del suo protetto. L. 12 pr. *ead.* Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 89 nota 15 e con lui DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione) pag. 89 seg.

potevano sempre sollevare in seguito la *liberalis causa*: l'interdetto era puramente provvisorio <sup>37)</sup>.

16. Tra gli interdetti di diritto patrimoniale riguardanti *res privatae* quello, che ha il carattere più controverso rispetto alla classificazione, di cui ora ci occupiamo, è l'interdetto *Quorum bonorum* (N. 1).

Veramente non si sarebbe dovuto mai sollevare il dubbio, che i Romani abbiano considerato questo interdetto come un mezzo provvisorio, perchè in esso si giudicasse su semplice certificato: la L. 1 Cod. *Quor. bon.* VIII, 2 <sup>37a)</sup> richiede bene nel modo più esplicito la piena prova dei fatti, che servono di fondamento all'interdetto <sup>38)</sup>.

Questa stessa costituzione mi sembra che escluda nello stesso tempo la possibilità di limitare la prova dell'attore al puro fatto dell'agnizione della *bonorum possessio* <sup>39)</sup>: poichè ivi è pure con chiare parole richiesta la dimostrazione dei requisiti edittali della *bonorum possessio* <sup>40)</sup>.

Di qui risulta di per sè, che quando il convenuto affermava dal canto suo di essere *bonorum possessor*, si doveva decidere con sentenza avente forza di cosa giudicata, se egli o l'attore fosse secondo l'editto chiamato a miglior luogo, e chi dei due dovesse quindi, presupposta una regolare agnizione, esser considerato come *bonorum possessor* <sup>40a)</sup>.

Altri due fatti, in forza dei quali certo la decisione nel *Quorum bonorum* deve essere necessariamente provvisoria, appartengono agli ultimi tempi dell'impero. GIUSTINIANO, espressamente almeno, non li ha accolti nella sua compilazione. Voglio dire l'esclusione dell'ap-

<sup>37)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 86 pag. 89 nota 15. Cfr. DEMELIUS, *Exhibitions-pflicht* (L'obbligo all'esibizione) pag. 239 seg.

<sup>37 a)</sup> Vedi infra num. 23.

<sup>38)</sup> BRIEGLEB, *Die summarischen Prozesse* (I procedimenti sommarii) pag. 211 e seg.

<sup>39)</sup> Possibilità, che lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 94 seg., ammette ancora.

<sup>40)</sup> Vedi anche L. 16 § 1 D. *de inoff. test.* V, 2 e su di essa LEIST, nella *Continuazione di questo Commentario*. Libro XXXVII, tit. I § 1598 d nota 8 (testo ted. I pag. 402 nota 8). Vedi inoltre lo stesso loc. cit. §§ 1600 e 1602 num. 49 e 66 (testo tedesco II pag. 295 e pag. 403 seg. sotto il num. 1).

<sup>40 a)</sup> LEIST, loc. cit. II § 1602 num. 65 nota 10 (testo tedesco II pag. 400) nota 10: « Ma anche in questa *bonorum possessio sine re* la questione, se la *bonorum possessio* fosse fondata *ex edicto*, veniva posta *definitivamente* nell'interdetto.

pello <sup>40 b)</sup> e la concessione di quell'interdetto anche contro il possessore a titolo singolare <sup>40 c)</sup>, ossia, come suol dirsi abitualmente: l'inammissibilità dell'eccezione di proprietà e di altre simili eccezioni <sup>41)</sup>.

Per il diritto classico dunque, come abbiamo già sopra osservato <sup>42)</sup>, la soluzione della nostra questione dipenderà unicamente dal vedere, se l'*heres* potesse o no opporre all'interdetto il suo diritto di successione civile in modo, che si dovesse decidere contemporaneamente anche su di questo <sup>42 a)</sup>.

L'interdetto era così concepito:

*Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresse, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas* <sup>43)</sup>.

GAIO <sup>44)</sup> osserva sulla legittimazione passiva: *pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.*

Se possiamo ritenere, che le parole dell'interdetto qui prese in considerazione avessero per l'addietro il medesimo tenore — e sembra non vi sia alcuna ragione in contrario —, da questa spiegazione di GAIO possiamo desumere, che senza dubbio l'interdetto era origina-

<sup>40 b)</sup> L. 22 Cod. Theod. *quor. app.* XI, 36 dell'a. 374. Cfr. su di essa LEIST, nella *Continuazione di questo Commentario*, libro XXXVII § 1602 num. 68 nota 48 (testo tedesco II pag. 430 nota 48).

<sup>40 c)</sup> L. un. Cod. Theod. *quor. bon.* IV, 21 dell'a. 395. Vedi sopra § 1835 num. 11 pag. 63 (testo tedesco pag. 81) seg.

<sup>41)</sup> Vedi BRIGLEB, loc. cit. pag. 213 seg. Cfr. SAVIGNY, *Vermischte Schriften* (Scritti misti) vol. II pag. 263 segg. — LEIST, loc. cit. (testo tedesco, pagina 422 segg.

<sup>42)</sup> Num. 13 in fine pag. 74-75 seg. (testo tedesco pag. 98 seg.).

<sup>42 a)</sup> Vedi anche LEIST, nella *Continuazione di questo Commentario* loc. cit. § 1602 num. 69 n.° 4 (testo tedesco II pag. 399 sotto il num. 4) « Il sapere se il procedimento interdittale generi *res iudicata* anche per l'*hereditatis petitio* dipende dal potersi o doversi o no trattare in esso la questione sulla qualità di *heres* ».

<sup>43)</sup> L. 1 pr. D. *quor. bon.* XLIII, 2; cfr. LENEL, *Ed. perp.* § 227.

<sup>44)</sup> *Comm.* IV, 144.



riamente diretto in prima linea appunto contro il vero *heres*. Ora l'istituto della *bonorum possessio* ha compreso fin dal principio la *bonorum possessio sine re* <sup>45)</sup>; ed anche al *bonorum possessor sine re* spettava il *Quorum bonorum*. Anche questi poteva quindi, nel caso che l'*heres* si fosse impossessato di cose appartenenti all'eredità, con quell'interdetto « perseguire contro di lui la consegna delle cose ereditarie, senza dover temere l'opposizione di un *exceptio* (con cui il convenuto allegasse la sua qualità di *heres*). Perocchè l'interdetto con le parole *quod pro herede possides* è diretto anche contro lo stesso *heres*. Perciò l'affermazione da parte di costui, che egli è l'erede, non può punto servire a sua difesa nè fornirgli un *exceptio*. Colui dunque, che ha ricevuto la *bonorum possessio ex edicto*, cioè legittimamente, di fronte all'*heres* ottiene innanzi tutto con l'interdetto *Quorum bonorum* anche il possesso effettivo delle cose ereditarie. Il convenuto non può che proporre dal canto suo l'*hereditatis petitio* contro l'attore risultato vincitore nel procedimento interdittale » <sup>46)</sup>. Nulla v'è da aggiungere a questa esposizione del LEIST. Ed è anche superfluo osservare, che l'*heres* non poteva opporre l'*exceptio iustae hereditatis*, inammissibile di fronte al *Quorum bonorum*, nemmeno nella forma di *exceptio doli*: nel libero uso di un mezzo processuale a lui dato esplicitamente appunto contro l'*heres* non poteva nè allora nè mai scorgersi un *dolus* del *bonorum possessor*; altrimenti sarebbe rimasto sempre aperto da un altro lato d'adito alla questione « sulla qualità di *heres* » (per servirci dell'espressione del LEIST), questione che si era voluto a bella posta escludere. Perciò fino a chiara prova in contrario bisogna risolutamente contestare, che per ragioni di equità « man mano che l'istituto della *bonorum possessio* si sviluppò, esso (cioè l'interdetto) (abbia) dovuto ammettere in un numero sempre crescente di casi la

<sup>45)</sup> LEIST, loc. cit. § 1598 d num. 65 (ediz. tedesca I, pag. 311 segg.).

<sup>46)</sup> LEIST, loc. cit. § 1598 d num. 79 (ediz. tedesca pag. 405 seg.). Vedi anche lo stesso loc. cit. § 1602 num. 65 n. 4 (ediz. ted. II, pag. 399) sotto il num. 4 dopo le parole riferite sopra nota 42 c: « Ora la *bonorum possessio sine re* è un elemento originario dell'istituto, e v'è in essa per le classi confirmatorie e suppletorie innanzi tutto il concetto fondamentale, che la questione sulla qualità di *heres* non debba trattarsi, ma debba esser riservata all'ulteriore procedimento della *hereditatis petitio* ».

questione « sulla qualità di *heres* »<sup>47)</sup>; e tanto più risolutamente perchè a questa affermazione da noi impugnata si fa seguire immediatamente la considerazione che « fintantochè nell'epoca classica spicca nettamente nella *bonorum possessio sine re* l'originario concetto fondamentale dell'interdetto, e la questione concernente l'*heres* non poteva esser portata in causa dal convenuto, può al procedimento interdittale tener dietro l'*hereditatis petitio* come mezzo processuale intensivamente più forte, e si può parlare di una posizione *provisoria* dell'interdetto rispetto all'*hereditatis petitio* »<sup>48)</sup>). Perciò quando poi, in forza forse della considerazione: *dolo facit qui petit quod redditurus est*, fu data all'*heres* in generale la *doli exceptio* di fronte al *bonorum possessor sine re*, sarebbe stato un mero arbitrio il negargliela in massima in altri casi.

17. Ora esiste realmente la prova in contrario da noi richiesta?

Noi possediamo, è vero, due frammenti, da cui risulta, che il *bonorum possessor*, appunto perchè non aveva in sua mano l'eredità, in altri termini perchè era un *bonorum possessor sine re*, poteva venir respinto dall'*heres* mediante l'*exceptio doli*.

L. 11 § 2 D., *de B. P. sec. tab.* XXXVII, 11:

(PAPINIANUS, lib. XIII *quaest.*) *Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit. scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. nec putareri quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis. quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur.*

L. 1 § 3 D., *si a parente* XXXVII, 12:

(ULPIANUS, lib. XLV, *ad ed.*) *Si parens nel accepit pecuniam, ut*

<sup>47)</sup> LEIST, loc. cit. § 1602 num. 65 (ediz. tedesca II pag. 399).

<sup>48)</sup> LEIST, loc. cit. § 1602 num. 65 (ediz. tedesca pag. 400).

Inoltre si trova esplicitamente enunciata la forza di cosa giudicata della decisione nell'interdetto per lo stato di famiglia della persona in causa.

L. 3 cit. § 4: — *si vero utraque persona suspecta est aut tanquam infirma aut tanquam turpis, non erit alienum, inquit (sc. IULIANUS), disponi, apud quem interim puer educeretur, et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contentium aut alienae potestati pater familias addicatur aut filius alienus (filius familias scr. M.) patris familiae loco constituatur.*

È espressamente indicata la natura definitiva dell'interdetto *de aqua ex castello ducenda* (N. 39). L'interdetto suona <sup>18)</sup>:

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

Ora ULPIANO osserva in proposito nel lib. LXX del suo Commentario all'editto <sup>19)</sup>.

*dictis aut cognitione praeloria, et ita Pomponius lib. XXXVII: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: (et ins.) si quis ita petit « filium suum » vel « in potestate ex iure Romano », videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: aut enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse. Io non stimerei, come fa il SAVIGNY, Sistemi vol. V pag. 21 seg. nota m, la rivendicazione, di cui qui si parla, una forma più solenne del praedictum sulla paternità, che avesse luogo innanzi ai centumviri: perocchè in ogni caso non ci consta che per la lex Julia iudiciaria fossero di competenza dei centumviri altri giudizi all'infuori di alcuni giudizi di successione (tuttavia cfr. WLAŠAK, Römische Prozessgesetze (Leggi procedurali romane), pag. 207 segg.); innanzi agli altri tribunali poi si procedeva non sacramento, ma per formulam e nella procedura formulare i praedicta non sono più vindicationes, perchè mancano della condemnatio. E nemmeno può ammettersi, che quella vindicatio expressa causa si riferisse alla formula dell'atto di adozione, come sembra possibile al SAVIGNY, loc. cit. e al DEMELIUS, Exhibitionspflicht (L'obbligo della esibizione), pag. 245 seg.: ciò non s'accorda col linguaggio guardingo di ULPIANO, segnatamente con le parole: videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse; nè sarebbe interamente a posto nella compilazione. Cfr. BRINZ, Pandette 1.<sup>a</sup> ediz. pag. 1166. Che non sia stata scelta quella rivendicazione in luogo dell'interdetto de liberis exhibendis, allorquando non si trattava soltanto di decidere sulla patria potestà, ma si soleva anche domandare ciò che per mezzo del figlio di famiglia o si era già precedentemente acquistato o si sarebbe potuto acquistare a cominciare dalla presenza della mala fede del convenuto?*

<sup>18)</sup> L. 1 § 38 D. *de aqu. cott.* XLIII, 2); ULP. lib. LXX *ad ed.*

<sup>19)</sup> L. 1 cit. § 44.

*Memnisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finire adsignationis, non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta (SC. DE AQUA COTTIDIANA e AESTIVA), nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum (interdicto leg. SCHULTING) totum finitur* <sup>20)</sup>.

Per contro hanno senza dubbio natura provvisoria:

gli interdetti *Unde vi* (N. 25, 26 e 27);

gli interdetti *Uti possidetis* e *Utrubi*, compresi gli *interdicta secundaria* (N. 29, 30, 31 e 58);

gli interdetti *de itinere actuque privato* (N. 35) <sup>21)</sup>, *de aqua cottidiana et aestiva* (N. 37 e 38) <sup>22)</sup>, *de rivis, de fonte, de fonte reficiendo* (N. 40, 41, 42);

l'interdetto *Quod legatorum* (N. 2);

gli interdetti *Quam hereditatem* (N. 3) *Quem fundum* (32), *Quem usumfructum* (33), *Quam servitutum* (45);

e finalmente l'interdetto *de tabulis exhibendis* (6).

Resta ora a vedere quale carattere abbiano gli altri interdetti.

15. Lo SCHMIDT <sup>23)</sup> pone tra gli *interdicta, quae proprietatis o veluti proprietatis causam continent*, secondo il suo modo di intendere questa definizione, anche gli interdetti *de mortuo inferendo* e *de sepulchro aedificando* (N. d'ord. 11 e 12), che egli annovera senz'altro tra gli interdetti *de locis religiosis*, e ciò anche là, dove si tratti di un *locus purus*. Ora è certamente incontestabile, che dal tenore di tali interdetti: *Quo quave illi mortuum inferre invito te IUS est* — <sup>23a)</sup>, *Quo illi IUS est invito te mortuus inferre* — <sup>23b)</sup>, risulta che il proprietario di un *locus purus*, che fa uso di uno di questi interdetti, deve all'occorrenza dimostrare il suo diritto di proprietà <sup>23c)</sup>. Ma non per ciò

<sup>20)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 87 seg. pag. 93.

<sup>21)</sup> L. 3 § 13 D. *de itin.* XLIII, 19 (vedi sopra pag. 76 (testo tedesco pag. 100)).

<sup>22)</sup> L. 1 § 44 D. *de aq. cott.* XLIII, 20 (vedi sopra pag. 78 seg. (testo tedesco pag. 103)) seg.

<sup>23)</sup> I. oc. cit. pag. 82 seg. pag. 93.

<sup>23 a)</sup> L. 1 pr. D. *de mort. inf.* XI, 8.

<sup>23 b)</sup> L. 1 cit. § 5.

<sup>23 c)</sup> Affatto oscuro è lo PFERSCHÉ, *Interdetti* pag. 61 seg.: « Il diritto all'uso (di sepolcri già esistenti) segnatamente dei grandi sepolcreti, si era svi-

tima accordatogli dall'editto di fronte all'*emancipatus*, che non ha per eredi dei *liberi*. Se egli ciononostante tenta di far valere questo suo diritto, gli eredi testamentari dell'*emancipatus* possono respingerlo per mezzo dell'*exceptio doli*. Come è noto, il *parens manumissor* ha due mezzi per far valere il suo diritto di legittima: la *querela inofficiosi testamenti* e la *bonorum possessio contra tabulas*. La norma della L. 1 § 3 cit. deve quindi riferirsi anche al secondo di questi mezzi, tanto più che questo passo non solo nel commentario all'editto di ULPIANO, ma anche nelle Pandette di GIUSTINIANO, fa parte della dottrina della *bonorum possessio* in presenza di un testamento pretorio. Quindi se poteva esser data in genere all'*heres* una *exceptio doli* contro l'interdetto *Quorum bonorum* è abbastanza plausibile, che la *exceptio doli* qui menzionata debba ritenersi diretta contro quell'interdetto del *pares manumissor*<sup>52</sup>). Ma nemmeno in questo frammento è nominato l'interdetto.

Nè lo nomina la L. 2 D., *si tab. test. nullae* XXXVIII, 6, a cui sembra che il LEIST dia un'importanza speciale per la sua teoria<sup>53</sup>), quantunque essa non faccia menzione neppure dell'*exceptio doli*.

<sup>52</sup>) Però, a quanto veggio, ciò non è detto dal LEIST esplicitamente. Cfr. *Continuazione di questo Commentario* loc. cit., tit. XIV § 1622 num. 208 (ediz. ted. pag. 561) seg. sotto la lettera *b*, dove si parla delle « azioni derivanti dalla *bonorum possessio contra tabulas* » — Addurrò qui ancora la L. 5 D. eod. XXXVII, 12 (PAPIN. lib. XI *quaest.*): *Divus TRAIANUS, filium, quem pater male contra pietatem adficebat, coegit emancipare. quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio NERATII PRISCI et ARISTONIS ei propter necessitatem solvendae pietatis (potestatis GROTIUS) denegata est.* Qui non si può pensare a una *denegatio* dell'interdetto *Quorum bonorum* fondato sulla *bonorum possessio contra tabulas* del padre conferita *de plano*, ammettendo che una tale *denegatio* per lo stato liquido delle cose subentrasse all'*exceptio doli*; il testo invece vuol senza dubbio dire, che è stata negata la *bonorum possessio* domandata; e ciò a mio parere deve riferirsi non soltanto alla *bonorum possessio contra tabulas*, ma anche alla *bonorum possessio intestati unde legitimi* e *unde cognati*. Anche il LEIST, *La bonorum possessio* vol. II, 1 pag. 315 nota 12, ritiene, che la L. 1 § 3 parli della denegazione della stessa *bonorum possessio*. Cfr. *Continuazione di questo Commentario* loc. cit. tit. XIV § 1622 num. 208 (ediz. tedesca V, pag. 562) sotto la lettera *c*, dove però si parla soltanto del cessare della *bonorum possessio contra tabulas*.

<sup>53</sup>) Nella *Continuazione di questo Commentario* loc. cit., tit. I § 1598 d num. 79 nota 10 (ediz. ted. I, pag. 406 nota 10), tit. I, § 1599 num. 14 lett. *b* (ediz. tedesca, II, pag. 73 seg.), tit. I § 1602 num. 65 (ediz. ted. pag. 397 seg.).

(IULIANUS, lib. XXVII, dig.) *Emancipatus praeteritus si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum praetor tuetur, ut bonorum possessionem accipiat unde liberi*<sup>51</sup>). *nam et patronum praeteritum, si non petat contra tabulas bonorum possessionem, ex illa parte edicti, unde legitimi vocantur, non solet tueri praetor adversus scriptos heredes.*

Da questo passo concepito in termini generali può solo desumersi, che deve esservi stato anche pel *bonorum possessor* senza possesso un mezzo per far decidere contro l'*heres* possessore definitivamente — cioè con forza di cosa giudicata anche per l'*hereditatis petitio* dell'avversario — la questione, chi di loro due avesse maggior diritto all'eredità litigiosa. Ed è ciò appunto che risulta anche dalle L. 11 § 2 D. XXXVII, 11 e L. 1 § 3 D. XXXVII, 12 sopra esaminate, le quali per di più ci dicono, che almeno in certe date circostanze l'*heres* convenuto poteva opporre una *exceptio doli* all'azione sollevata contro di lui nello scopo in discorso.

18. È certo peraltro che anche senza l'appoggio delle fonti dobbiamo ammettere, che sarebbe stato incompatibile con uno sviluppato sentimento di equità, che l'*heres* di fronte al *Quorum bonorum* del *bonorum possessor sine re* avesse dovuto irrecusabilmente consegnare le cose ereditarie, mentre poteva subito dopo ottenerne la restituzione con l'*hereditatis petitio*.

Però se è vero, che il *Quorum bonorum* non era acconcio a far risolvere la questione del diritto di successione definitivo, o sentiamo spinti a ritenere, che ogniquale volta la questione sorgesse tra il *bonorum possessor* e l'*heres*, il *Quorum bonorum* veniva rifiutato, e il *bonorum possessor*, che voleva promuovere il giudizio era rimandato a un'altra azione.

Ciò è incontestabile per la *bonorum possessio litis ordinandae causa* di colui, che è leso nel suo diritto alla legittima: a questo non è accordato il *Quorum bonorum* contro lo *scriptus heres*; egli deve ricorrere alla *querela inofficiosi testamenti*.

<sup>51</sup>) Che GIULIANO non abbia scritto: *ut CUM RE bonorum possessionem accipiat unde liberi?*

L. 2 Cod. *de inoff. test.* III, 28:

(Imp. SEVERUS et ANTONINVS *Lucretio a.* 196) *Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus possessionem auferre* <sup>51 a)</sup> *incivile est.*

Non si può negare il valore di prova di questa costituzione per l'inaffidabilità del *Quorum bonorum* contro un *heres*, il quale affermi il suo diritto di successione definitivo, osservando, che la decisione sul diritto alla legittima era di competenza dei centumviri, e che non potendosi proporre innanzi a questi un'azione *ex interdicto*, il *Quorum bonorum* era qui inapplicabile per una ragione puramente formale. Perciò non saprei vedere per qual motivo non avrebbero potuto anche i centumviri giudicare *per sponsionem*, e *per sponsionem poenalem* anche *ex interdicto*.

Auzi non mi sembra di andar troppo oltre scorgendo nella L. 2 cit. anche l'accento all'azione, di cui doveva servirsi per l'addietro il *bonorum possessor* per perseguire il diritto di successione definitivo, quando c'era una *bonorum possessio cum re*. Infatti sia questa querela, di cui egli qui si deve servire, anche una *hereditatis petitio intestati* sebbene qualificata, sia un'azione, che prepari o accompagni una *hereditatis petitio intestati* <sup>51 b)</sup>, in tutti i casi la decisione definitiva sul suo diritto di successione ha luogo per mezzo di una *hereditatis petitio*, che qui, mancando il diritto di successione civile, non può essere naturalmente che una *hereditatis petitio possessoria* <sup>51 c)</sup>.

19. Ma comunque debba spiegarsi il suo caso, anche sul terreno

---

<sup>51 a)</sup> Anche il LEIST, *Commentario*, tit. I § 1599 num. 45 lett. e (ediz. ted., II, pag. 262) riconosce, che questa espressione si riferisce al *Quorum bonorum*. Per « altre azioni del *bonorum possessor* » egli intende senza dubbio le azioni singolari fittizie, di cui l'attore aveva anche la scelta. Ma a tali azioni lo *scriptus heres* avrebbe potuto certo opporre l'*exceptio ne praeiudicium fiat hereditati*. Cfr. infra num. 20 nota 80.

<sup>51 b)</sup> Cfr. l'esposizione delle varie opinioni sul rapporto tra la *querela* e l'*hereditatis petitio* in SCHRÖDER, *Nothherbenrecht* (Successione necessaria) I § 47 pag. 396 segg.

<sup>51 c)</sup> Cfr. FRANCKE, *Nothherbenrecht* (Successione necessaria) pag. 315 seg. MÜHLKNBRUCH, *Continuazione di questo Commentario* lib. XXVIII, tit. 2 § 1421 a (ediz. tedesca vol. XXXV pag. 156). VANGEROW, *Pandette* vol. II § 478 nota sotto il num. 2 (7.<sup>a</sup> ediz. pag. 264) SCHRÖDER, loc. cit. pag. 478 seg.

di una diversa interpretazione della L. 2 cit. bisogna mantenere l'affermazione, che invece del *Quorum bonorum* il *bonorum possessor* di fronte all'erede, che gli contendeva un diritto di successione efficace, poteva valersi solo della *hereditatis petitio possessoria*<sup>54 d)</sup>.

È appunto l'aver disconosciuto il valore di questa azione, che ha impedito al LEIST, di avere un'idea esatta del *Quorum bonorum*.

Il LEIST contesta l'esistenza dell'*hereditatis petitio possessoria* nell'epoca classica con due argomenti distinti.

Innanzitutto egli adduce il fatto, che tale azione non è mentovata nell'esposizione delle norme giuridiche della *bonorum possessio* fatta da GAIO IV, 34, III, 34 e IV, 144 e da ULPIANO, XXVIII, 12<sup>55)</sup>. Ma questo argomento nulla prova, tanto più che ULPIANO loc. cit. non fa menzione nemmeno del *Quorum bonorum*<sup>56)</sup>.

Una seconda ragione crede il detto scrittore di scorgere nell'assoluta inconciliabilità dell'*hereditatis petitio possessoria* con le condizioni del diritto della *bonorum possessio sine re* nell'epoca classica da lui esposte<sup>57)</sup>. A ciò io non saprei come meglio rispondere che con le parole del LENEL<sup>58)</sup>: « Poichè il *bonorum possessor sine re* non poteva far valere il suo diritto contro l'*heres* con l'*hereditatis petitio possessoria*, è molto semplice ammettere, che egli non se ne sarà servito: i due istituti potevano benissimo esistere contemporaneamente, perchè in pratica non s'intralciano l'un l'altro. Il pretore introducendo l'*hereditatis petitio possessoria* avrà pensato non al conflitto tra il *bonorum possessor sine re* e l'*heres*, ma agli altri numerosi casi, nei quali la mancanza di un vero mezzo processuale universale per il

<sup>54 d)</sup> S'intende che non contraddice a questo principio il fatto, che la *parta*, la quale cerca innanzi tutto di ottenere il possesso delle cose ereditarie corporali col *Quorum bonorum*, collega già con questo in modo eventuale, cioè pel caso che essa venga respinta, l'*hereditatis petitio*. A questo caso si riferisce SYMMACH. *rel.* 16 (epp. X, 36 o 29). Vedi infra § 1840 num. 125 alla nota 66.

<sup>55)</sup> La *bonorum possessio* vol. I pag. 303 nota 6 pag. 309 alla nota 1. Vol. II, 2 pag. 26 seg. nota 10 o segnatamente pag. 36. *Continuazione di questo Commentario*, libro XXXVII, tit. I § 1600 num. 50 (ediz. tedesca II, pag. 302).

<sup>56)</sup> LENEL, *Ed. perp.* pag. 141.

<sup>57)</sup> *Continuazione di questo Commentario*, l. c. (edizione tedesca pag. 302 seg.).

<sup>58)</sup> Loc. cit. pag. 141.



*bonorum possessor* già nell'epoca classica doveva essere sentita come una singolarità ingiustificata, segnatamente quindi ai casi della *bonorum possessio cum re*: la *bonorum possessio contra tabulas, unde liberi, la bonorum possessio*, che è il fondamento del giudizio istituito con una *querela inofficiosi testamenti* ». E certo, io aggiungo, giustizia voleva, che una volta sorto con la *bonorum possessio cum re* un diritto di successione completamente uguale in tutta la sua efficacia giuridica materiale a ogni miglior diritto di successione civile, venisse fornito il modo di ottenere una decisione definitiva, che stabilisse, chi nel caso pratico dovesse esser considerato come vero erede, l'*heres* o il *bonorum possessor*; e ciò mercè un procedimento sempre uguale qualunque fosse la causale divisione delle parti rispetto al giudizio. Ora già per ragioni puramente processuali il *Quorum bonorum* invocato contro l'*heres*, che possiede, non può considerarsi uguale all'*hereditatis petitio* contro il *bonorum possessor*, che possiede, sia questa discussa per *sponsionem praecudicalem*, o per *formulam petitoriam*. Se l'interdetto era deciso per *sponsionem*, il soccombente era colpito dalla forte *poena sponsionis* o *restipulationis*; se si procedeva per *formulam arbitriam*, alle parti era assegnato l'*arbitr* o gli *arbitri*, nel caso che non fossero d'accordo sulla persona di questo o di questi, non per sorteggio dall'*album iudicum selectorum* come nell'*hereditatis petitio*, ma a beneplacito del pretore, il quale non era obbligato ad attenersi a quell'albo <sup>59</sup>).

Il pretore aveva dunque sufficienti motivi per introdurre nel suo editto una universale *hereditatis petitio possessoria* <sup>59 a)</sup>; e d'altra parte gli era ben lecito confidare « che i confini dell'applicazione pratica sarebbero stati segnati dallo stesso interesse dei *bonorum possessores*. Agli abusi si poteva far fronte con un'*exceptio* » <sup>60</sup>).

Per contro non si capisce bene, come solo ai tempi di DIOCLEZIANO

<sup>59</sup>) Cfr. O. E. HARTMANN, *Die römische Gerichtsverfassung* (L'ordinamento giudiziario romano) pag. 265 segg. pag. 272 segg.

<sup>59 a)</sup> Non vedo alcuna ragione per affermare, che sia stato precisamente GIULIANO, il primo a far ciò, come opina l'ARNDTS, *Civilistische Schriften* (Scritti di diritto civile) vol. II pag. 349; nemmeno nella L. 54 pr. D. de H. P. V, 3.

<sup>60</sup>) LENEL, loc. cit.

si dovesse arrivare a scorgere nella *bonorum possessio cum re*, che era allora, tranne eccezioni isolate, la sola specie ancora pratica della *bonorum possessio*, un diritto di successione uguale all'*hereditas*<sup>61)</sup>; ed è addirittura inconcepibile, anche partendo da questa ipotesi, come si potesse in quel tempo (mentre l'istituto delle *formulae actionum* volgeva così irresistibilmente al suo fine, che già nell'a. 342 poteva essere interamente abolito da COSTANZO e COSTANTE)<sup>62)</sup>, pensare a creare per la *bonorum possessio cum re*, che non coincidesse con l'*hereditas*, una speciale *hereditatis petitio possessoria*, invece di estendere semplicemente a quella *bonorum possessio* l'antica *hereditatis petitio* con la consueta qualificazione di *utilis*. E da ultimo che cosa poteva indurre GIUSTINIANO a comporre per le Pandette un titolo speciale con due frammenti di giuristi classici, affatto insignificanti in sé stessi, mozzandoli a questo solo scopo, quasi in onore di una così superflua nomenclatura?<sup>63)</sup>

A ragione dice l'ARNDTS<sup>61)</sup>, che se gli scritti di questi giuristi, segnatamente nelle opere sull'editto, non avessero dato materia ai compilatori di creare quel titolo, essi certo si sarebbero accontentati di inserire incidentalmente nel titolo *de hereditatis petitione* l'osservazione, che noi troviamo sotto il titolo *de possessoria hereditatis petitione*<sup>61 a)</sup>.

Se dunque è sommamente probabile, che nella compilazione dell'editto di GIULIANO alle azioni a tutela del diritto di successione

61) Cfr. LEIST, *La bonorum possessio* II, 2 pag. 51 segg. *Comm.*, lib. XXXVII, tit. I § 1600 num. 47 (ediz. ted. II, pag. 274 segg.). Del resto la *Collat. XVI*, 5, 1 citata in quest'ultimo loc. cit. (ediz. ted., pag. 280) attesta, che già ULPIANO dice senz'altro: *Ab intestato — hereditas defertur — per praetoris beneficium*. Vedi infra num. 21 alla nota 89.

62) L. 1 Cod. *de formul. et impetr. act. subl.* II, 57.

63) ARNDTS, loc. cit. pag. 345 segg. (dapprima nei *Beitrügen* (Contributi) di ARNDTS, pag. 52-55). — LENEL, loc. cit.

61) loc. cit. pag. 345.

64 a) Cfr. per es. la menzione incidentale della *hereditatis petitio* del fisco nella L. 20 §§ 6 e 7 D. *de II. P. V*, 3, mentre il diritto di successione del fisco nei *bona vacantia* e *caduca* è contrapposto tanto all'*hereditas*, quanto alla *bonorum possessio*. L. 1 § 2 D. *de I. F.* XLIX, 14; L. 1 e L. 4 Cod. *de bon. vac.* X, 10. ARNDTS, loc. cit. pag. 350. — FRANCKE, *Commentar* pag. 235.

civile<sup>65</sup>) seguisse una rubrica *de possessoria hereditatis petitione*, i due passi posti da GIUSTINIANO nelle Pandette sotto questo titolo non

<sup>65</sup>) È difficile, che per *civiles actiones heredibus propositae* (L. 1 D. *de poss. her. pel.* V, 5) si debbano intendere la *hereditatis petitio* e la *querela inofficiosi testamenti*, come vogliono l'ARNDTS, loc. cit. e il LEIST, *La bonorum possessio* II, 2 pag. 27. Perocchè è sommamente incerto, che l'editto contenesse una rubrica su quest'ultima azione; se essa era mentovata nell'editto, è da supporre, che ciò avvenisse a proposito dei rapporti pregiudiziali. — LENEL, loc. cit. pag. 111 segg. Invece con quelle *actiones* possono esser designate la *hereditatis petitio ex asse* e la *hereditatis petitio pro parte* (ARNDTS, loc. cit.), a meno che non fosse più plausibile il vedervi indicate le due forme edituali della *hereditatis petitio*, per *sponsionem praeiudicalem*, e per *formulam petitoriam*, di cui l'*hereditatis petitio pro parte* non è che un'appendice. Cfr. LENEL, loc. cit. § 65 pag. 137 seg. messo in correlazione col § 66 pag. 140. Per lo meno con le *superiores civiles actiones* dell'*heres* nella L. 2 *cod.* possono esser designate solo queste due forme di azione. È certo invece, che per *civiles actiones* non si debbono intendere col LEIST loc. cit. pag. 27 anche le azioni successorie singolari dell'*heres*: per questa « non era nè necessario nè fattibile creare formule speciali, poichè esse erano precisamente della stessa indole, che quelle del defunto stesso, ed erano diverse a seconda dei diversi rapporti giuridici, nè vi si riscontrava alcuna relazione col fatto della successione, che aveva posto l'attore in quel rapporto litigioso ». — ARNDTS, loc. cit.

Del resto farò ancora osservare, che il LEIST, tanto nel loc. cit., quanto nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXVII, tit. I § 1600 num. 49 (ediz. ted. pag. 291), senza alcun motivo esteriore interpreta la L. 1 D. *de posses. h. p.* V, 5 come se vi si parlasse di più *actiones*, che il pretore promette al *bonorum possessor*, mentre vi si dice semplicemente: *Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est quibus bonorum possessio data est*. Similmente anche nella L. 1; L. 2 e L. 3 *pr. D. de fideic. h. p.* V, 6 non si parla che di una azione, la *hereditatis petitio fideicommissaria*, come quella che era principalmente promessa nell'editto, e in contrapposizione alle *actiones, quae ex senatus consulto transeunt* (L. 1 cit. cfr. L. 3 § 2 *ead.*). — ARNDTS, loc. cit. pag. 347. Con ciò non voglio però in nessun modo contestare, che in questo luogo dell'editto accanto alla *hereditatis petitio possessoria* fossero probabilmente già istituite le *actiones ficticiae* del *bonorum possessor*, il che è probabile, sia secondo la L. 3 § 2 D. *de fideic. h. p.* V, 6, sia perchè non v'è un altro luogo adatto, ove possano essere state istituite. — ARNDTS, loc. cit. pag. 347 seg. — LENEL, loc. cit. pag. 142 seg. Ad ogni modo in questo luogo non era istituito il *Quorum bonorum*; di questo trattano ULPIANO, nel lib. LXVII, PAOLO, nel lib. LXIII dei loro Commentarii all'Editto, mentre le *hereditatis petitiones* sono prese in esame dal primo nel lib. XV, dall'altro nel lib. XX di quelle opere. Vedi LENEL, loc. cit. § 65 pag. 137 note 6 e 7, § 66 pag. 140 nota 6, § 67 pag. 141 note 3 e 4 collegati con § 227 pag. 361 note 10 e 11. Cfr. anche ARNDTS, loc.

presentano il menomo appiglio a supporre una interpolazione. Un tale appiglio non può assolutamente scorgersi nelle parole della L. 2 h. t.:

(GAIUS, lib. VI *ad ed. prov.*): *per quam hereditatis petitionem TANTUNDEM consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.*

Sarebbe stato invece un modo assai inesatto di esprimersi, se GAIUS, come opina il LEIST<sup>66)</sup>, avesse voluto riferire il *tantundem consequitur al Quorum bonorum*. Giacchè, com'è noto, con l'interdetto non si poteva ottenere altro che da un lato il possesso delle cose ereditarie corporali, comprese quelle già usucapite *pro herede*, la cui proprietà doveva allora senza dubbio esser trasferita al *bonorum possessor*, dall'altro lato il risarcimento per le cose smarrite e danneggiate per colpa del possessore, ma non l'ammontare dei crediti ereditari contro il debitore, che afferma di essere egli stesso erede<sup>67)</sup>. Ed è per lo meno sommamente dubbio, se l'interdetto comprendesse in rapporto ai *corpora hereditaria* le molteplici *personales praestationes*, che danno all'*hereditatis petitio* il suo carattere particolare<sup>67 a)</sup>. Ad ogni modo, per tacere altre obiezioni, che qui sorgono spontanee, basta già la considerazione relativa a queste *personales praestationes* ad escludere, che con le azioni successorie singolari, e quindi anche con le *actiones ficticiae* del *bonorum possessor*, si ottenesse *tantundem*, quando con l'*hereditatis petitio*. — All'incontro sarebbe stato un modo di esprimersi altrettanto inesatto, se GAIUS avesse detto, come secondo il

---

cit. pag. 347 alla nota 89. E perciò non mi pare lecito scorgere, come fa il LEIST, La *bonorum possessio* II, 2 pag. 28 e *Continuazione di questo Commentario* loc. cit. (ediz. tedesca, parte II pag. 291), un accenno al *Quorum bonorum* nelle parole di ULPIANO sopra riferite, le quali presuppongono espressamente che il *bonorum possessor* fosse preso in considerazione appunto in questo luogo dell'editto.

<sup>66)</sup> La *bonorum possessio* II, 2 pag. 28 *Commentario*, lib. XXXVII, titolo I § 1600 (ediz. tedesca, parte II pag. 292).

<sup>67)</sup> L. 2 D. *quor. bon.* XLIII, 2 cfr. con la L. 12; L. 13 § 15; L. 14 e L. 15 D. *de H. P.* V, 3 e su di esse FRANCKE, *Commentar* pag. 185 seg. e pag. 339.

<sup>67 a)</sup> SCHRÖDER, *Nothbenrecht* (Successione necessaria) pag. 152 dopo la nota 27.

LEIST <sup>68)</sup> avrebbe dovuto dire in presenza della *hereditatis petitio possessoria*: *per quam hereditatis petitionem IDEM consequitur bonorum possessor, quod superioribus civilibus actionibus heres consequi potest*. Infatti, come vedremo bentosto <sup>69)</sup>, il *bonorum possessor cum re* con la *hereditatis petitio possessoria* richiedeva all'*heres* non solo il trasferimento del possesso delle *res hereditariae*, ma anche la *mancipatio* di tutte le *res Mancipi* dell'eredità, che si trovavano nella sua proprietà quiritaria <sup>70)</sup>, anche di quelle, sulle quali l'*heres* aveva acquistato direttamente tale proprietà mercò l'adizione dell'eredità; — l'*hereditatis petitio* civile invece — e ciò soltanto dopo il cosiddetto Senatoconsulto GIUVENZIANO dell'a. 129 d. C. — era diretta alla mancipazione di *res Mancipi* solo allorchando il possessore le aveva usucapite *pro herede*.

20. Finalmente non mancano decisioni delle fonti, esenti da ogni sospetto di alterazione in questo rapporto, le quali, per quanto il LEIST si sia sforzato di riferirle al *Quorum bonorum* o tutt'al più alle *actiones ficticiae* del *bonorum possessor*, è difficile invece che possano riferirsi ad altro che alla *hereditatis petitio possessoria*.

Cominciamo dalla L. 13 pr. D. *de b. p. c. t.* XXXVII, 4 <sup>71)</sup>:

(IULIAN., lib. XXIII, dig.) *Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti congendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit.*

<sup>68)</sup> Continuazione di questo Commentario, lib. XXXVII, tit. I § 1600 num. 49 diz. tedesca, parte II pag. 292).

<sup>69)</sup> Sotto il num. 20 nota 81.

<sup>70)</sup> L. 13 pr. D. *de b. p. c. t.* XXXVII, 4. JULIAN. lib. XXIII Dig. (certamente scritto come il libro XXVII Dig. ancora sotto ADRIANO; è incerto però se sia scritto, come il lib. VI *eod.* prima del *Senatusconsultum* dell'a. 129. Cfr. FITTING, *Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander* (Sull'epoca degli scritti dei giureconsulti romani da Adriano fino ad Alessandro) pag. 4 segg.). — Diversamente la *hereditatis petitio fideicommissaria* secondo la L. 2 D. *de fideic. h. p.* V, 6: *quae actio EADEM recipit, quae hereditatis petitio civilis*; il fideicommissario universale doveva contentarsi del suo diritto bonitario sulle cose dell'eredità. L. 65 pr. D. *ad Sc. Trebell.* XXXVI, 1. Cfr. LENEL, loc. cit. § 68 nota 6 pag. 144 e seg.

<sup>71)</sup> Vedi nota 70.

Il LEIST <sup>72)</sup> mettendo a raffronto questo frammento con la L. 21 pr. D., *de fideiuss.* XLVI, 1 <sup>73)</sup>, vi scorge la prova, che, fin dove lo comporti il principio proprio della *bonorum possessio contra tabulas* « la posizione giuridica, in cui si trova l'*heres*, che adisce l'eredità (in forza di un testamento esposto alla *bonorum possessio contra tabulas*) di fronte al non *heres* (*bonorum possessor*) rispetto al passaggio del patrimonio materiale, è affatto parallela a quella dell'*heres* di fronte al fedecommissario universale » <sup>74)</sup>. Egli spiega l'*hereditatem petere* della L. 13 pr. dicendo « che la *bon. poss. contra tab.* deve essere *cum re*, il *bon. poss. contra tab.* deve poter prendere nelle sue mani tutto il patrimonio materiale » <sup>75)</sup>. « Come poteva » <sup>76)</sup>, domanda egli da ultimo accennando a GIULIANO e dicendo, che questi parla qui di un *transferre* materiale dell'*omne ius* dello *scriptus heres* al *bon. poss. contra tab.*, « come poteva esprimere più comodamente questa materiale richiesta dell'eredità, che con le parole *hereditatem petere*? » <sup>77)</sup>.

<sup>72)</sup> Continuazione di questo Commentario l. c. § 1600 num. 49 (ediz. tedesca pag. 292 seg.) sotto la lettera a messa in correlazione con § 1599 num. 7 nota 40 (ediz. tedesca pag. 28 alla nota 40) e num. 10 (ediz. tedesca pag. 48). Cfr. La *bonorum possessio* II, 1 pag. 116 alla nota 6 e pag. 119 seg. nota 7 II, 2 pag. 30.

<sup>73)</sup> AFRICANUS, lib. VII *quaest.*: *Heres a debitore hereditario fideiussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: fideiussoris obligationem in suo statu manere ait idemque in hac causa servandum, quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fideiussorem accepit. ideoque in utraque specie transeunt actiones.*

<sup>74)</sup> LEIST, Continuazione di questo Commentario, lib. XXXVII, tit. I § 1599 num. 7 (ediz. tedesca parte II pag. 27 seg.).

<sup>75)</sup> Ivi num. 10 (ediz. tedesca pag. 47 seg.).

<sup>76)</sup> Ivi § 1600 num. 49 (ediz. tedesca pag. 292 seg.).

<sup>77)</sup> Il LEIST, loc. cit. nota 54 fa qui richiamo alla sua *bonorum possessio* II, 2 pag. 30, dove riferendosi alla L. 13 pr. dice: — « come dovevano esprimersi i Romani, quando volevano dire in modo affatto generale « richiedere l'eredità? » L'espressione qui usata veniva spontanea, specialmente in quei casi, in cui si trattava di un possesso duraturo dell'eredità (*bonorum possessio cum re*), senza che si volesse con essa designare ciò, che tecnicamente si chiamava *hereditatis petitio possessoria*. Chi pensi alla natura della terminologia romana (nella nota 2 è detto a questo proposito: « Altrimenti si potrebbe anche dire, che per es. con: *servitus debetur* si intenda parlare di un *debitor* »), non avrà alcuna difficoltà, a prendere qui l'*hereditatem petere* in un senso più generale, per richiesta dell'eredità, non avendo i Romani a loro disposizione

Ed era perciò forse necessario, che egli pensasse a prevenire il malinteso, che quelle parole volessero significare non le ben note *actiones* « *quas praetor se daturum his pollicetur, quibus ex edicto bonorum possessio data est* », ma una *hereditatis petitio* di speciale configurazione? »

Di fronte a tali spiegazioni dobbiamo aderire pienamente al giudizio dello SCHROEDER <sup>78)</sup>, che il LEIST esageri la portata della L. 13 pr. cit. Nemmeno questa, come non lo fa la L. 21 pr. D., *de fideiuss.* cit., vuol punto parlare del risultato materiale complessivo della *bonorum possessio contra tabulas* <sup>79)</sup>. Perciò non si può intendere l'*hereditatem petere* come una « materiale richiesta dell'eredità » <sup>80)</sup>. Se il LEIST ha dato un valore eccessivo a quel frammento, si è perchè egli non poteva apprezzarne il semplice significato, essendogli sfuggito il carattere speciale degli oggetti, di cui il frammento parla. Acutamente osserva lo SCHROEDER più avanti: « Non è a caso, che il

un altro termine, per esprimere quest'atto. Ciò si desume con certezza dalla L. 1 Cod. *quor. bon.* ». Su questo passo vedi infra num. 23.

<sup>78)</sup> *Successione necessaria* pag. 149.

<sup>79)</sup> Questo frammento dice semplicemente, che come l'*heres fiduciarius* deve cedere al fidecommissario universale i diritti, che ha acquistati *ex causa hereditaria*, così deve cederli anche lo *scriptus heres* al *bonorum possessor contra tabulas: transeunt actiones* è detto precisamente delle azioni cedute per obbligo. Vedi SCHRÖDER, loc. cit. pag. 148, il quale a ragione cita all'appoggio anche la L. 22 D. *de pec. const.* XIII, 5. In ciò tuttavia non deve scorgersi assolutamente alcuna peculiarità della posizione giuridica del fidecommissario universale e del *bonorum possessor contra tabulas*; anzi l'*heres* ha precisamente lo stesso diritto di fronte al possessore dell'eredità, e in specie di fronte al *bonorum possessor sine re*, alla cessione delle nuove azioni acquistate, non a lui, ma a questo *ex causa hereditaria* L. 16 § 4; L. 20 § 17; L. 35; L. 40 § 2 D. *de H. P. V.* 3 e su di esse FRANCKE, *Commentar* pag. 192 seg. pag. 337 e pag. 363. Precisamente di questo caso di un *bonorum possessor sine re* tratta la L. 22 cit. D. *de pec. const.*; un altro possessore dell'eredità che non è il *bonorum possessor* non avrebbe potuto in verun modo accettare con effetto giuridico un costituito di un credito ereditario, non avendo egli nessun credito. Cfr. FRANCKE, loc. cit. pag. 277 segg. alla L. 25 § 2 D. *de H. P. V.* 3.

<sup>80)</sup> Del resto il LEIST, non ha considerato, che quell'espressione, nel caso che non si riferisse alla *hereditatis petitio possessoria*, dovrebbe esser limitata al *Quorum bonorum*: alle azioni singolari ereditarie del *bonorum possessor contra tabulas* lo *scriptus heres* avrebbe opposto senza dubbio la *exceptio ne praeiudicium fiat hereditati*. Cfr. sopra num. 18 nota 54 a pag. 92 (Ediz. ted., pag. 121).

giurista parla di *praedia e servi hereditarii*; GIULIANO ha scritto: « *co-gendum est — mancipare* », il *praestare* proviene da una interpolazione <sup>81)</sup>. E ben s'intende, come il pretore costringa l'erede testamentario alla mancipazione, poichè egli per mezzo della *bonorum possessio contra tabulas* rende privo d'effetto il suo acquisto <sup>82)</sup>. Dunque questo frammento ci vieta addirittura di scorgere nell'*hereditatis petitio* un accenno al *Quorum bonorum*; e non resta che riferirlo all'*hereditatis petitio possessoria* <sup>83)</sup>.

21. C'è poi la L. 3 § 13 D., *de Carb. ed.* XXXVII, 10.

Com'è noto l'editto Carboniano aveva per iscopo di procacciare provvisoriamente il godimento dell'eredità a un impubere, a cui vien contestata la qualità di *liber* del defunto, mentre la decisione circa la sua qualità di figlio è differita al tempo, in cui egli abbia raggiunto la pubertà. Se egli in conformità di questo suo privilegio ha domandato la provvisoria *bonorum possessio Carboniana*, e prestato al contropretendente la cauzione reale necessaria, viene frattanto <sup>84)</sup>

<sup>81)</sup> Come passo analogo lo SCHRÖDER, loc. cit. pag. 149 nota 16 cita la L. 18 D. *de R. V.* VI, 1.

<sup>82)</sup> Nella compilazione la L. 13 pr. può riferirsi soltanto a quegli acquisti, che lo *scriptus heres* ha fatto *ex causa hereditaria* dopo l'adizione dell'eredità, come risulta anche dalla L. 21 pr. D. *de fideiuss.*, cit. SCHRÖDER, loc. cit.

<sup>83)</sup> SCHRÖDER, loc. cit. pag. 151 seg. — LENEL, *Ed. perp.* pag. 142. — Non si può pensare a riferire quel frammento a una delle azioni singolari ereditarie, a prescindere dall'*exceptio, ne praedictum fiat hereditati* (vedi sopra nota 80), anche perchè nessuna di tali azioni è diretta alla mancipazione del suo oggetto, nemmeno la *rei vindicatio ficticia* del *bonorum possessor*.

<sup>84)</sup> Se egli ha domandato anche la *bonorum possessio ordinaria unde liberi o contra tabulas*, ha allora i mezzi processuali del *bonorum possessor ordinarius* anche oltre il tempo dell'impubertà, *perpetuo*: l'agnizione della *bonorum possessio Carboniana* non limita quei mezzi processuali al periodo dell'impubertà; se però *post pubertatem* non gli è riconosciuta la qualità di figlio, quei mezzi gli son denegati. Questo è il senso della L. 4 D. *de Carb. ed.* XXXVII, 10 a cui, perchè possa essere bene intesa, facciamo precedere la L. 13 §§ 14-16 *cod.* L. 13 (ULP., lib. XLI *ad ed.*) § 14: *Haec autem possessio (sc. Carboniana) intra annum datur, siculi ordinariae quoque, quae liberis dantur, intra annum dantur.* § 15: *Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam bonorum possessionem accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.* § 16: *Currunt autem tempora ad utrumque bonorum possessionem separatim, ordinariae quidem, ex quo patrem suum decessisse scit et facultatem bonorum possessionis petendae habuit, Carbonianae vero ex eo tempore, ex quo controversiam sibi fieri cognovit.*



protetto come *bonorum possessor*. Di fronte ai terzi egli ha tutti i mezzi giuridici del *bonorum possessor*, senza che quelli possano opporgli a mo' d'eccezione la natura puramente provvisoria della *bonorum possessio* conferitagli. Perocchè la decisione definitiva della questione di successione tra il *Carbonianus possessor* e il contropretendente è lasciata interamente impregiudicata non solo dalle azioni singolari contro debitori ereditarii e contro possessori di cose ereditarie, ma, come deve tenersi per certo, anche dall'*hereditatis petitio possessoria* del *Carbonianus possessor* contro ogni *possessor pro possessore*. Di questi rapporti parlano i passi seguenti:

L. 3 § 5 D., *de Carb. ed.* XXXVII, 10:

(ULPIAN., lib. XLI, *ad ed.*) — *Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat etc.*

---

L. 4 (JULIAN. lib. XXIV Dig.): *Ideo si ex prima parte edicti bonorum possessionem non (intra annum scr. M.) petierit, alias poterit ex sequenti parte edicti ad exemplum Carboniani accipere bonorum possessionem, alias non poterit. nam si confestim post patris mortem controversia ei facta fuerit, an inter liberos bonorum possessionem accipere possit, simul ad utriusque edicti causam annus cessisse videbitur: si vero interposito tempore scierit controversiam sibi moveri, poterit etiam finito tempore, intra quod ex prima parte bonorum possessionem acceperat, ex sequenti bonorum possessionem petere. quam cum acceperit, perpetuo possessoris actionibus utetur: sed si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit, denegabuntur ei actiones.* Nelle parole della L. 4: *quam cum acceperit* (cioè la *bonorum possessio Carboniana*) il *cum* deve tradursi con « quantunque » oppure con « nonostante che ». Cfr. CIC. *pro Mil.* XXXV, 98. *de off. I.* 1, 4 *de legib.* I, 7, 22. — KÜHNER, *Schulgrammatik der Lateinischen Sprache* (Grammatica della lingua latina per le scuole) § 149 sotto il num. 9. Le *actiones possessoriae* non sono altro che i mezzi processuali consueti del *bonorum possessor ordinarius*, cioè il *Quorum bonorum*, le azioni singolari fittizie e l'*hereditatis petitio possessoria*, e non, come reputa il LEIST, *Continuazione di questo Commentario* lib. XXXVII, tit. I § 1600 num. 49 lett. c (ediz. ted., parte II pag. 296 seg.) (vedi anche tit. X § 1618 num. 17 (ediz. tedesca parte IV pag. 96 seg.) sotto la lettera c) le « azioni concesse lasciando intatta la controversia circa la successione », in altri termini le azioni istituite specialmente per il *Carbonianus bonorum possessor*. Perocchè, se ci fossero state di tali azioni, avrebbero dovuto restar limitate al periodo della *Carboniana possessio*. Nel *perpetuo* poi non si può scorgere col LEIST, loc. cit. nota 60, un accenno esplicito alla imprescrittibilità delle *actiones ficticiae*, giacchè ce lo vieta innanzi tutto il contesto, nel quale un tale accenno non sarebbe a suo posto.

L. 7 § 4 *cod.*:

(IULIAN., lib. XXIV *dig.*) *Quotiens Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui bonorum possessionem acceperit.*

L. 15 *cod.*:

(HERMOGENIAN., lib. III *iuris epitomarum*) *Haec bonorum possessio, si satisdatum sit, non tantum ad possessionem apiscendam, sed ad res etiam persequendas et debitum exigendum — prodest.*

Ma è diversa la posizione del *Carbonianus possessor* di fronte al *possessor pro herede*, cioè di fronte a colui, che gli contesta la qualità di figlio. Certo egli deve essere in grado di togliere anche a costui il possesso delle cose ereditarie; ma sarebbe un profittare della propria posizione di *bonorum possessor* in modo ingiustamente dannoso al contropretendente, se egli, basandosi unicamente sulla *Carboniana possessio*, per sua natura puramente provvisoria, volesse valersi contro di quello dei mezzi processuali definitivi, che per sè stessi in forza della *Carboniana possessio* già gli competono: la sentenza su questi mezzi processuali farebbe cosa giudicata anche per la questione definitiva di successione differita. Perciò gli viene bensì liberamente accordato il *Quorum bonorum*; ma quei mezzi definitivi invece, cioè — poichè non è il caso di prendere qui in considerazione le *ficticiae actiones*, alle quali si poteva opporre la *praescriptio, ne praeiudicium fiat hereditati* — in ispecie l'*hereditatis petitio possessoria*, possono essere vittoriosamente respinti dal *possessor pro herede* con una *exceptio (doli)*, la quale è appunto diretta a evitare l'ingiustizia sopra accennata dei tentativi di fondare un'azione definitiva sulla *Carboniana possessio*. Del resto se il *Carbonianus possessor* vuol provocare subito una decisione definitiva della causa di successione, può sempre farlo nonostante la *Carboniana possessio* accordatagli: egli rinuncia allora a far valere la *Carboniana possessio* e fonda l'*hereditatis petitio* o le azioni successorie singolari unicamente sulla qualità di figlio, che gli vien contestata; in altri termini propone tali azioni come *heres* o come *bonorum possessor ordinarius*<sup>85</sup>). Questo è il contenuto della L. 3 *cit.* § 13:

<sup>85</sup>) LEIST, *loc. cit.* (ediz. tedesca II, § 1600 num. 49 pag. 298 seg.).

(ULPIAN., lib. XLI, ad ed.) *Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere* (cioè per mezzo del *Quorum bonorum*, di cui il *Carbonianus possessor* può valersi contro ogni possessor sia *pro herede*, che *pro possessore*). *quod si coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus* (cioè dal possessor *pro herede*) *aut singulas res* (dal medesimo), *rectissime IULIANUS, libro vicensimo quarto digestorum scribit exceptione eum summovendum: contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum praetor tantisper constituit. si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres* (cioè, se egli afferma di essere suus del defunto), *ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.*

Manifestamente è in modo affatto arbitrario che il LEIST, per non esser costretto a riconoscere l'esistenza dell'*hereditatis petitio possessoria* nell'epoca classica, invece di intendere senz'altro le parole: *hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus* nel loro senso semplice ed immediato, non solo riferisce al *Quorum bonorum l'hereditatem petere*, che « già perchè contrapposto alla *hereditatis petitio dell'heres*, qui definita espressamente come *DIRECTA actio*, non può designare che una *utilis hereditatis petitio del bonorum possessor* »<sup>85 a)</sup>, ma afferma che sì questo interdetto, che le *fictionae actiones del Carbonianus possessor* dovevano avere una dicitura particolare<sup>86</sup>). In verità basterebbe il suo tentativo di rendere una tal dicitura mercè la *praescriptio PRO ACTORE: ea res agatur, ne praeiudicium hereditati fiat*, a mostrare l'errore del suo ragionamento. Imperocchè ove le azioni in discorso nella loro dicitura abituale facciano *res iudicata* per la *hereditatis petitio*, quella *praescriptio* dovrebbe far inevitabilmente respingere l'attore, perchè direttamente contraddicente all'*intentio* dell'azione; ove invece le azioni di per sè non rappresentino un *praeiudicium* della *hereditatis petitio*, una tale *praescriptio* si rivelerebbe vana.

Intesa dunque nel suo vero significato, la L. 3 § 13 non solo ribadisce l'affermazione del LENEL<sup>87</sup>) sopra riferita, che ad ogni *bonorum*

<sup>85 a)</sup> LENEL, loc. cit. pag. 142. — SCHRÖDER, loc. cit. pag. 152.

<sup>86)</sup> loc. cit. (ediz. tedesca parte II pag. 297).

<sup>87)</sup> Ed. perp. pag. 141 (vedi sopra pag. 93 (ediz. tedesca pag. 123)).

*possessor* era data l'*hereditatis petitio possessoria*, e contro possibili abusi v'era la difesa di una *exceptio*, ma è nello stesso tempo una prova importante della natura assolutamente provvisoria del *Quorum bonorum*. Perciò potremo senz'altro ritener dato questo interdetto per es. anche al *furiosus* in base alla *bonorum possessio furiosi nomine* e a colui, che è stato immerso nel possesso in base alla *bonorum possessio secundum tabulas* acquistata *pendente condicione* contro quel *possessor pro herede* o *pro possessore*, pel quale si può prevedere eventualmente un diritto di successione definitivo in luogo del *bonorum possessor*; e di rincontro potremo ritenere resa innocua l'*hereditatis petitio possessoria* e, ove possa esser necessario, le azioni singolari successorie di quei *bonorum possessores* di fronte a questo *possessor pro herede* o *pro possessore*, per mezzo di un'eccezione, che si basa sulla natura provvisoria della *bonorum possessio* dell'attore.

22. Vi è poi la L. 5 § 1 D., *de his, quae ut indignis* XXXIV, 9:

(PAULUS, lib. I *de iure fisci*) *Ille, qui non iure factum contendit (sc. testamentum) nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit: (ergo del. M.) qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, DIVUS PIUS ita rescripsit: « cognati Sophronis, licet ab herede instituto acceperant legata, tamen, si is eius condicionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt. prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona condicione aetate causa cognita a iudice constituendum erit ».*

Un cognato chiamato nel caso qui esposto alla successione intestata, pel semplice fatto, che ha accettato un legato, non perde il diritto di impugnare come non validamente fatto (*non iure factum*) il testamento, nel quale gli è assegnato quel legato; egli può invece ipso iure anche adesso PETERE HEREDITATEM. Ora si può ben concedere al LEIST<sup>88)</sup>, che questa norma valga anche per quel cognato, a cui secondo le parole di ULPIANO<sup>89)</sup>, *ab intestato HEREDITAS defertur per praetoris beneficium, non per ius civile*, il quale in altri termini può ottener l'eredità solo in forza della *bonorum possessio intestati*; ma da ciò non consegue in verun modo, che questo *petere hereditatem*

<sup>88)</sup> *Commentario* l. c. (ediz. tedesca parte II pag. 300 seg.).

<sup>89)</sup> *Collat.* XVI, 5, 1.

si debba « intendere anch'esso nel senso della *richiesta materiale definitiva dell'eredità, senza riguardo alla formale configurazione dell'azione* », in altri termini — dappoichè le azioni singolari fittizie non vanno qui di fatto prese in considerazione a cagione della *praescriptio, ne praecudicium fiat hereditati* — riferendola essenzialmente anche all'interdetto *Quorum bonorum*. Lasciamo pure da parte il vedere, se per cognati, come sono nominati senz'altra specificazione nella L. 5 § 1 cit., non sia lecito intendere anche quelli, i quali come agnati sono chiamati nello stesso tempo *iure civili* alla successione intestata, e che per conseguenza, nel caso che non domandino in tempo utile la *bonorum possessio*, non possono valersi del *Quorum bonorum*, ma si bene dell'*hereditatis petitio*. Perocchè il LEIST potrebbe pur sempre dichiarare possibile il riferire in questo caso il *petere hereditatem* all'*hereditatis petitio* vera e propria, e nel primo caso al *Quorum bonorum*. Ma nel titolo *de hereditatis petitione* noi possediamo dei luoghi paralleli a questa L. 5 § 1, i quali come mezzo processuale spettante a colui, che, quantunque abbia già accettato un legato, considera come non validamente fatto o falsificato <sup>90)</sup> il testamento, che glielo assegna, nominano in modo generale ed esplicito esclusivamente l'*hereditatis petitio*.

Particolarmente è da notare la L. 43 D. *de H. P.* V, 3, che non solo è dello stesso autore della L. 5 cit., ma molto probabilmente cita il medesimo rescritto di ANTONINO PIO <sup>91)</sup>, che quel passo ci dà testualmente; certo un rescritto, che risolve il medesimo caso giuridico.

(PAULUS, lib. II, *ad Plautium*) *Postquam legatum a te accepi, HEREDITATEM PETO. ATILICINUS quibusdam placuisse ait, non aliter mihi adversus te dandam PETITIONEM, quam si legatum redderem. videamus*

<sup>90)</sup> L. 5 cit. pr. D. *de his, quae ut indign.* XXXIV, 9; L. 8 D. *de H. P.* V, 3 (vedi questa pag. e la pag. seg. (ediz. ted. pag. 142). L. 3 D. *de leg. Cornel. de fals.* XLVIII, 10. Vedi FRANCKE, *Commentar* pag. 126 segg.

<sup>91)</sup> Vedi in proposito FRANCKE, loc. cit. pag. 130. Cfr. L. 15 pr. D. *qui et a quib. manum.* XL, 9 (PAUL.) e L. 49 D. *de I. F.* XLIX, 14 (PAUL.), dove si fa menzione di rescritti di un IMPERATORE ANTONINO, che secondo la L. 8 § 2 D. *de manum.* XL, 1 e L. 59 § 1 D. *ad leg. Faloid.* XXXV, 2 è ANTONINO PIO.

tamen, ne non aliter PETITOR HEREDITATIS legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum DE HEREDITATE iudicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum, quod solverit, retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem HEREDITATEM PETIERIT adversarius: idque et LAELIUS probat. imperator autem ANTONINUS rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita HEREDITATIS PETITIONEM negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.

A questa fa seguito la L. 44 eod.:

(JAVOLENUS, lib. I ex Plautio) Cum is, qui legatum ex testamento percepit, HEREDITATEM PETIT, si legatum quocumque modo redditum non sit, IUDICIS OFFICIO CONTINETUR, UT VICTORI DEDUCTO EO, QUOD ACCEPIT, RESTITUATUR HEREDITAS —, frammento, che, anche prescindendo dal fatto, che esso fa parte del titolo *de hereditatis petitione*, pel suo contenuto non può venir riferito in alcun modo al *Quorum bonorum*, ma solo alla *hereditatis petitio* <sup>92</sup>).

E del pari la L. 8 eod. abbraccia anche il nostro caso:

(PAULUS, lib. XVI, ad ed.) LEGITIMAM HEREDITATEM VINDICARE non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

Di fronte a queste testimonianze delle fonti, segnatamente della L. 43 cit., è impossibile disconoscere, che anche nella L. 5 § 1 cit. col *petere hereditatem* sia designata l'*hereditatis petitio* <sup>93</sup>), tanto più dappoichè anche nell'ultimo di quei passi, nei quali quella espressione suol essere riferita al *Quorum bonorum*, cioè nella L. 1 *Quorum bonorum* VIII, 2, questo significato, come ora mostreremo, è addirittura inammissibile.

Qui intanto mi sia lecito fare ancora l'osservazione, che se la L. 5 § 1 intende parlare dell'*hereditatis petitio* e certo, se non esclusivamente, a preferenza dell'*hereditatis petitio possessoria* dei cognati chia-

<sup>92</sup>) Cfr. L. 38 (PAUL.). L. 58 (SCAEVOLA) D. de H. P. V, 3. Vedi FRANCKE, loc. cit. pag. 312. Secondo la L. 44 cit. già da JAVOLENO sono applicati nell'*hereditatis petitio* i principi della compensazione dei *bonae fidei iudicia* — cfr. GAIUS, IV, 61, 63 —, il che certo in quel tempo sarebbe stato affatto inconcepibile nel *Quorum bonorum*.

<sup>93</sup>) SCHRÖDER, loc. cit. pag. 152 nota 25.

masi solo alla successione pretoria, essa conferma, almeno indirettamente, il nostro concetto del rapporto, che passa tra il *Quorum bonorum* e l'*hereditatis petitio*, è in specie l'*hereditatis petitio possessoria*. Non è a caso che il rescritto in essa contenuto parla non del *Quorum bonorum*, ma dell'*hereditatis petitio*. Perocchè certo in un caso come questo, si vorrà subito venire a una lite diretta alla decisione definitiva della controversia sulla successione. Il convenuto ha infatti il più urgente interesse, che venga esaminata la prova, sulla quale egli fonda il suo diritto di successione. Quindi anche allorchè l'attore desiderasse valersi dell'interdetto, l'avversario con la sua difesa lo costringerebbe all'*hereditatis petitio*; e per conseguenza un attore accorto si appiglierà fin dal principio a quest'azione, che non gli impone nemmeno un maggiore onere di prova, che il *Quorum bonorum*. Del resto l'esame della L. 1 Cod. *Quorum bonorum* VIII, 2 ci mostrerà ancora, che il *Quorum bonorum* era in generale inammissibile contro lo *scriptus heres* allorquando questi, come certo avrà fatto il più delle volte, aveva domandato la *missio ex edicto Hadriani*.

23. L. 1 Cod. *Quorum bonorum* VIII, 2: *Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Iusto: Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, iudicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis adlega. quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. P P. VIII. K. Jan. Iaberano et Rufino conss. (197).*

Nell'interpretare questo rescritto dobbiamo tener presente il fatto, che esso proviene dalla cancelleria degli imperatori SEVERO e CARACALLA, e perciò se non è redatto direttamente da PAPIANO, è certo ispirato da lui; noi vi troveremo anzi, come or ora vedremo, una frase particolarmente familiare a PAPIANO. Per conseguenza non dobbiamo attenderci di rinvenire in questo rescritto delle istruzioni superflue date al richiedente, nè dall'altro lato dobbiamo presumere di intendere interamente il contenuto della risposta, prima di essere in grado di renderci pieno conto della portata di ciascuna espressione. Nè dell'una nè dell'altra cosa pare tuttavia abbia tenuto conto abbastanza il LEIST.

Secondo il LEIST <sup>91)</sup> il contenuto di questo passo è il seguente. Gli imperatori cominciano col dire in generale: quando si vuol « domandare l'eredità » come figlio del defunto bisogna provare ai giudici la verità della propria *intentio*. Questa massima senza dubbio si riferisce anche alla *civilis hereditatis petitio*, della quale però gli imperatori non parlano più oltre. Invece essi l'applicano alla *bonorum possessio*, e qui tale massima porta al risultato, che non basta l'aver domandato la *bonorum possessio*, ma il *bonorum possessor*, per ottenere ora anche l'immissione nel possesso del beni, deve provare i fatti, sui quali si basa quella *bonorum possessio* edittale. Un'interpretazione non forzata del passo conduce dunque appunto alla conclusione, che la via formale, per la quale il *bonorum possessor* « *hereditatem petit* » è l'interdetto *Quorum bonorum*. Che in tutti i casi questa via sia compresa nel senso dell'*hereditatem petere* è affatto indubitato. Che oltre a questa vi sia compresa pel *bonorum possessor* anche l'altra via dell'*hereditatis petitio possessoria* è cosa, di cui non si trova nessun accenno in questa legge ».

Ma innanzi tutto da che cosa potevano i detti imperatori, nel rendere questo rescritto, esser indotti a cominciare la loro dichiarazione del diritto col luogo comune così universalmente noto, che l'attore deve dimostrare ai giudici la verità della sua *intentio*? e per sovrappiù ad accentuare questo luogo comune, quasi rappresentasse una peculiarità del caso, in cui si voglia « domandare l'eredità in qualità di figlio del defunto »? Se si suppone come fa il LEIST in armonia con l'opinione generale <sup>95)</sup>, che la richiesta del rescritto avesse per oggetto di sapere, che cosa debba provare il *bonorum possessor contra tabulas* per ottenere il possesso delle cose ereditarie corporali, tutto il primo periodo (*Hereditatem — adlega*) è affatto ozioso: invece di una risposta contiene una norma superflua ed ovvia, che non ha nulla che fare col resto.

E poichè nell'ipotesi di una domanda posta in questi termini la

---

<sup>91)</sup> *Continuazione di questo Commentario* lib. XXXVII, tit. I § 1600, testo e note 55-56 (ediz. tedesca II, pag. 293 seg.).

<sup>95)</sup> Vedi anche SAVIGNY, *Vermischte Schriften* (Scritti varii) volume II pag. 275 seg.



forma speciale dell'azione da proporre, come il LEIST medesimo espone, in generale non occorre sia presa in considerazione, non si spiegherebbe poi la presenza delle parole « *interdicto Quorum bonorum* » nel secondo periodo, tanto più che esse danno luogo all'*argumentum a contrario*, che la norma ivi enunciata non debba valere per gli altri mezzi, con cui si può domandare l'eredità.

Con l'interpretazione del LEIST resta inoltre assolutamente incomprendibile, come possa il rescritto congiungere il secondo periodo col primo per mezzo di un « *enim* »: inteso il testo in quel modo, questo secondo periodo non contiene una dimostrazione del primo, ma una deduzione; quindi invece di « *enim* » vi si dovrebbe dire « *ergo* ».

Da ultimo nemmeno l'interpretazione del LEIST, come nessun'altra, che io mi conosca, dà pur l'ombra di una spiegazione delle parole: *et ad hereditatem vel bonorum possessionem ADMISSUM probaveris*; queste parole hanno l'aspetto di una inopportuna ripetizione dell'idea espressa prima (*bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti — te defuncti filium esse — probaveris*). Perocchè la *bonorum possessio contra tabulas*, come il LEIST ricorda espressamente, è *edictalis*; quando risulta, da un lato che essa è domandata in tempo utile e nella debita forma, e dall'altro lato che si hanno i requisiti voluti dall'editto, ciò basta a dimostrare la sua esistenza; non c'è bisogno di una *admissio* speciale. Che poi il *filius praeteritus* sia *suus* o *emancipatus*, ciò non può avere nessuna importanza nè per la facoltà d'impetrare l'interdetto *Quorum bonorum*, che gli spetta in base alla sua *bonorum possessio contra tabulas*, nè per il contenuto di tale interdetto: come attore nel procedimento del *Quorum bonorum* egli si basa esclusivamente sulla *bonorum possessio* ottenuta; nè l'essere egli per avventura anche *heres* influisce punto sull'interdetto. Per qual motivo dunque e a quale scopo avrebbero dovuto gli imperatori distinguere tra *admitti ad hereditatem* e *admitti ad bonorum possessionem*?<sup>96)</sup> E che cosa può significare in generale l'*ADMITTI ad hereditatem*, segnatamente di fronte a un *suus*, il quale anzi diviene *heres* contro la propria volontà?

<sup>96)</sup> Ciò può valere a confutare anche quanto espone il LEIST, La *bonorum possessio* vol. I pag. 389 seg., se io l'ho bene inteso.

Perciò dobbiamo prendere il partito di abbandonare l'ipotesi seguita finora circa la domanda, su cui è reso il rescritto. In suo luogo si offre subito di per sè la più naturale di tutte, e cioè la seguente: con quale azione il *bonorum possessor contra tabulas* ottiene nel modo più acconcio il possesso delle cose ereditarie corporali, e ciò, come possiamo senz'altro aggiungere, dallo *scriptus heres* possessore?

Senza dubbio sorge del pari spontanea la risposta: naturalmente col *Quorum bonorum*. Ma nello stesso modo che questa risposta è giusta pel caso, in cui lo *scriptus* si sia impossessato di proprio arbitrio delle cose dell'eredità, così è pur legittimo il dubbio, se essa calzi anche allorquando come avveniva ordinariamente, esso è pervenuto nel possesso in base alla *missio ex edicto Hadriani*. Infatti che lo *scriptus heres* solesse ottenere quella *missio* anche malgrado l'opposizione del *filius praeteritus*, in forza di un testamento, che soggiace alla *bonorum possessio contra tabulas*, ce lo insegna la L. 2 Cod. de edicto D. Hadriani tollendo VI, 33:

Imp. ALEXANDER A. Eutacho:

*Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse adleget aut falsum vel inofficiosum testamentum seu alio vitio subiectum, vel servus defunctus esse dicatur, tamen mitti solet (a. 223).*

Ora non è certo cosa di per sè chiara ed evidente, che il *bonorum possessor contra tabulas* potesse togliere con l'interdetto anche allo *scriptus immissus* il possesso delle cose ereditarie, — per lo meno ciò non si comprende, fintantochè non sia dimostrata la natura definitiva dell'interdetto. E poichè noi contestiamo, che l'interdetto abbia una tal natura, ci sarà permesso, in mancanza di una decisione delle fonti in proposito, di ammettere frattanto, che di fronte alla *missio Hadrianea* il *Quorum bonorum* è escluso, e di cercare da questo punto di vista, in cui così ci poniamo, come si debba intendere la L. 1 Cod. *Quorum bonorum*, supponendo, che avversario del richiedente fosse appunto lo *scriptus heres* immesso o autorizzato a immettersi nel possesso.

Se, data questa ipotesi, il rescritto viene a dichiarare inapplicabile l'interdetto ogniqualvolta la *missio scripti* è seguita o può ancora seguire, quell' « enim » finora enigmatico acquista un significato conforme a un noto modo di esprimersi di PAPINIANO: esso fonda la

necessità del precetto enunciato con la proposizione precedente appunto mediante l'inammissibilità del caso concreto della norma contenuta nella proposizione, che comincia con questo *enim*<sup>97)</sup>. In altri termini il rescritto dice: L'azione acconcia è l'*hereditatis petitio*, perchè il *Quorum bonorum* non è acconcio. « Nello stesso tempo noi giungiamo a comprendere, perchè l'accenno all'*hereditatis petitio* è stato messo in principio: esso è considerato come punto capitale della decisione.

Qui del resto è affatto indifferente che il *praeteritus* richiedente debba proporre l'*hereditatis petitio directio* come *suus*, o l'*hereditatis petitio possessoria* come *emancipatus* in forza della acquistata *bonorum possessio contra tabulas*.

Ora si spiega anche, come potessero gli imperatori, che hanno reso il rescritto, dichiarare insufficiente qui la dimostrazione dei fatti, che bastano in tutti gli altri casi a fondare il *Quorum bonorum*, cioè da un lato la prova della *agnitio bonorum possessionis* seguita in tempo utile e nel debito modo, e dall'altro lato la prova della qualità di figlio del defunto fornita dal preterito: data la nostra ipotesi, il preterito poteva venire ammesso a sua volta (*admitti*)<sup>98)</sup> all'acquisto del possesso provvisorio solo allorquando quella *missio scripti* non avesse avuto luogo e non potesse più aver luogo.

Finalmente diventa per noi chiaro anche il senso delle parole « *ad hereditatem vel bonorum possessionem* ». Ai Romani mancava un termine tecnico per designar ciò, a cui lo *scriptus heres* è ammesso in

<sup>97)</sup> Cfr. L. 23 D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII, 6; L. 68 D. *de I. D.* XXIII, 3; L. 79 § 2 D. *de H. I.* XXVIII, 5; L. 10 § 1 D. *de alim. leg.* XXXIV, 1; L. 93 D. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2; L. 34 pr. D. *de statulib.* XL, 7. Vedi *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio di pratica civile) vol. LXV pag. 462 e segg. Vedi anche la L. 24 D. *depos.* XVI, 3.

<sup>98)</sup> *Admitti* significa precisamente l'essere ammesso in un ordine determinato. Rubr. Cod. VI, 9: *Qui admitti ad bonorum possessionem possunt etc.* L. 1 Cod. *de succ. ed.* VI, 16: — *ex edicto, quo prioribus non petentibus sequentibus permittitur (sc. b. p.), admissus es.* L. 1 § 8 D. *eod.* XXXVIII, 9: *Si intra centesimum diem mortuus sit prior, statim sequens admitti potest.* § 11: *Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque, qui exclusus est, admittatur.* L. 4 pr. Cod. *de V. S.* VI, 38: — *an secundum aliquem ordinem admittatur, — primum — quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum.*

forza della *missio*, e a cui il *bonorum possessor* nella nostra ipotesi non è ammesso; cioè per denotare il possesso provvisorio dei beni ereditarii corporali. Non vien naturalmente fatto di servirsi per ciò della parola *hereditas*? (in questo senso = cose ereditarie). Ma una volta messa lì quest'espressione, essa si palesa subito come equivoca per la molteplicità dei suoi significati, e specialmente perchè è usata anche a designare il *diritto di successione civile*, perciò viene chiarita con una seconda espressione « *bonorum possessionem* » congiunta alla prima mediante un « *vel* » = « cioè ». Evidentemente qui non si può parlare della successione universale pretoria in un patrimonio ereditario: il *filii praeteritus* aveva già acquistato con la sua regolare agnizione la *bonorum possessio* in questo significato tecnico. *Bonorum possessio* qui non può significare altro, che il possesso provvisorio delle cose ereditarie<sup>98 a)</sup>. Ma perciò appunto gli imperatori non potevano nemmeno dire *bonorum possessio* senz'altro; soltanto unite così a mo' di spiegazione mediante il « *vel* » ciascuna delle espressioni usate è garantita dal malinteso, a cui da sola soggiacerebbe.

Da tutto ciò dunque risulta, che partendo dalla nostra ipotesi la L. 1 Cod. *Quor. bon.* acquista un senso soddisfacente per ogni riguardo. Se finora tale ipotesi poggiava solo su di una premessa da dimostrare, ora essa apparisce assolutamente giustificata. Possiamo considerare come dimostrato, che allo *scriptus* immesso *ex edicto Hadriani* non poteva esser sottratto col *Quorum bonorum* il possesso di cose ereditarie corporali.

Affinchè si possa meglio abbracciar con la mente, tutta la questione trattata, daremo ancora una traduzione della L. 1 cit.:

« Tu, che proponi la *hereditatis petitio*<sup>99)</sup> per l'eredità di colui, che

<sup>98 a)</sup> Appunto in questo senso è senza alcun dubbio usata questa espressione nella L. 1 § 1 D. *de ventre in poss.* XXXVII, 9 (ULP.): *datio bonorum possessionis*. Cfr. L. 10 *cod.* (PAUL.): — *ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum*. Vedi anche CIC. *pro Quint.* 29, 89; *quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in universis, quae teneri ac possideri possint*. L. 1 pr. D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* XLIII, 4: *Ait praetor: « Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo — in possessionem bonorum sit » etc.*

<sup>99)</sup> Sembra plausibile che con i *iudices, qui super ea re cognituri erunt* siano designati i centunviri, i quali, se ciò è vero, sarebbero dunque stati compe-

dici essere stato tuo padre, produci innanzi ai giudici competenti <sup>100)</sup> la prova di quanto affermi nella tua azione. Perocchè sebbene tu abbia domandato la *bonorum possessio* come *preteritus*, tuttavia potrai ottenere il possesso, solo allorquando tu dimostri, che sei il figlio del defunto, e che a te ora spetta l'eredità, cioè il possesso (provvisorio) delle cose ereditarie corporali ».

Noi crediamo con ciò di aver completamente dimostrato il nostro assunto. Precisamente nello stesso modo, che l'interdetto *de homine libero exhibendo* vien meno, allorchè si solleva la questione circa la libertà di colui, che deve essere esibito, vien meno il *Quorum bonorum* allorchè l'attore pone la questione sul diritto di successione definitivo. Questo interdetto soltanto allora è diretto contro colui, *qui heres est* o contro colui, *qui se heredem putat*, quando questi non affermi di fronte all'attore un diritto di successione definitivo <sup>1)</sup>. E

---

tenti anche per la *hereditatis petitio* del *praeteritus*, in altri termini per la decisione definitiva sul cosiddetto diritto formale di successione necessaria.

<sup>100)</sup> Secondo la *Glossa* alla L. 1 cit. già BULGARO vedeva designata dalle parole *hereditatem petiturus* l'*hereditatis petitio*, e tanto la *directa*, *si est heres de iure civili*, quanto la *utilis*, *si de iure praetorio*. Ma ACCURSIO osserva in proposito: *quod est verum, sed non per hanc legem. Le Dissensiones dominorum* ed. HAENEL nulla dicono sull'opinione di BULGARO.

<sup>1)</sup> Che non voglia significare appunto questo, cioè l'assenza di tale affermazione, l'espressione « *ac negotium integrum est* » della L. 2 Cod. *Quor. bon.*, VIII, 2? Questa legge dice (DIOCLET. et MAXIM. 294): *Si ex edicto sororis patruelis intestato sine liberis defunctae recte petita bonorum possessione quaesisti successione, ac negotium integrum est, quas cum moreretur eius fuerunt, secundum edicti Quorum bonorum tenorem ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desiderint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet.* La *Glossa* interpreta: i. e. *non finitum pacto vel sententia*; ma se è bensì vero che per questo significato si potrebbe citare come luogo parallelo la L. 23 Cod. *de fideic.*, VI, 42 (DIOCLET. et MAXIM. 293), tuttavia non saprei vedere, che cosa avrebbe potuto indurre gli imperatori a fare un tale accenno. Il LEIST, *De bonorum possessio*, I pag. 388 nota 7, ritiene che quelle parole siano una spiegazione di ciò che precede « dovendo la *bonorum possessio* essere *integra* (*recte petita*) », oppure, per analogia con l'espressione *res integra*, che gli imperatori presuppongano « che i *corpora hereditaria* esistano ancora, perchè solo a questi è diretto l'interdetto ». Tuttavia lo si deve certo approvare, quando dopo quest'ultima spiegazione egli stesso aggiunge: « Ma in tal caso la parola *negotium* sarebbe strana » (cfr. anche ivi II b pag. 175 nota 2). Oltredichè è falso, anche secondo la sua stessa

appunto perciò la decisione avente forza di cosa giudicata pronunciata sull'interdetto non ha alcun effetto per l'*hereditatis petitio*. L'interdetto è un mezzo processuale puramente provvisorio.

24. Come il *Quorum bonorum* sono *adipiscendae possessionis de universitate* il cosiddetto *interdictum possessorium* (N.º 7) del *bonorum emptor* <sup>2)</sup> e l'*interdictum sectorium* (N.º 8) del *sector* <sup>3)</sup>. Si potrebbe dichiararli senz'altro provvisorii per analogia col *Quorum bonorum*. Peraltro la decisione su questo punto dipenderà innanzi tutto dalla conclusione, a cui dovremo venire circa la loro legittimazione passiva.

Infatti se essi erano diretti, come il *Quorum bonorum* nella sua forma più recente, contro chiunque si fosse messo di proprio arbitrio in possesso di cose, che nel momento decisivo si erano trovate nella detenzione del fallito o di colui, il cui patrimonio era stato venduto all'asta pubblica, quindi anche del *possessor titulo singulari*, non si potrebbe contestare la sua natura possessoria. Perocchè è assai difficile che il possessore avesse potuto allora basare una *exceptio* su quel titolo singolare.

È però diverso, se questi interdetti, come il *Quorum bonorum* classico, erano diretti soltanto contro il *possessor pro possessore* e, ove ciò sia concepibile, contro il *possessor pro bonorum emptore* e rispettivamente *pro sectore*. In tal caso il possesso, che il *bonorum emptor* o il *sector* aveva acquistato, avrebbe potuto senza dubbio essergli di nuovo tolto da un terzo in forza di un mezzo processuale petitorio, per es. in forza della *rei vindicatio*, della *hypotecaria in rem actio*, oppure dell'*actio depositi, commodati, locati*. Ma non perciò quegli interdetti

esposizione della L. 2, che l'ammissibilità dell'interdetto dipenda dall'esistenza delle cose ereditarie: esso è diretto anche contro il *dolo desinens possidere*, sia che le cose alienate siano ancora in *rerum natura* o no. La prima spiegazione del LEIST non è poi che un segno del suo imbarazzo. Come potrebbe inoltre esser detto *negotium integrum* il fatto della regolare agnizione fondata sul richiamo conforme all'editto? In nessun altro luogo *negotium integrum* è chiamato « atto giuridico fondato ». Cfr. LEIST, loc. cit., II b pag. 174 seg.

<sup>2)</sup> GAIO IV, 145: *Bonorum quoque emptori similiter (sc. ac bonorum possessori) proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.*

<sup>3)</sup> GAIO IV, 146: *Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur, qui publice bona mercantur.*

sarebbero stati provvisorii, come non è provvisoria l'*hereditatis petitio*, sebbene il possesso ottenuto in forza di quest'azione su cose, che il defunto deteneva alla sua morte, possa esser ritolto da un terzo all'erede vincitore per mezzo di un giudizio petitorio <sup>4)</sup>.

In questa seconda ipotesi, per determinare il carattere provvisorio o definitivo degli interdetti in discorso, si dovrà piuttosto guardare unicamente, se per mezzo loro la questione circa la successione universale fondata per il *bonorum emptor* o il *sector* era condotta a una decisione definitiva oppur no.

Semprechè, come abbiamo accennato, sia in genere concepibile una lite, che avesse per oggetto il sapere, chi tra più pretendenti fosse il vero *bonorum emptor* o *sector* dei medesimi *bona*, è agevole intendere, come questa lite dovesse essere decisa per mezzo di quegli interdetti, precisamente nello stesso modo che l'analogia lite tra più persone, che affermavano essere *bonorum possessores* della medesima eredità, era discussa per mezzo del *Quorum bonorum* <sup>5)</sup>.

Invece, per quanto io mi sappia, da un lato, tolti questi interdetti, manca al *bonorum emptor* e al *sector* ogni altra azione universale: e dall'altro lato non v'è assolutamente nessun'altra azione universale, che si possa esercitare contro di essi riguardo alla successione universale, a cui affermano di aver diritto.

Dunque, data la nostra ipotesi, non resta, a mio parere, che ritenere quegli interdetti come mezzi processuali definitivi <sup>5 a)</sup>.

E questa ipotesi stessa acquista una grande forza di verità, non

<sup>4)</sup> L. 19 pr. § 2 D. de H. P., V, 3 e su di essa FRANCKE, *Commentar über den Pandektenitel de Hereditatis Petit.* (Commentario al titolo delle Pandette de *hered. petit.*), pag. 203 segg. e JHERING, *Jahrbücher* (Annali', vol. XVII pagina 425 segg.

<sup>5)</sup> Vedi sopra num. 16 alla nota 40 a pag. 84 (ediz. ted. pag. 111).

<sup>5 a)</sup> Di diversa opinione sembra il RUDORFF nelle annotazioni al *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) del SAVIGNY nota 15 pag. 573 seg. e nota 127 pag. 689, le cui osservazioni del resto mi sono riuscite incomprensibili sotto varii rapporti. Lo JHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sul fondamento della tutela del possesso, 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 67 nota 66 d, reputa i due interdetti puramente provvisori: « I convenuti saranno stati rimandati con le loro eccezioni di proprietà al giudizio petitorio ». Non dice però di quale azione intende parlare.

tanto per l'analogia col *Quorum bonorum*, che non è poi se non puramente esteriore, e per di più non è significata in modo certo dal *similiter* e dall'*eiusdem condicionis* di GAIO IV, 145 sq.<sup>6)</sup>, quanto piuttosto per la considerazione, che, come nell'antico *Quorum bonorum*, così qui non v'era alcun bisogno di estendere questi interdetti concedendoli anche contro il possessore *titulo singulari*; contro questo bastava pienamente l'azione singolare. È appunto ciò, che avveniva per l'*actio in factum del rei servandae causa immissus*, la quale non era data contro colui, che si opponeva al sequestro di singole cose vantando egli stesso un titolo singolare su di quelle, o contestando la loro pertinenza ai *bona debitoris* <sup>7)</sup>.

Per contro non sono mezzi definitivi gli interdetti: *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est* (N.° 4), e *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est* (N.° 5). Certo la legittimazione passiva è in ambedue ancor più ristretta che negli interdetti *Quorum bonorum, possessorium* e *sectorium*; essi hanno effetto solo contro colui, che non afferma un diritto proprio sugli oggetti controversi, nè contesta la loro pertinenza alla massa, riguardo alla quale è stata conferita la *missio* <sup>8)</sup>. E neppure v'è un altro mezzo processuale, con cui si possa stabilire definitivamente da parte dell'*immissus* o contro di lui l'efficacia della *missio* relativamente agli oggetti appartenenti senza contestazione alla massa, di cui si tratta. Ma ambedue questi interdetti non mirano che a scopi passeggeri. Nello stesso modo che l'interdetto del legatario può essere evitato con l'offerta della debita cauzione <sup>9)</sup>, così anche il suo

<sup>1)</sup> Queste due espressioni potrebbero limitarsi a significare, che questi due interdetti avevano la natura degli interdetti *adipiscendae possessionis*, di cui GAIO come primo esempio cita il *Quorum bonorum*.

<sup>2)</sup> L. 1 § 4 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.*, XLIII, 4 (ULP., libro LXXII [rectius: LXII cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 341 nota 8] *ad ed.*: *Si quis ideo possessione arcuerit [creditorum ins. M.], quia rem suam putabat vel sibi nequam vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc edicto non teneatur*.

<sup>3)</sup> Ciò non solo è attestato rispetto ad ambedue gli interdetti dalla analogia assolutamente ineccepibile dell'*actio in factum* dell'*immissus rei servandae causa* secondo la L. 1 § 4 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.*, XLIII, 4 (vedi nota precedente), ma rispetto al primo interdetto è esplicitamente enunciato dalla L. 5 §§ 5-10 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4.

<sup>9)</sup> L. 1 § 8 in fine D. *ne vis fiat ei, qui in poss.*, XLIII, 4: — *quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata*.



effetto (cioè il *simul cum herede esse in possessione bonorum, quae in causa hereditaria sunt*)<sup>10)</sup> può essere distrutto dall'offerta consecutiva della cauzione<sup>11)</sup> e dal pagamento del legato<sup>12)</sup>, o viceversa dalla sua estinzione, per esempio pel mancare della condizione<sup>13)</sup>, per la morte dell'onorato prima che questa condizione si verifichi<sup>14)</sup>, rinuncia *die legati veniente*, annullamento giudiziale del legato con forza di cosa giudicata<sup>15)</sup>. L'*in possessione esse della ventris nomine missa* cessa col finire del suo stato di gravidanza o con la constatazione che non c'è gravidanza<sup>16)</sup>, senza distinguere, se l'immissione sia stata ottenuta senza opposizione, o solo per mezzo dell'interdetto.

25. Similmente è provvisorio l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est* (N.º 23). L'*in possessione esse* protetto dall'interdetto cessa, non appena venga data debitamente (*repetita die*) la *cautio damni infecti*<sup>17)</sup>; o si trasforma eventualmente in seguito alla *missio ex secundo decreto* in possesso giuridico e proprietà pretoria<sup>18)</sup>. Tuttavia, se di fronte all'opposizione di colui, che è obbligato a prestare la cauzione, o di un terzo, chi ha dritto alla cauzione, invece di procacciarsi per mezzo dell'interdetto il possesso giuridico, e di farsi costituire *in bonis*, preferisce domandare il risarcimento dei danni con l'*actio in factum* basata sulla finzione di pre-

<sup>10)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 297 § 173.

<sup>11)</sup> L. 5 pr. § 1; L. 6 § 1 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4; L. 11 D. *ut legat. seu fideic. serv. causa cav.*, XXXVI, 3.

<sup>12)</sup> L. 40 D. *de solut.*, XLVI, 3; L. 6 § 1 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4.

<sup>13)</sup> Cfr. L. 1 § 20; L. 3 D. *ut legat. s. fideic. s. c. cav.*, XXXVI, 3.

<sup>14)</sup> Cfr. L. 1 cit. § 14; L. 5 pr. *ead.*

<sup>15)</sup> Cfr. L. 14 § 1; L. 16 *ead.*

<sup>16)</sup> L. 1 § 2, § 4 D. *de ventre in poss.*, XXXVII, 9. Vedi anche L. 1 cit. § 5 *ead.* (circa il verificarsi della condizione per la *exhereditio del nasciturus*).

<sup>17)</sup> BURCKHARD, *Continuazione di questo Commentario*, Libro XXXIX tit. II § 1680 num. 41 (ediz. ted. II, pag. 545 segg.). L. 15 §§ 31 seg. D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2. Cfr. L. 4 § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

<sup>18)</sup> BURCKHARD, loc. cit. num. 42 (ediz. ted. pag. 551 segg.) Colui che ha diritto alla cauzione, può con quest'interdetto vincere l'opposizione dell'altra parte contro la *missio ex secundo decreto*, a meno che non preferisca domandare il risarcimento dei danni con l'*actio in factum* basata sulla finzione di prestata cauzione. Con quella finzione dell'interdetto cessa necessariamente il suo effetto, giacchè da quel momento in poi l'attore ha la protezione degli interdetti *Uti possidetis* e *Unde vi*.

stata cauzione, egli viene con ciò a perdere il diritto al possesso del fondo, che minaccia il danno <sup>19)</sup>.

Sulla natura provvisoria dell'interdetto *de superficibus* (N.° 34) potrebbero far nascere qualche dubbio le prime parole della sua formula. Esse suonano:

*Ut ex lege locationis sive conductionis superficiei fruimini, etc.* <sup>20)</sup>.

A bella prima sembra ne risulti, che la decisione sull'esistenza e il contenuto del contratto di superficie sia una condizione richiesta dall'editto per l'efficacia dell'interdetto, cosicchè la sentenza del procedimento interdittale farebbe necessariamente cosa giudicata per l'azione derivante dal contratto di superficie e per l'*actio in rem* del superficiario ad un tempo.

Ma ciò non è che mera apparenza. In realtà quell'accenno dell'interdetto alla *lex locationis* esige soltanto l'affermazione e, ove occorra, la prova da parte di chi si dice superficiario, del che e del come egli si trovi di fatto col suo possesso in un rapporto di superficie. È per contro affatto indifferente per l'esito dell'interdetto, che esista un contratto valido a fondare un diritto di superficie, e che questo diritto stesso esista <sup>21)</sup>.

26. L'interdetto *de cloaca privata reficienda* (N.° 43) non presuppone il quasipossesso di una servitù di cloaca <sup>22)</sup>, ma soltanto l'esistenza di una cloaca <sup>23)</sup>. Perciò in ogni modo non è possessorio nel senso, che sia creato a tutela del quasipossesso. Secondo lo SCHMIDT <sup>24)</sup> esso richiederebbe la prova della proprietà, o di un diritto reale del-

<sup>19)</sup> BURCKHARD, loc. cit. num. 45 (ediz. tedesca pag. 592 segg.). L. 18 § 15 D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2.

<sup>20)</sup> L. 1 pr. D. *de superfi.*, XLIII, 18.

<sup>21)</sup> WÄCHTER, *Das Superficiar- oder Platzrecht* (Il diritto di superficie), 2.ª ediz. pag. 48 nota 5. — DEGENKOLB, *Platzrecht und Mieth* (Superficie e locazione), pag. 5 segg. — A. SCHMIDT, *Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechtes* (Annali del diritto comune tedesco), vol. III pag. 256 nota .19.

<sup>22)</sup> SCHMIDT, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XV pag. 80 segg.

<sup>23)</sup> *Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet etc.* L. 1 pr. D. h. t., XLIII, 23.

<sup>24)</sup> Loc. cit. pag. 78 seg. *Interdietenverfahren* (Procedura interdittale), pagina 83 seg. Cfr. PAOLO, *R. S.* V, 6, 13. L. 1 § 4 D. *de arb. casc.*, XLIII, 27. Vedi infra num. 41.

l'attore sul fondo, da cui emana la cloaca. Ora noi seguiamo l'opinione del BRINZEN<sup>25)</sup>, che ciò non si possa dedurre dalle parole dell'interdetto « *ex aedibus tuis* »<sup>26)</sup>, e reputiamo invece, che basti che l'attore sia possessore in buona fede di quel fondo<sup>27)</sup>. Ed anche se l'affermazione dello SCHMIDT colpisse nel segno, non ne risulterebbe in verun modo la *proprietas causa* dell'interdetto nel senso, che noi le diamo. Questo interdetto non può assolutamente fondare un giudizio definitivo. Perocchè l'eccezione dell'esercizio avvenuto *vi, clam, precario* ne è esclusa<sup>28)</sup>. Ora è inconcepibile, che colui, il quale ha praticato una cloaca in un modo indubbiamente illecito, debba avere un diritto inoppugnabile, a che sia mantenuta; e si noti anzi, che per una cloaca praticata *vi aut clam* ha luogo anche *post annum* l'interdetto *quod vi aut clam*<sup>29)</sup>. Nè vorrà lo SCHMIDT negare al proprietario, sul cui terreno vien condotta illecitamente una cloaca, la *negatoria in rem actio*<sup>30)</sup>.

Contro la natura definitiva dell'interdetto *de cloaca publica* (N.º 44) invece non saprei che cosa obiettare. Certo in nessun luogo è enunciato esplicitamente, che esso ammettesse l'*exceptio: praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decretove principum illi concessum est*. Pur tuttavia deve concedersi la possibilità di tale eccezione; perocchè non essendovi assolutamente nessuna azione, per far valere la concessione ottenuta per una costruzione, che rechi impedimento all'uso di una cloaca pubblica, non resta altra via a tale scopo all'infuori appunto di quell'eccezione.

<sup>25)</sup> *Pandekten* 2.<sup>a</sup> ediz., I pag. 805 nota 34. WINDSCHEID, *Pandekten*, I § 164 nota 14.

<sup>26)</sup> Si noti ancora contro questa deduzione, che sarebbe difficile trovare una ragione per desumere dalle parole, che seguono nell'interdetto: « *in tuas* » cioè *in tuas aedes*, che anche il diritto di proprietà del convenuto sul fondo dovesse esser dimostrato, ciò che, secondo quella argomentazione, avrebbe dovuto essere ugualmente necessario.

<sup>27)</sup> L'argomento desunto dal BRINZ in favore di questa opinione dalla L. 1 § 8 D. *de itin. actuque priv.*, XLIII, 19 non può estendersi oltre il possessore *in buona fede* del fondo in questione, come risulta dalle parole: *cum putaret fundum ad se pertinere*.

<sup>28)</sup> L. 1 § 7 D. h. t., XLIII, 23.

<sup>29)</sup> L. 15 § 5 D. *quod vi*, XLIII, 24. BRINZ, loc. cit. nota 32.

<sup>30)</sup> Una cloaca praticata per concessione precaria avrebbe potuto del pari esser soppressa con l'interdetto *de precario*.

27. L'interdetto *Quod vi aut clam* (N.º 46) *continet possessionis causam*: non gli si può opporre nè *ipso iure* <sup>31)</sup>, nè *ope exceptionis* <sup>32)</sup> un richiamo al *ius faciendi*. Ora evidentemente colui, che è autorizzato a un *opus in solo* non perde questo suo diritto pel fatto, che egli lo esercita di proprio arbitrio o clandestinamente contro un *ius prohibendi* in sè stesso fondato; dopochè è stato costretto per mezzo dell'interdetto a riporre le cose nello stato primitivo e a prestare il risarcimento del danno, che ha potuto risentire l'attore, egli può sempre far riconoscere questo suo *ius faciendi* in un nuovo processo, e quindi, fondandosi sulla sua vittoria, ristabilire di nuovo e definitivamente l'*opus*, che era stato costretto a rimuovere. Tuttavia è un errore ritenere, che questo interdetto sia un « mezzo processuale possessorio » <sup>33)</sup>. Esso infatti in certi casi, per fondare l'efficacia del divieto, per la cui inosservanza ha luogo, richiede la prova di un *diritto vero e proprio* <sup>34)</sup>.

L'interdetto del denunziante in base alla *remissio operis novi nuntiationis* (N.º 47) *rei persecutionem continet*: esso presuppone la prova del diritto di proibizione, e da un lato il suo risultato non può esser distrutto dal denunziato, dall'altro lato non v'è un mezzo, che soccorra il denunziante contro una decisione sfavorevole, avente forza di cosa giudicata, per inesistenza del diritto di proibizione <sup>35)</sup>.

31) L. 1 § 2 D. *quod vi*, XLIII, 24.

32) L. 1 cit. § 3.

33) Come fa per es. lo JHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik* (Annali di Dogmatica), vol. XXIII pag. 234.

34) In ispecie nel caso della L. 21 D. *de a. et a. pl. a.*, XXXIX, 3. STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nuntiatio u. s. w.* (La Dottrina della *operis novi nuntiatio*, ecc.), pag. 390 seg. — WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. II § 455 nota 6 a. Inoltre nel divieto fatto dal proprietario non possessore al possessore. — WINDSCHEID, loc. cit. nota 9 in fine.

35) Cfr. BURCKHARD nella *Continuazione di questo Commentario*, Serie dei libri XXXIX e XL parte I num. 49-51 e segnatamente num. 58. Lo PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 62 alla nota 4, non vorrebbe considerare come un interdetto proibitorio il decreto contenuto nella L. 1 pr. D. *de remiss.*, XLIII, 25. « Perocchè la condizione, intorno a cui potrebbe qui aggirarsi la lite *per sponsionem*, sarebbe soltanto il *ius prohibendi*, e su questo non si procede per interdetto, ma con l'azione ordinaria preparata dalla *cautio ex operis novi nuntiatione* ».

Invece si l'*interdictum demolitorium* (N.° 48) che l'interdetto *Ne ris fiat aedificanti* (N.° 49) sono puramente provvisorii. Infatti malgrado la sua condanna in base all'*interdictum demolitorium* il denunciato potrà erigere di nuovo l'edificio demolito, dopo aver ottenuto regolare remissione, o essersi procacciato mediante cauzione il permesso di costruire<sup>36)</sup>. E viceversa il denunciato, in forza dell'azione vittoriosamente sperimentata contro di lui in base all'interdetto proibitorio contenuto nella remissione o in base alla cauzione, non soltanto vien privato per l'avvenire della facoltà protetta provvisoriamente dall'interdetto *Ne vis fiat aedificanti* di continuare a fabbricare, ma viene anche costretto a distruggere ciò che ha fabbricato violando il diritto di proibizione del denunciante<sup>37)</sup>.

L'interdetto *de precario* (N.° 50) è un mezzo processuale definitivo, perchè ammette l'eccezione di proprietà<sup>38)</sup>, la quale contestando l'esistenza del *precarium*<sup>39)</sup> non poteva evidentemente esser fatta valere come *exceptio* in senso formale, ma invece aveva effetto *ipso iure*. Ed appunto perchè *precarium suae rei esse non potest*, nella sentenza, che riconosce un *precarium* non diretto semplicemente al possesso come tale, si contiene necessariamente anche la decisione, che il convenuto non è proprietario della cosa controversa. Viceversa il diniego dell'interdetto a cagione del diritto di proprietà del convenuto in diritto romano stabilisce senz'altro definitivamente questa proprietà<sup>39)</sup>. Per conseguenza in ambedue i casi alla *rei vindicatio* della parte soccombente, con la quale essa mirasse a distruggere il risultato dell'interdetto, si opporrebbe l'eccezione di cosa giudicata<sup>40)</sup>.

<sup>36)</sup> Cfr. BURCKHARD, loc. cit. num. 43. Quanto egli scrive sulla *remissio* e la cauzione avvenute dopo la contravvenzione, ma prima che sia stato ottenuto l'*interdictum demolitorium* chiariscono anche il caso, di cui trattiamo.

<sup>37)</sup> BURCKHARD, loc. cit. num. 33, 53 segg., 58, 72.

<sup>38)</sup> L. 4 § 3; L. 6 § 4 D. *de prec.*, XLIII, 26.

<sup>39)</sup> *Quia receptum est, rei suae precarium non esse.* L. 4 § 3 cit. È diverso, quando si tratti unicamente di un *precarium possessionis*, come nel precario dato dal creditore pignoratizio al pignorante. L. 6 § 4 cit.

<sup>39)</sup> a) Secondo la *Civilprozessordnung* (Codice di procedura civile), § 253 messo in correlazione col § 293 capov. 1, sarebbe perciò necessario sollevare in tempo utile l'azione in riconvenzione diretta a stabilire quel diritto di proprietà.

<sup>40)</sup> Argomenta dalla L. 40 § 2 D. *de proc.*, III, 3.

28. Negli interdetti *de arboribus caedendis* (N.º 51 e 52) e *de glande legenda* (N.º 53) è certo, che l'attore deve dimostrare un diritto reale su quel fondo, su cui sporgono gli alberi del fondo altrui <sup>41)</sup>, o rispettivamente da cui sono caduti i frutti sul fondo del convenuto <sup>42)</sup>. Ma ciò non basta a stabilire la natura definitiva di quegli interdetti. Nello stesso modo che, pur riconoscendo similmente l'obbligo di dimostrare l'esistenza di un diritto, abbiamo dovuto dichiarare l'interdetto *de cloaca privata* un mezzo provvisorio, così dovremo dichiarare provvisori anche questi interdetti, inquantochè non possiamo ammettere, che essi permettano incondizionatamente per tutti i rapporti delle eccezioni, che in qualche modo limitino o escludano le facoltà, che tali interdetti tutelano, in ispecie per es. l'eccezione, che l'attore abbia assicurato per contratto, che tollererebbe lo sporgere degli alberi sul suo fondo, o abbia rinunciato a favore del vicino a raccogliere i frutti caduti. Ora, mentre le fonti nulla dicono riguardo a eccezioni di tal sorta, non si può d'altra parte escludere la possibilità di far valere simili convenzioni per mezzo di azioni. Così nel diritto classico il convenuto nel procedimento dell'interdetto *de arboribus caedendis* avrebbe pur sempre potuto rivendicare come proprietario quiritario i rami sporgenti sottrattigli, opponendo all'eccezione, che l'avversario avrebbe potuto fondare sulla proprietà bonitaria ottenuta in forza dell'interdetto, la replica di quel contratto. E quando conformemente alla rinunzia del vicino il proprietario di un fondo ha raccolto i frutti

<sup>41)</sup> L. 1 pr. D. *de arb. caed.*, XLIII, 27: *Ait praetor: « Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, etc. »*. § 7 eod.: *Deinde ait praetor: « Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, etc. »* e su questa PAOLO, V, 6, 13: *Arbor, quae in alienas aedes imminet vel in vicini agrum, nisi a domino sublucari non potest, isque conveniendus est, ut eam sublucet. quod si conventus dominus id facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compecitur: idque qualiscumque dominus facere non prohibetur*. L. 1 cit. § 4: *Non solum autem domino aedium, sed etiam ei, qui usumfructum habet, competit hoc interdictum, quia et ipsius interest, arborem istam non impendere*. SCHMIDT, *Interdiktenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 93 seg. Non riesco a comprendere, che cosa induca CUIACIO, *Paratitla in lib. VIII Cod. tit. 1* ad affermare, che nell'interdetto *de arboribus caedendis* non si tratti *de iure domini, sed de possessione tantum, an arbor, quae imminet in praedium meum, possessioni meae noceat*.

<sup>42)</sup> L. nn. pr. D. *de glande leg.*, XLIII, 28: *Ait praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, etc.* SCHMIDT, loc. cit.

su questo caduti dall'altro fondo, e se li è così appropriati *ex traditione*, egli potrebbe benissimo anche al di d'oggi rivendicare questi frutti dal vicino riuscito vincitore nel procedimento interdittale. Se poi con l'interdetto *de glande legenda* si impedisce al vicino di appropriarsi i frutti caduti sul suo fondo, come gli è permesso per contratto, ove gli venga meno contro l'interdetto l'eccezione derivante da quel contratto, gli spetta certo l'*actio de dolo*<sup>43)</sup>. Per lo meno quest'azione appunto non potrebbe oggidì esser negata al vicino, a cui con l'interdetto *de arboribus caedendis* è sottratta la proprietà dei rami sporgenti, sebbene l'attore del procedimento interdittale ne avesse assicurata la tolleranza. Se è così provato, che è assolutamente possibile, che gli interdetti in discorso avessero una natura provvisoria<sup>44)</sup>, potremo ritenere come non improbabile, che essi fossero realmente di tal natura.

29. L'interdetto *de migrando* (N.° d'ord. 60) è a ragione posto dallo SCHMIDT<sup>45)</sup> tra gli interdetti *proprietas causam continentia*. Esso era così concepito:

<sup>43)</sup> L. 16 § 1 D. *de praescr. verb.*, XIX, 5; L. 34 D. *de dol. m.*, IV, 3.

<sup>44)</sup> Cfr. FRANCKE, *Das Recht der Notherben* (Il diritto degli eredi necessari), pag. 104 nota 12: « Invece mai ha un romano annoverato tra gli interdetti possessorii l'interdetto *de glande legenda* ». Similmente lo JHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sul fondamento della protezione del possesso), 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 70 seg., il quale aggiunge espressamente: « a quest'interdetto non può far seguito alcun giudizio petitorio, esso risolve *definitivamente* la questione relativa ai frutti caduti; qui non c'era alcun bisogno di riservare al convenuto il giudizio petitorio; il giudice in quest'interdetto decideva non sulla « *possessio* », ma sulla « *res* », sulla definitiva ritenzione dei frutti ». A mio parere s'avvicina assai più al vero il SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), § 35 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 385: « l'interdetto *de glande legenda* è in sostanza un'*actio ad exhibendum* per un caso speciale ».

<sup>45)</sup> Loc. cit. pag. 93. Invece è per isbaglio che cita a questo proposito CUIACIO, *Paratitla in Cod. lib. VIII tit. 1*. Questi infatti non parla ivi dell'interdetto in discorso; e nei *Paratitla ad Dig. lib. XLIII tit. 32* contesta anzi a questo interdetto la *proprietas causa*. Anche lo JHERING, loc. cit. pag. 71, dichiara questo interdetto un mezzo definitivo. Di diversa opinione sembra il VANGEROW, *Pandekten*, vol. I § 390 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 897, a giudicare dalla deduzione, che egli trae dalla L. 1 § 5 D. *de migr.*, XLIII, 32 per la natura provvisoria dell'*interdictum Salvianum*. Vedi del resto il testo dopo la nota 46.

*Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta importata ibi nata factae essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est, et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quo minus solvatur, etc.*<sup>46)</sup>.

È manifesto, che nella decisione sull'interdetto veniva nello stesso tempo deciso sull'esistenza del diritto di pegno sulle *invecta et illata*, e quindi anche sull'esistenza di una mercede dovuta al locatore, e che per conseguenza nè il convenuto soccombente poteva perseguire con l'*actio hypothecaria* il diritto di pegno negato dalla sentenza o con l'*actio locati* il credito della mercede negatogli, nè l'attore respinto poteva contestare più oltre il diritto di pegno o il credito della mercede riconosciuti. A ciò nulla toglie il fatto, che il conduttore poteva con l'interdetto allontanare liberamente dal fondo anche delle cose, che appartenevano bensì alle *invecta et illata* introdotte *pignoris nomine*, ma ciononostante non erano mai entrate nel vincolo pignoratorio, per es. perchè non erano proprietà del conduttore<sup>46 a)</sup>. Perciò anche la decisione dichiarante a loro riguardo, che esse non sono pignorate, escludeva ogni ulteriore pretesa, che si volesse far valere con la *Serviana vel quasi*.

L'*interdictum Salvianum* (N.º 61) nell'esposizione delle fonti è senza dubbio puramente provvisorio<sup>47)</sup>. Tuttavia il LENEL<sup>48)</sup> ha

<sup>46)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 393.

<sup>46 a)</sup> L. 1 § 5 cit. D. *de migr.*, XLIII, 32.

<sup>47)</sup> L. 2 D. *de Salv. int.*, XLIII, 33. Di diversa opinione è il SAVIGNY, loc. cit. pag. 385.

<sup>48)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Rivista di Storia del diritto della Fondazione Savigny), vol. III; *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista della Storia del diritto), vol. XVI, Parte rom. pag. 180 segg. Vedi anche LO STESSO, *Ed. perp.*, § 266. Risulta particolarmente dalla collazione della L. 1 § 1 D. h. t. con la L. 10 D. *de pign.*, XX, 1, che anche il primo frammento, il cui contenuto è riprodotto nel secondo, originariamente trattava dell'*actio Serviana*; del pari trattava di questa la L. 1 cit. pr. La L. 2 h. t. è però fortemente e malamente interpolata. LENEL, *Rivista*, loc. cit. pag. 188 e *Ed. perp.* § 266 nota 7. Il VANGEROW, *Pandekten*, vol. I § 390 7.<sup>a</sup> ediz. pagina 897, deduce a mio parere in modo affrettato dal § 3 I. *de interd.*, IV, 15 la natura provvisoria dell'interdetto: il conduttore pignorando *pro mercedibus* le cose che gli appartengono (*de rebus coloni*) dà origine a un vero diritto di pegno.



dimostrato in modo convincente, che il contenuto attuale dei due frammenti del titolo delle Pandette su questo interdetto (XLIII, 33) è dovuto a una interpolazione. In origine l'interdetto era diretto esclusivamente contro il debitore pignorante, come dice espressamente la L. 1 Cod. *de prec. et de Salv.*, VIII, 9 (GORDIAN.), che è certo inclusa per inavvertenza nel Codice, dato il punto di vista dei compilatori<sup>49</sup>). Finchè si trattava di questo caso, la decisione nell'interdetto Salviano non poteva esser mandata a vuoto da un altro mezzo processuale, nè da parte del pignorante condannato, nè da parte dell'attore respinto<sup>50</sup>): in altri termini l'*interdictum Salvianum* era un mezzo processuale definitivo.

Finalmente anche l'*interdictum fraudatorium* (N.° 62) era un mezzo definitivo. Secondo le espresse parole dell'editto:

*si eo nomine, quo de*<sup>51</sup>) *agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet*<sup>51 a)</sup>

<sup>49</sup>) LENEL, *Zeitschrift* (Rivista) loc. cit. pag. 182. Di diversa opinione è il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 323 nota 2. Egli cerca di spiegare il rescritto di GORDIANO con l'ipotesi, che dalla domanda risultasse, che la costituzione del pegno non aveva avuto lo scopo di garantire la mercede di una locazione. L'imperatore quindi, egli dice, fa noto al richiedente, che il *Salvianum* non trova qui applicazione, perchè esso è diretto soltanto *adversus conductorem*; la parola *debitoremve*, incomprendibile in qualunque modo s'interpreti il passo, è una glossa interlineare messa nel testo per uno sbaglio dell'amanuense; la limitazione del *Salvianum* al conduttore non era equa. Ma per dire ciò che gli vuol far dire il KAPPEYNE, non avrebbe dovuto GORDIANO esprimersi piuttosto così: *id (scil. Salvianum) tantummodo LOCATORI competit?* E sarebbe veramente equo, che anche all'acquirente in buona fede del pegno fosse vietato di opporsi, a che questo sia preso dal creditore pignoratizio, il quale non ha in quel tempo dimostrato ancora il suo diritto?

<sup>50</sup>) LENEL, loc. cit. pag. 187.

<sup>51</sup>) Il GRADENWITZ, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista di storia del diritto della Fondazione Savigny), Parte roman. vol. VIII pag. 255, sotto il num. 1 propone di spostare le parole *ea re* della frase precedente *in bonis, quibus de ea re agitur* e ponendole in questo luogo, leggere: *eo nomine, qua de re agitur*. Cfr. LXX RUBR. c. XX v. 23, 24; 29, 30; 33. Cfr. infra § 1836 a num. 34 nota 31.

<sup>51 a)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8. LENEL, *Ed. perp.*, § 268 alla nota 13. — SCHEY, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del dir.), vol. XIII pag. 172. Sul tenore delle parole, specialmente sul *competere*, vedi GRADENWITZ, loc. cit. sotto il num. 2 pag. 255 seg.

esso spettava solo a colui, a cui spettava anche l'*actio Pauliana*, e soltanto pel medesimo motivo<sup>51 b)</sup>. Quindi il suo risultato non può essere distrutto, come non può distruggersi quello di questa azione; viceversa non si può rimediare al suo rigetto per mezzo della *Pauliana*<sup>52)</sup>. Facendo astrazione dalla sua limitazione ai *bona fraudatoris*,

<sup>51 b)</sup> Il DERNBURG, *Pandekten*, vol. II § 144 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 373 nota 3, pag. 374 nota 5 e pag. 375 nota 8, opina, con l'approvazione incondizionata del GRADENWITZ, loc. cit. pag. 255 sotto il num. 2: « che l'azione, di cui qui s'intende parlare non sia quella data al curatore del concorso nella L. 1 pr. D. h. t., XLII, 8, risulta da ciò, che, come dimostra il *Commentario* della L. 10 cit. specialmente § 1 e § 9, nell'interdetto, di cui trattiamo, si è voluto accennare all'azione del *bonorum emptor* e non alle azioni del curatore del concorso. Ma dai frammenti citati risulta unicamente, che l'interdetto presupponeva l'attuazione della *missio in bona* fino alla *venditio bonorum*; di un'azione del *bonorum emptor* non si trova nelle nostre fonti nemmeno la più leggera traccia. Nè mi sembra, che sarebbe stato opportuno il dargli un'azione di rescissione; egli non era defraudato in alcun modo. Tutt'al più poteva darsi il caso, che gli fossero vendute contemporaneamente con la massa del concorso le attività fraudolentemente alienate, cioè le azioni di rescissione tendenti al ricupero di tali attività; allora egli aveva quelle azioni *iure cesso*. Cfr. SCHRY, loc. cit. pag. 150 seg. pag. 169 segg. sotto la lettera c. Per contro il computo dell'*annus utilis* per la prescrizione dell'azione promessa nella L. 1 pr. D. h. t. fatto *ex die factae venditionis sc. bonorum* nella L. 6 § 14 *cod.* prova, che tra questa azione e la *bonorum venditio* v'è lo stesso nesso, che risulta per l'interdetto dai passi citati dal DERNBURG. E poi non v'era bisogno di mezzi processuali diversi pel concorso con *bonorum venditio* e il cosiddetto concorso per curatore già per questa ragione, che nell'ordinario procedimento di concorso che menava alla *bonorum venditio* venivano nominati uno o più curatori (LENEL, *Ed. perp.*, §§ 224 seg.), questo era perciò anche esso un concorso per curatore, come il procedimento eccezionale *ex senatus consulto*, di cui trattano le L. 5; L. 9 D. *de cur. fur.*, XXVII, 10 e L. 4 D. *de cur. bon.*, XLII, 5. Oltredichè non si comprenderebbe, come potesse il pretore aver in animo di dare un'azione, che colpiva « tutte le macchinazioni in proposito del debitore sleale » per il raro caso del concorso per curatore, mentre nel concorso ordinario avrebbe dato la sua assistenza solo nelle alienazioni di cose. Perocchè l'*actio in factum* promessa *interdum causa cognita* alla fine dell'editto nella L. 10 pr. cit. non si riferisce che al caso, *et si scientia* (del terzo acquirente) *non sit*. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 398 nota 18. Finalmente nel § 1839 num. 115 alla nota 58 tenteremo di dimostrare, che anche dal punto di partenza preso nel testo, secondo il quale l'*actio*, a cui si riferisce la L. 10 pr. cit., è quella stabilita nella L. 1 pr. D. *cod.*, l'*interdictum fraudatorium* si spiega benissimo, e non è un « qualche cosa di veramente superfluo e un'anomalia senza esempio tra gli interdetti ».

<sup>52)</sup> SAVIGNY, loc. cit. pag. 385. SCHRY, loc. cit. pag. 163 alla nota 139 seg. JHERING, loc. cit. pag. 71.

cioè alle *res corporales* di costui<sup>53</sup>), l'interdetto differiva dall'*actio Pauliana* soltanto per le peculiarità della procedura interdittale; e difatti, dopochè fu scomparsa la procedura interdittale, si fuse con questa azione, per formare un'*actio in factum* (innominata)<sup>54</sup>).

30. Sono dunque risultati come *rei persecutionem continentia* gli interdetti :

- 1) *possessorium* (N.° d'ord. 7),
- 2) *sectorium* (N.° 8),
- 3) *ne quid in loco sacro etc. fiat* (N.° 9),
- 4) *quod in loco sacro etc. factum est, ut restitatur* (N.° 10),
- 5) *de sepulchro aedificando* (N.° 12),
- 6) *ne quid in loco publico fiat* (N.° 13),
- 7) *ne quid in via publica etc. fiat* (N.° 14),
- 8) *quod in via publica etc. factum est, ut restitatur* (N.° 15),
- 9) *ut in via publica etc. ire agere liceat* (N.° 16),
- 10) *de loco publico fruendo* (N.° 17),
- 11) *de via publica etc. reficienda* (N.° 18),
- 12) *ne quid in flumine publico etc. fiat, quo peius navigetur* (N.° 19),
- 13) *quod in flumine publico factum etc. habitum est, quo statio etc. navigio deterior fiat, ut restitatur* (N.° 20),
- 14) *ne quid in flumine publico etc. fiat, quo aliter fluat etc.* (N.° 21),
- 15) *quod in flumine publico etc. factum etc. habitum est, si ob id aliter fluat etc.* (N.° 22),
- 16) *ut in flumine publico navigare liceat* (N.° 23),
- 17) *de ripa munienda* (N.° 24),
- 18) *de itinere actuque privato reficiendo* (N.° 36),
- 19) *de aqua ex castello ducenda* (N.° 39),
- 20) *de cloaca publica* (N.° 44),
- 21) *de remissione* (N.° 47),
- 22) *de precario* (N.° 50),
- 23) *de liberis exhibendis* (N.° 55),
- 24) *de liberis ducendis* (N.° 56),
- 25) *de liberto exhibendo* (N.° 57),

<sup>53</sup>) SCHEY, loc. cit. pag. 163 alla nota 138.

<sup>54</sup>)-LENEL, *Ed. perp.*, pag. 398 nota 18.

- 26) *de migrando* (N.° 59),  
 27) *Salvianum* (N.° 60), e  
 28) *fraudatorium* (N.° 61),

cioè all'incirca la metà dei 61 interdetti enumerati al num. 5, seb- bene noi non vi comprendiamo quelli *de arboribus caedendis* (N.° 51 e 52) e *de glande legenda* (N.° 53). E di quei 28 sono *rei familiaris* gli interdetti indicati ai numeri 1, 2, 10, 18, 19, 21, 22, 26, 27 e 28, cioè non meno di dieci.

§ 1835 b.

c) *Secondo il loro scopo immediato*; *interdicta retinendae possessionis*, *interdicta recuperandae possessionis* e *interdicta adipiscendae possessionis*.

31. La L. 2 § 3 D. *de interd.* XLIII, 1 (PAUL., lib. LXIII *ad ed.*) dice:

*Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut apiscendae sunt possessionis aut recipierandae aut retinendae. apiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. sunt autem interdicta apiscendae possessionis « Quorum bonorum »; Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est; et « Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto ». recipierandae possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde vi: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. retinendae possessionis sunt interdicta (ut ins. M.) « Uti possidetis » (quae sunt, ut diximus, duplicia ins. M.). sunt (etiam ins. M.) interdicta (ut diximus del. M.)<sup>1)</sup> duplicia tum recipierandae quam apiscendae possessionis.*

Similmente GAIO IV § 143 dice:

<sup>1)</sup> Lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 33, suppone, che l'*ut diximus* del testo tramandatoci si riferisse a una disquisizione cancellata dai compilatori. È d'accordo con lui l'ECK, *Die sogenannten doppeleseitigen Klagen* (Le cosiddette azioni bilaterali), pag. 29 nota 102. Altrimenti l'HUSCHKE, *Gaius*, pag. 186 seg. nota 195.

*Sequens* <sup>1a)</sup> *in eo est divisio, quod vel adipiscendae possessionis causa comparata sunt vel retinendae vel recipiendae.*

e lo stesso troviamo nel § 2 I. *de interd.* IV, 15 <sup>2)</sup>.

Da questi frammenti desumiamo, che i Romani hanno attribuito una certa importanza alla divisione suesposta, quantunque essa si riferisca soltanto a una classe degli interdetti, cioè agli *interdicta privata*, creati a tutela di rapporti patrimoniali (*quae ad rem familiarem spectant*).

Questi interdetti, giusta le parole non ambigue, con cui comincia la L. 2 § 3 cit., sono tutti compresi in quella divisione <sup>3)</sup>. E sarebbe in ispecie un errore escluderne quegli interdetti di diritto patrimoniale, i quali *rei persecutionem continent*. A prescindere dal tenore delle prime parole della L. 2 § 3 cit., che non fanno alcuna distinzione, ciò risulta già dal fatto, che questo frammento cita più innanzi tra gli interdetti *adipiscendae possessionis* il *Salvianum*, il quale, come abbiain visto nel num. 29 alla nota 47 segg., nell'epoca classica era un mezzo processuale definitivo. E trova inoltre una conferma in GAIO IV, 145 sq., dove gli interdetti *possessorium* e *sectorium* che, come abbiamo esposto al num. 24, erano del pari definitivi, sono annoverati tra gli *adipiscendae possessionis* <sup>3a)</sup>.

<sup>1 a)</sup> La *principalis* o *summa divisio* è quella in *interdicta prohibitoria, restitutoria ed exhibitoria*. GAIO, IV, 142. § 1 I. *de interd.* IV, 15.

<sup>2)</sup> Vedi nota seg. Cfr. anche AUSONIUS, *Idyll.*, XI, 63 seg.: *Interdictorum trinum genus: unde repulsus Vi fuero aut utrobi fuerit, quorumne bonorum.*

<sup>3)</sup> Vedi anche SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), § 35 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 384 alla nota 2. Invece non mi sembra esatto ciò, che vi si dice alla nota 3, che il § 2 I. *de interd.*, IV, 15 parli di questa divisione in tali termini, come se vi fossero contenuti tutti gli interdetti; le parole infatti dicono: *Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam recipiendae.* — L'opinione del KELLER, *Römischer Civilprozess* (Procedura romana), § 75, 6.<sup>a</sup> ediz. nota 869, che a questa divisione siano sottoposti la maggior parte degli *interdicta rei familiaris*, ma non tutti, ha avuto origine dall'aver male inteso la *possessionis causa*. Cfr. infra nota 10 b.

<sup>3 a)</sup> Perciò non posso ritenere, che sia in accordo con le fonti lo JHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sul fondamento della protezione del possesso), 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 66 segg., quando annovera tra gli interdetti *adipiscendae possessionis* soltanto quegli interdetti diretti al primo acquisto del possesso, *quae possessionis causam continent*, cioè che hanno solo un effetto provvisorio.

Dall'altro lato noi già sappiamo, che anche tra gli interdetti *adipiscendae possessionis* se ne trovano molti puramente provvisorii, *possessionis causam continentia* in questo senso <sup>4)</sup>. Se dunque gli *interdicta adipiscendae possessionis* non coincidono punto con gli interdetti patrimoniali *rei persecutionem continentia*, non abbiamo nemmeno alcun motivo di presupporre, che viceversa tutti gli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis* siano stati puramente provvisorii, e ancora meno, che siano stati tutti dei mezzi di tutela del possesso. Al contrario non può farci meraviglia il trovare anche in queste due ultime classi degli interdetti definitivi. Quanto i Romani fossero lontani in generale dal limitare il *restituere* e il *retinere possessionem* agli interdetti, che servivano alla tutela del possesso come tale, ed anche dal porli in una speciale attinenza con questi, lo mostra la L. 1 § 4 in fine e § 6 D. *uti possid.* XLIII, 17.

ULPIAN. lib. LXIX *ad ed.*: — *et ut PEDIUS ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restitatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem: retinendae itaque possessionis via duplex est, aut exceptio aut interdictum. exceptio datur ex multis causis ei, qui possidet. § 6* <sup>5)</sup> *Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est « Uti possidetis ». actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat.*

Qui con le parole *controversia de possessione* non può essere designata semplicemente una lite, in cui si fa questione sul diritto del possesso, cioè una lite su di un mezzo di tutela del possesso; deve invece intendersi una lite, in cui si tratta del possesso come scopo <sup>6)</sup>.

---

La sua opinione è seguita dal DERNBURG, *Pandekten*, vol. I § 184. Del resto la differenza tra questa opinione e la mia interpretazione si riduce a una pura questione di parole.

<sup>4)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 13 pagine 71 e 75 (ediz. tedesca pagine 93 e 99) ed anche num. 14 pag. 79 (ediz. tedesca pag. 104), num. 23 pag. 114 (ediz. tedesca pag. 151 seg.), num. 28 pag. 123 (ediz. tedesca pag. 162 segg.).

<sup>5)</sup> Secondo la convincente osservazione del MOMMSEN il § 6 non è posto al suo vero luogo.

<sup>6)</sup> SAVIGNY, loc. cit. 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 384 alla nota 1. È appunto dei frammenti riferiti qui nel testo che lo JHERING, loc. cit. (sopra nota 3<sup>a</sup>) sembra non abbia tenuto conto.

Ciò risulta evidente dal fatto, che tra i mezzi di affermarsi nel possesso è addotta l'*exceptio*, della quale poi si dice: *datur ex multis causis*. È vero, che a bella prima si potrebbe scorgere in essa l'*exceptio vitiosae possessionis* degli interdetti *retinendae possessionis* e dell'interdetto classico *de vi (non armata): quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis; — utrobi — nec vi nec clam nec precario ab altero fuit; — quod nec vi nec clam nec precario a te possideret* <sup>6a</sup>). Ma innanzi tutto non è certo, se quella *exceptio* debba in genere porsi con le eccezioni, di cui parla ULPIANO. Infatti quando essa negli interdetti *retinendae possessionis* proteggeva colui, che era possessore di fatto, ciò avveniva solo in correlazione colle parole dell'interdetto dirette a fondare l'azione: *uti possidetis —, utrobi — fuit*, in altri termini nella funzione reale di replica; quindi non è lecito designarla qui come una seconda via per la manutenzione del possesso, in espressa contrapposizione all'interdetto stesso. E la funzione reale di replica essa l'ha anche nel caso inverso, in cui in forza della duplicità degli interdetti in discorso procaccia il possesso a colui, che non possiede di fatto; oltre di che di fronte a questa sua efficacia recuperatoria non sarebbe più appropriata l'espressione *RETINENDAE possessionis via*. Nell'interdetto *de vi non armata* poi quella eccezione può certo mantenere in possesso il convenuto, ma questo è un risultato affatto casuale, non è il suo scopo, — essa anzi ha luogo senza alcun riguardo al possesso del convenuto. Se poi la si vuol ciononostante comprendere nell'*exceptio retinendae possessionis* indicata dalla L. 1 § 4, essa non può punto costituirla da sola. *Exceptio datur ex MULTIS CAUSIS!* Con *multae causae* non possono esser designati nè i tre interdetti, nei quali aveva luogo l'*exceptio vitiosae possessionis* nel diritto classico, e dai quali per di più fu da GIUSTINIANO separato l'interdetto *Unde vi*, nè i tre *vitia possessionis* come tali. Bisogna quindi per lo meno aggiungere qui altre specie di eccezioni del possessore. Ora nessuna di queste altre eccezioni si fonda unicamente sul possesso come tale; nessuna per conseguenza può

<sup>6 a</sup>) L. 1 pr. D. *uti poss.*, XLIII, 17. GAIO IV, 150, cfr. LENEL, *Ed. perp.*, § 265. — GAIO IV, 154. — PAOLO V, 6, 7 cfr. col § 6 I. *de interd.*, IV, 15. LENEL, pag. 372 alla nota 4 pag. 373.

considerarsi come mezzo di tutela del possesso in questo senso. Anzi una *exceptio*, con la quale deve esser realizzato il principio fondamentale: *in pari causa potior est conditio possidentis*; presuppone necessariamente, che il possessore si trovi appunto in *pari causa* con l'attore <sup>7)</sup>. In altri termini le *exceptiones* qui indicate sono, se non tutte, per la maggior parte quelle, che poggiano su di un rapporto giuridico, che fa forte il possessore, per esempio su di un diritto di pegno ugualmente legittimo, sul possesso di usucapione di un autore, che è indipendente dall'autore dell'attore, su di un negozio giuridico tra il possessore o il suo autore e l'attore o il suo autore, in forza del quale l'attore è obbligato a lasciare il possesso al possessore; su di un diritto alle spese, o, per valerei degli esempi della Glossa, su di un patto, una sentenza con forza di cosa giudicata, un giuramento deferito e prestato. Ora, se ciò è vero, si rivela affatto ingiustificata l'ipotesi, che l'interdetto citato accanto alla *exceptio* come *remedium retinendae possessionis*, e i mezzi processuali indicati come *remedia recuperandae possessionis*, cioè *interdictum* e *actio* <sup>7a)</sup>, debbano tutti essere dei mezzi di tutela del possesso. Perciò è in modo del tutto arbitrario, che la Glossa enumera come *actiones recuperandae possessionis* soltanto le *condictiones* possessorie <sup>8)</sup>, e tanto più è ciò arbitrario, in quanto essa giustamente alle parole « *nobis restituatur* » osserva: *large accipe, scilicet sive restituatur amissa, sive nondum quaesita*, e alla parola « *restituendae (restitutae)* »: *large ut supra proxima*, — intendendo in generale il *restituere* nel senso di « dare, consegnare » <sup>9)</sup>, e comprendendo per conseguenza tra gli interdetti, *quibus*

<sup>7)</sup> Vedi per es. L. 10 D. *de pign.*, XX, 1; L. 1 § 1 D. *de Salv. interd.*, XLIII, 33; L. 9 § 4 D. *de Publ. in rem.*, VI, 2.

<sup>7a)</sup> Certo van poste qui anche l'*actio in factum* diretta contro l'arricchimento del deiciente *post annum* e quella contro l'erede di questo; però io non le riterrei come già abbastanza considerevoli, per riempire il campo dell'*actio de possessione* indicato da ULPIANO nella L. 1 § 4 cit. Cfr. LENEL, loc. cit. pag. 374 nota 4.

<sup>8)</sup> Cioè la *condictio indebiti* secondo la L. 15 § 1 D. *de cond. ind.*, XII, 6; la *condictio ex iniusta causa* secondo la L. 2 D. *de cond. trit.*, XIII, 3 e la *condictio sine causa finita* secondo la L. 4 § 1 D. *de R. Cr.*, XII, 1.

<sup>9)</sup> Come è usato *restituere*, per es. nella L. 13 § 18 D. *de A. E.*, XIX, 1; L. 8, L. 12 Cod. *cod.*, IV, 49; L. 14 § 9 D. *de servo corr.*, XI, 3; L. 8 § 10



*restitutae possessionis ordo expeditur*, anche gli interdetti *adipiscendae possessionis*, in piena corrispondenza col « *restituas* » degli interdetti chiamati da ciò restitutori, in quanto essi sono diretti alla consegna di cose <sup>9a</sup>). Così è che tra le *actiones recuperandae possessionis* è compresa anche la *rei vindicatio* <sup>10</sup>); ed è precisamente riguardo alla *rei vindicatio* che è stato notato: *actio nunquam ultro possessori datur*. Così anche CIOERONE annovera in più luoghi la *rei vindicatio* tra le *contentiones de possessione* <sup>10a</sup>).

Se tutti gli interdetti *rei familiaris* soggiacciono a questa divisione, per *possessio* in essa non può intendersi puramente e semplicemente il possesso e il quasipossesso giuridico. Quel termine si riferisce invece anche alla detenzione, anzi a ogni stato di fatto, che un interdetto di diritto patrimoniale miri a mantenere, ristabilire, od ottenere <sup>10b</sup>).

Nello stesso modo che la divisione degli interdetti in *proprietas causam* e *possessionis causam continentia* non si fonda sulla contrapposizione del diritto al possesso, la divisione, di cui ora trattiamo,

D. mand., XVII, 1; L. 1 pr. Cod. de suffrag., IV, 3; L. 82 § 2 D. de V. O., XLV, 1. Vedi SAVIGNY, *System*, vol. V pag. 129 nota f. SCHMIDT, *Interdicten-verfahren* (Procedura interdittale), pag. 33 segg.

<sup>9 a</sup>) Vedi infra § 1836 a num. 35 in principio.

<sup>10</sup>) Come ammette JANUS A COSTA *ad pr. I. de interd.* secondo SCHULTING-SMALLEBURG, *Not. ad Pand.*, ad h. l. n. 4, mentre il testo stesso dubita.

<sup>10 a</sup>) *Acad. prior.*, XLIII, 132: *est enim inter eos non de terminis, sed de tota possessione contentio*. *De orat.*, I, 10, 41: *qui aut interdicto tecum contenderent, aut te ex iure manu consortum vocarent, quod in alienas possessiones tam temere irruisses*. § 42: *Agerent enim tecum lege primum Pythagoraei omnes atque Democritici ceterisque iure suo physici vindicarent etc.* *Pro Caec.* XXVII, 75: *si hoc nos non obtinemus, — Caecina rem non amittet, — in possessionem in praesentia non restituetur*. Vedi anche KELLER, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI pag. 297 nota 17. Va qui citato anche *Pro Caec.*, XI, 33: *Convocari homines propter possessionis controversiam (cioè la deductio moribus convenuta) non oportet, armari multitudinem iuris retinendi causa non convenit*. Mostreremo nel titolo 17 di questo libro, come la *deductio* avesse il suo vero luogo nella *legis actio sacramento in rem* su beni immobili. Cfr. infra § 1836 a num. 42 alla nota 97.

<sup>10 b</sup>) Ciò vale a risolvere il dubbio sollevato dal KELLER, *Römischer Civilprozess* (Procedura romana), 6.<sup>a</sup> ediz. nota 869 rispetto all'interdetto *de tabulis exhibendis*.

non ha la sua base e la sua norma nel concetto del possesso giuridico. Nè credo, che si sarebbe cercata nelle fonti questa idea fuorviatrice, se si fosse avuta piena coscienza della verità di questo fatto, che i Romani in generale non classificano le azioni secondo il contenuto dei diritti, che esse tutelano. Difatti il criterio seguito è anche per questa divisione un punto di vista puramente esteriore, in essa cioè si distinguono gli interdetti di diritto patrimoniale a seconda che mirano a mantenere uno stato di cose esistente, a ristabilire uno stato di cose, che è stato soppresso, o a stabilire uno stato, che non è ancora esistito. E questa divisione ha rapporto con la protezione del possesso giuridico solo in quanto quello stato, che deve essere mantenuto o ristabilito, può tra l'altro essere anche il possesso giuridico 4)

Tentiamo ora di assegnare a ciascuno degli interdetti di diritto patrimoniale un posto in una di quelle tre classi, o in una quarta, che contiene gli interdetti a scopo misto.

32. Sono *adipiscendae possessionis*:

l'interdetto *Quorum bonorum* <sup>12)</sup> (N.° 1 della enumerazione al § 1834);

l'interdetto *Quod legatorum* <sup>13)</sup> (N.° 2 ivi);

l'interdetto *de tabulis exhibendis* <sup>14)</sup> (N.° 6)

il cosiddetto *interdictum possessorium* <sup>15)</sup> (N.° 7);

l'*interdictum sectorium* <sup>16)</sup> (N.° 8);

l'*interdictum utile de itinere actuque privato* per gli aventi causa di colui, che ha esercitato il diritto di passaggio <sup>17)</sup> (N.° 36);

<sup>11)</sup> Perciò non sarebbe stato necessario, per contestare la natura di mezzo di tutela possessorio dell'interdetto *de precario*, impugnare la sua natura di interdetto *recuperandae possessionis*, come io ho fatto nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio di pratica civile), vol. LIX pag. 222.

<sup>12)</sup> L. 2 § 3 cit. *de interd.*, XLIII, 1 (sopra num. 31 in principio pag. 129 (Ediz. tedesca pag. 171)). GAIO, IV, 144. § 3 I. *de interd.*, IV, 15. — TROFILO, ad h. l.; L. 1 § 1 D. *quor. bon.*, XLIII, 2.

<sup>13)</sup> L. 1 § 2 D. *quod legat.*, XLIII, 3.

<sup>14)</sup> L. 3 §§ 7 segg. *de tab. exh.*, XLIII, 5.

<sup>15)</sup> GAIO, IV, 145.

<sup>16)</sup> GAIO, IV, 146.

<sup>17)</sup> L. 2 § 3 D. *de interd.*, XLIII, 1; L. 1 § 37 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20;

gli *interdicta utilia de aqua aestiva* (N.° 38) e *de aqua cottidiana* per gli aventi causa di colui, che ha esercitato il diritto di acquedotto nell'ultima estate o rispettivamente nell'ultimo anno <sup>18)</sup>;

così pure i non formulati nè promessi *interdicta utilia de rivis, de fonte reficiendo*, ed anche *de fonte* per gli aventi causa di coloro, che col proprio esercizio avevano acquistato a tenore dell'editto un diritto a quegli interdetti <sup>19)</sup>;

gli interdetti *de arboribus caedendis* <sup>20)</sup> (N.° 51 e 52);

l'interdetto *de glande legenda* <sup>21)</sup> (N.° 53);

l'*interdictum Salvianum* <sup>22)</sup> (N.° 60) e

l'*interdictum fraudatorium* <sup>23)</sup> (N.° 61).

Sono *recuperandae possessionis*:

gli interdetti *Unde vi*, cioè *de vi non armata* (N.° 25), *de vi armata* (N.° 26) <sup>23a)</sup> e *si uti frui prohibitus esse dicitur* <sup>24)</sup> (N.° 27);

l'*interdictum secundarium* contro il possessore <sup>24a)</sup> (N.° 30);

l'interdetto *Quod vi aut clam* <sup>25)</sup> (N.° 46);

L. 3 §§ 6-10 D. *de itin. actuq. priv.*, XLIII, 19. Vedi sopra § 1835 num. 11 pag. 58 (ediz. tedesca pag. 75 seg.). SCHMIDT, loc. cit. pag. 91, pag. 147 segg.

<sup>18)</sup> L. 1 §§ 29, 37 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20. Vedi sopra § 1835 num. 11 pag. 58 (ediz. tedesca pag. 74 seg.). SCHMIDT, loc. cit. pag. 146 segg.

<sup>19)</sup> L. 3 § 7 D. *de riv.*, XLIII, 21; L. un. § 11 D. *de fonte*, XLIII, 22. Vedi sopra num. 11 pag. 58 (ediz. tedesca pag. 75 seg.). SCHMIDT, loc. cit. pagina 147 seg.

<sup>20)</sup> L. 1 pr. § 7 D. *de arb. caed.*, XLIII, 27.

<sup>21)</sup> L. un. pr. D. *de glande leg.*, XLIII, 28.

<sup>22)</sup> L. 2 § 3 cit. D. *de interd.*, XLIII, 1. GAIUS, IV, 147 § 3 in fine I. *de interd.*, IV, 15. — TROFILO ad h. l.; L. 1 pr. § 1 D. *de Salv. interd.*, XLIII, 33.

<sup>23)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8.

<sup>23 a)</sup> Chi non reputa necessario in questo interdetto un anteriore possesso giuridico dell'attore, deve considerarlo come *duplex*, cioè *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis*; così lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 34 nota 6. — Cfr. KELLER, *Semestria*, I pag. 384 seg. pagina 389 seg.

<sup>24)</sup> L. 2 § 3 cit. D. *de interd.*, XLIII, 1. GAIUS, IV, 154. § 6 I *de interd.*, IV, 15. TROFILO, ad h. l.; L. 1 § 1, L. 3 §§ 13 seg. 17, L. 9 § 1 D. *de vi*, XLIII, 16.

<sup>24 a)</sup> GAIUS, IV, 170.

<sup>25)</sup> L. 1 pr. § 1 cfr. L. 16 pr. D. *quod vi*, XLIII, 24.

l'interdetto *de remissione* <sup>26)</sup> (N.° 47); e  
il cosiddetto *interdictum demolitorium* <sup>27)</sup> (N.° 48).

Sono *retinendae possessionis*:

l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur* <sup>28)</sup> (N.° 13);

l'*interdictum secundarium* contro il non possessore <sup>29)</sup> (N.° 30);

l'interdetto *de cloaca privata* <sup>30)</sup> (N.° 43);

l'interdetto *Ne vis fiat aedificanti* <sup>31)</sup> (N.° 49) e

l'interdetto *de migrando* <sup>32)</sup> (N.° 59).

Son detti tali nelle fonti:

gli interdetti *Uti possidetis* (N.° 29) e *Utrubi* <sup>33)</sup> (N.° 59);  
e per conseguenza vanno qui annoverati:

l'interdetto *Uti possidetis utile* dell'usufruttuario (N.° 31) e

l'interdetto *de superficiebus* <sup>33a)</sup> (N.° 34).

Peraltro quella denominazione può considerarsi solo come data a *potiori*; in realtà questi interdetti sono *mixtae naturae, tam retinendae quam recuperandae possessionis*. Perocchè quando si cerca di spiegare la loro efficacia recuperatoria allegando, che essi come *interdicta duplicia* in forza della clausola: *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* hanno protetto ancora come attuale possessore colui, a quo *adversarius iniuste possidet*, questo non è che un modo di dire, che cela in sè una finzione. E poi questa spiegazione vien meno nell'*Utrubi*, inquantochè con esso in base al più lungo possesso nell'ul-

<sup>26)</sup> L. 1 pr. D. *de remis.*, XLIII, 25. BURCKHARD nella *Continuazione di questo Commentario*, Libro XXXIX tit. I num. 40 (Ediz. tedesca I pag. 297 segg.).

<sup>27)</sup> L. 20 pr. D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1.

<sup>28)</sup> L. 2 pr. § 17 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8.

<sup>29)</sup> GAIO IV, 170.

<sup>30)</sup> L. 1 pr. D. *de cloac.*, XLIII, 23. Vedi BRINZ, *Pandekten*, 2.<sup>a</sup> ediz. vol. I pag. 805 sotto il num. 4.

<sup>31)</sup> L. 20 § 9 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1.

<sup>32)</sup> L. 1 pr. D. *de migr.*, XLIII, 32.

<sup>33)</sup> L. 2 § 3 cit. *de interd.*, XLIII, 1. GAIO, IV, 148 seg. PAOLO, V, 6, 1. § 4 seg. 1. *de interd.*, IV, 15. — TROFILO, *ad h. l.*, L. 1 §§ 2, 6 D. *uti poss.*, XLIII, 17.

<sup>33a)</sup> L. 1 pr. § 2 D. *de superf.*, XLIII, 18.

timo anno si poteva costringere a restituire il possesso anche il *iuste a nobis possidens adversarius* <sup>33b</sup>).

Di natura mista sono anche tutti gli altri interdetti.

Sono cioè *tam adipiscendae quam recipendae possessionis, duplicia* in questo senso <sup>33c</sup>):

l'interdetto *Quam hereditatem* <sup>31</sup>) (N.° 3);

l'interdetto *Quem fundum* <sup>35</sup>) (N.° 32);

l'interdetto *Quem usumfructum* <sup>36</sup>) (N.° 33);

l'interdetto *Quam servitutem* <sup>37</sup>) (N.° 45

l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est* <sup>33</sup>) (N.° 4);

l'interdetto *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est* <sup>39</sup>) (N.° 5);

l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui damni infecti nomine in possessionem missus est* <sup>40</sup>) (N.° 28), e

l'interdetto *de precario* <sup>41</sup>) (N.° 50).

Sono *tam retinendae quam recuperandae possessionis*:

<sup>33 b</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 69 seg. nota 55.

<sup>33 c</sup>) L. 2 § 3 cit. in fine. RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. IX pag. 12 segg. — SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 33 seg. nota 3. — KELLER, *Römische Civilprozess* (Procedura romana), § 75, 6.<sup>a</sup> ediz. nota 870. Di diversa opinione è PHUSCHKE, *Gaius*, pag. 186 seg. nota 195 e contro ai lui ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (Le azioni cosiddette bilaterali), pag. 29 nota 102.

<sup>31</sup>) ULPIANO, *Fragm. Vindob.*, Nr. IV ed. Kr.

<sup>35</sup>) Ivi.

<sup>36</sup>) FRAGM. VAT., 92.

<sup>37</sup>) LENEL, *Ed. perp.*, § 255.

<sup>38</sup>) L. 1 §§ 1, 3; L. 3 pr. D. *ne vis fiat ei, qui in poss.*, XLIII, 4. SCHMIDT, loc. cit., pag. 68 seg.

<sup>39</sup>) L. 3 § 2 eod. SCHMIDT, loc. cit. pag. 67 segg.

<sup>40</sup>) L. 4 pr. § 4 D. eod.

<sup>41</sup>) Questo è *adipiscendae possessionis*, quando il *precario dans* non è stato possessore. L. 18, L. 8 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26. Chi reputa il precarista un possessore *suo nomine* non può ammettere, che con l'accettare un precario faccia possessore il *precario dans*, come fa il WINDSCHKID, *Pandekten*, vol. I § 160 nota 17.

l'interdetto *de itinere actuque privato* <sup>42)</sup> (N.° 35);

l'interdetto *de itinere actuque privato reficiendo* <sup>43)</sup> (N.° 36);

gli interdetti *de aqua cottidiana* (N.° 37) e *de aqua aestiva* <sup>44)</sup> (N.° 38);

l'interdetto *de rivis* <sup>45)</sup> (N.° 40); e

gli interdetti *de fonte* (N.° 41) e *de fonte reficiendo* <sup>46)</sup> (N.° 42).

Sono *adipiscendae, retinendae e recuperandae possessionis*, a seconda delle circostanze, i due interdetti definitivi:

*de loco publico fruendo* <sup>47)</sup> (N.° 17): e

*de aqua ex castello ducenda* <sup>48)</sup> (N.° 39).

Dopo questa rassegna di tutti gli interdetti *rei familiaris* dobbiamo certo convenire, che questa divisione non può in verun modo pretendere ad un'importanza sistematica.

## § 1836.

### *Divisioni degli interdetti.*

#### II. Secondo la forma:

a) Secondo il tenore dei requisiti edittali; INTERDICTA IN PRAESENS e IN PRAETERITUM RELATA <sup>1)</sup>.

33. La L. 1 cit. § 2 D. h. t. (ULP., lib. LXVII *ad ed.*) dice:

*Interdictorum quaedam in praesens, quaedam in praeteritum referuntur: in praesens, ut Uti possidetis; in praeteritum, ut de itinere actuque, de aqua aestiva.*

<sup>42)</sup> L. 1 §§ 2, 12, L. 2, L. 6 D. *de itin. actuq. priv.*, XLIII, 19. SCHMIDT, loc. cit. pag. 69 nota 55 pag. 80 nota 8.

<sup>43)</sup> L. 3 § 13; L. 5 § 2 *eod.*

<sup>44)</sup> L. 1 §§ 1, 20, 23, 24 D. *de aq.*, XLIII, 20. SCHMIDT, loc. cit. pag. 65 segg.

<sup>45)</sup> L. 1 pr. D. *de riv.*, XLIII, 21.

<sup>46)</sup> L. 1 pr. § 6 D. *de fonte*, XLIII, 22.

<sup>47)</sup> L. 1 pr. D. *de loco publ. fr.*, XLIII, 9. SCHMIDT, loc. cit. pag. 69 nota 55.

<sup>48)</sup> L. 1 § 38 D. *de aq.*, XLIII, 20. SCHMIDT, loc. cit. pag. 88 nota 11.

<sup>1)</sup> Vedi SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 76-81.

L'*Uti possidetis* protegge solo colui, che nel momento dell'*interdictum redditum* ha di fronte all'avversario un possesso non vizioso o l'avrebbe, se questi non possedesse da lui *vi, clam* o *precario*. Così risulta direttamente dal tenore dell'interdetto riferito dalla L. 1 pr. D. *Uti poss.* XLIII, 17:

*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero POSSIDETIS* <sup>2)</sup>, *quo minus ita possideatis, vim fieri veto.*

ed ancor più chiaramente dalla forma più antica tramandataci da FESTO alla parola *possessio* (M. p. 233):

*Uti NUNC POSSIDETIS eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero POSSIDETIS, ita possideatis. adversus ea vim fieri veto* <sup>3)</sup>.

Ed è confermato da GAIO IV, 150:

*Et siquidem de fundo vel aedibus interdicatur, eum potioem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat, etc.*

Invece l'interdetto *de itinere actuque privato* è così concepito:

*Quo itinere actuque (privato del. M.) quo de agitur (vel via del. M.) HOC ANNO nec vi nec clam nec precario ab illo USUS ES, quo minus ita utaris, vim fieri veto* <sup>4)</sup>.

Basta dunque che l'attore abbia esercitato la servitù di passaggio nell'anno, che precede l'emanazione dell'interdetto, e giusta la prassi romana basta un esercizio di trenta giorni; nè importa, che egli non abbia più esercitata la servitù immediatamente prima del rilascio dell'interdetto. Questa è la forma esposta da ULPIANO (lib. LXX *ad ed.*) nella L. 1 § 2 D. *de itin. actuque priv.* XLIII, 19:

*Hoc interdicto praetor — inquit — hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit — si modo (hoc ins.) anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus. neque ad praesens tempus refertur, quia plerumque itineribus vel*

<sup>2)</sup> Cfr. la forma abbreviata riferita da GAIO, IV, 160: *uti NUNC possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.*

<sup>3)</sup> Vedi LENEL, *Ed. perp.*, pag. 377 seg.

<sup>4)</sup> LENEL, loc. cit., pag. 383 seg.

*via non (semper del. M.) utimur, nisi cum usus exegerit (ita del. M.).*  
 § 3: *Annui temporis spatio conclusit usum. annum ex die interdicti*  
*(editi ins. M.) retrorsum computare debemus<sup>5)</sup>.*

Consimile è la norma, che regge l'interdetto *de aqua aestiva*, così concepito:

*Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario*  
*ab illo duxisti, quo minus ita duas, vim fieri veto<sup>6)</sup>.*

ULPIANO (lib. LXX *ad ed.*) lo commenta nella L. 1 § 32 D. *de aq. coll.* XLIII, 20:

*Aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et*  
*finiri aequinoctio autumnali, et ita senis mensibus aestas atque hiems*  
*diriditur. § 33: Priorem aestatem ex comparatione duarum aestatum*  
*accipi. § 34: Propter hoc, si aestate interdicatur, nonnunquam annum*  
*et sex menses continere: quod ita contingit, si initio verna aequinoctio*  
*ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale in-*  
*terdicatur: et proinde, si hieme interdicatur, etiam in biennium haec*  
*res extendetur.*

E così è per l'interdetto *de aqua cottidiana*, in cui le parole: *Uti hoc anno usus es<sup>7)</sup>* richiedono un esercizio non vizioso in un giorno qualunque dell'anno, che precede il rilascio dell'interdetto, e non un esercizio, che preceda immediatamente tal momento<sup>8)</sup> Precisamente lo stesso troviamo negli interdetti *de rivis, de fonte e de fonte reficiendo*. Essi dicono:

— *dum ne aliter aquam ducat, quam uti HOC ANNO AUT PRIORE*  
*AESTATE non vi non clam non precario a te DUXIT<sup>9)</sup>* —

*Uti de eo fonte, quo de agitur, HOC ANNO nec vi nec clam nec pre-*  
*cario ab illo USUS ES<sup>10)</sup>* — — *dum ne aliter utaris, atque uti HOC*  
*ANNO non vi non clam non precario ab illo USUS ES<sup>11)</sup>* —

<sup>5)</sup> Per l'interdetto *de itinere actus privato reficiendo*, che lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 79. in questo riguardo parifica pienamente all'interdetto *de itinere actus privato*, vedi infra, pag. 143 (Ediz. tedesca pag. 190).

<sup>6)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 385.

<sup>7)</sup> LENEL, loc. cit., pag. 384.

<sup>8)</sup> L. 1 §§ 4, 20, 22, 23, 24 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20.

<sup>9)</sup> LENEL, loc. cit. § 252.

<sup>10)</sup> Ivi § 253.

<sup>11)</sup> Ivi.



Però non è puramente e semplicemente il tenore dell'interdetto ciò, che serve di norma alla divisione, di cui parliamo. Dice infatti la L. 11 § 4 D. *quod vi XLIII, 24*:

(ULPIAN., lib. LXXI *ad ed.*) *Quod ait praetor: « Quod vi aut clam factum est » ad quod tempus referatur, videamus, utrum ad praeteritum an ad praesens. quae species apud JULIANUM exposita est: ait enim in hoc interdicto praesentis temporis significationem accipi debere. si tamen, inquit, ex opere damnum datum fuerit, aut (et scr. M.) dominus (cioè il proprietario di quel fondo, sul quale ha avuto luogo l'opus) aut is, cuius fundo nocitum erit, sua impensa id sustulerit, utilius probari, quod JULIANUS temptat<sup>12)</sup>, ut et damnum sarciantur, et impendia restituantur<sup>12a)</sup>.*

Secondo questo frammento l'interdetto *Quod vi aut clam* malgrado le parole « *Quod vi aut clam factum est* » è *in praesens relatum*, perchè richiede un *opus*, che esista ancora nel momento dell'*interdictum reddendum*, o per lo meno in quel momento danneggi ancora l'attore, sia perchè le spese per la rimozione dell'*opus* non gli sono state ancora rimborsate, sia perchè non è stato ancora risarcito dei danni da quell'*opus* cagionatigli<sup>13)</sup>.

Lo stesso deve valere per esempio per l'interdetto *Unde vi*. È vero, che esso si riferiva indubbiamente al passato:

*Unde in hoc anno tu illum vi DEIECISTI aut familia tua DEIECIT etc.*<sup>14)</sup>.

Ciononostante l'interdetto rimaneva senza effetto, quando prima

<sup>12)</sup> Le parole: *quod JULIANUS, temptat* paiono qui fuor di posto; forse ULPIANO aveva aggiunto alla fine del §: *quod Julianus temptat, verum est*. Così il MOMMSEN.

<sup>12 a)</sup> Vedi anche L. 4 § 3 D. *de ag. et aq. pl.*, XXXIX, 3 (ULP. lib. LIII *ad ed.*): *Item si non ego, sed procurator meus tale opus fecerit, ut aqua pluvia noceat vicino, adversus me haecenus erit actio, quatenus adversus (me propter ins. M.) colonum: ipse autem procurator interdicto Quod vi aut clam conveniri poterit secundum JULIANI sententiam, etiam post opus restitutum*. Inoltre L. 14 D. *quod vi XLIII, 24*. SCHMIDT, loc. cit., pag. 39 seg.

<sup>13)</sup> Non si può dire dunque che GIULIANO nella proposizione finale della L. 11 § 4 cit. oltrepassi scientemente i limiti segnati dalla formula del pretore, come reputa lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 77; piuttosto egli spiega il *perfectum praesens* da lui scorto nel « *factum est* ».

<sup>14)</sup> LENEL, *Ed. perp.* 373.

della sua emanazione l'espulso era stato già pienamente risarcito della deiezione sofferta, mentre poteva essere impetrato efficacemente, fintantochè v'era ancora da risarcire una parte del danno cagionato dalla deiezione <sup>15)</sup>.

In *praesens relatum* è quindi un interdetto, non solamente allorchando i requisiti della sua forza obbligatoria si riferiscono al presente, ma anche quando la dicitura di tali requisiti concepita in rapporto al passato deve essere interpretata nel senso, che i fatti da essa designati debbono continuare ad avere un effetto almeno indiretto anche nel presente.

Finalmente vi sono anche degli interdetti, i cui requisiti son concepiti parte *in praesens* parte *in praeteritum*, e che quindi si potrebbero chiamare *mixta* in questo senso. Il che avviene in due modi.

In primo luogo possono i varii requisiti esser riferiti alcuni al passato, altri al presente. Così è nell'interdetto *de itinere actuque privato reficiendo*: qui debbono concorrere l'esercizio del diritto di passaggio nell'ultimo anno e l'esistenza del diritto stesso.

L. 3 §§ 11 e 13 D. *de itin. act. priv.* XLIII, 19: (ULP. lib. LXX ad ed.). *Ait praetor: « Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio (illo scr. SCHULTING) usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi IUS ESSET (EST SCR. M.), reficias, vim fieri veto. etc. ».* § 13. *Hoc autem a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto cum demum uti posse, qui hoc anno usus est ET IUS SIBI ESSE REFIENDI OPORTET (DOCET APPARET SCR. M.). ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum ET EI SERVITUTEM COMPETERE: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui cum patitur hoc facere, qui (quod scr.) hoc anno fecit? enim vero qui vult reficere, aliquid novi facit, neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere HABET servitatem.*

Tra questi credo debba anche porsi l'interdetto *de loco publico*

<sup>15)</sup> L. 1 §§ 6, 31, 32, 34, 35 D. *unde vi*, XLIII, 16. LENEL, loc. cit.

*fruendo*. Come suo primo requisito è indicato il fatto della conclusione del contratto di locazione, che appartiene al passato <sup>16)</sup>:

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

Ma nello stesso tempo la clausola: *e lege locationis* <sup>16a)</sup> richiedeva, che il contratto di locazione esistesse ancora, e non soltanto nel momento dell'emanazione dell'interdetto, ma anche nel momento, in cui veniva promossa la *sponsio ex interdicto*.

In secondq luogo può darsi, che al tempo dell'*interdictum redditum* si domandi o un requisito appartenente al presente, o un requisito appartenente al passato. Così nel *Quorum bonorum* è richiesto: o un attuale possesso *pro herede* o *pro possessore*, siasi pur questo già trasformato in proprietà del convenuto per *usucapio pro herede* <sup>17)</sup>, o un possesso anteriore *pro herede* o *pro possessore*, che pel dolo del possessore è andato perduto <sup>18)</sup>. E similmente nell'interdetto *Quod legatorum*: o un possesso *legatorum nomine* attuale, o un possesso di questa specie perduto *dolo malo* <sup>19)</sup>; — nell'interdetto *de tabulis exhibendis*: possibilità dell'esibizione, o attuale o perduta dolosamente <sup>20)</sup>; — nell'interdetto *de precario*: *Quod precario — habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere* <sup>21)</sup>; — nell'interdetto *de liberis exhibendis*: *si is eare apud te est dolo malo tuo factum est, quo minus apud te esset* <sup>22)</sup>.

Anzi a certi interdetti, il cui tenore si riferisce espressamente solo a un *factum immissum habere*, la giurisprudenza romana non esitò ad attribuire forza obbligatoria anche pel caso, in cui il convenuto

<sup>16)</sup> L. 1 pr. D. *de loco publ. fruendo*, XLIII, 9.

<sup>16 a)</sup> L. 1 cit. § 3.

<sup>17)</sup> LEIST, nella Continuazione di questo Commentario, lib. XXXVII, tit. I § 1598 d num. 75 (Ediz. tedesca I pag. 375 segg.).

<sup>18)</sup> L. 1 pr. D. *quor. bon.*, XLIII, 2.

<sup>19)</sup> *Vat. fragm.* XC cfr. L. 1 § 7 D. *quod legat.*, XLIII, 3. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 363 nota 5.

<sup>20)</sup> L. 1 pr. D. *de lib. exh.*, XLIII, 5.

<sup>21)</sup> L. 2 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26.

<sup>22)</sup> L. 1 pr. D. *de lib. exh.*, XLIII, 30.

avesse *dolo malo* fatto sì, *quo minus possideret vel haberet*<sup>23</sup>); in altri termini a trattare l'interdetto *in praesens relatam* alternativamente come in *praeteritum collatum*; e ciò sembra sia tosto divenuto una regola generalmente ammessa<sup>24</sup>).

Del resto l'esposizione qui da noi fatta avrà già mostrato, come a questa divisione non debba darsi alcun valore sistematico. Ci sarà perciò lecito di omettere la distribuzione dei vari interdetti nelle due classi, che tale divisione comprende. Nell'esame, che faremo, di ciascun d'essi, risulterà di per sè e in luogo opportuno, se i loro requisiti debbano appartenere interamente al passato, o se debbano in tutto o in parte far capo al presente.

#### § 1836 a.

##### b) Secondo il tenore dell'ordine;

##### INTERDICTA RESTITUTORIA, EXHIBITORIA, PROHIBITORIA<sup>1</sup>).

34. Una seconda divisione basata sul tenore degli interdetti ha invece una grande importanza, e non solo a cagione della possibilità, che va ad essa congiunta nel diritto classico, di un trattamento processuale assai diverso<sup>1a</sup>), ma anche perchè essa esprime i due indirizzi opposti, che possono avere in pratica gli interdetti. Vogliam dire la divisione in interdetti imperativi, ossia *decreta* in questo senso, e proibitorii, ossia *interdicta* in senso stretto.

I *decreta* hanno alla lor volta per oggetto parte un *restituere*, parte un *exhibere*, e perciò i Romani, in modo invero non logicamente esatto<sup>2</sup>),

<sup>23</sup>) L. 2 § 42 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 § 13 D. *ne quid in sum. publ.*, XLIII, 13. Vedi infra § 1837 num. 58 dopo la nota 18.

<sup>24</sup>) L. 157 § 1 D. *de E. I.* L. 17. Vedi infra num. 58 alla nota 19. — Giustamente perciò lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 160 nota 12, ammette lo stesso trattamento per es. per l'interdetto *de cloaca publica* (L. 1 § 15 D. *de cloac.*, XLIII, 23).

<sup>1</sup>) SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 31-75.

<sup>1a</sup>) Vedi infra § 1838 d num. 100.

<sup>2</sup>) Il criterio della divisione è dato per due membri dal *contenuto* e pel terzo dalla *forma* dell'ordine. EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt* (Conte-

sogliono esprimere la distinzione, di cui parliamo, coi nomi di *interdicta restitutoria, exhibitoria e prohibitoria*.

GAIO IV, 139: — *et in summa (praetor aut proconsul) aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem et VERBORUM conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta (VOCANTUR VEL ACCURATIUS INTERDICTA suppl.) DECRETAQUE. § 140. Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, veluti cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur<sup>3)</sup>; interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur.*

§ 1 i. f. I. *de interd.* IV, 15: — *sunt tamen, qui putant, proprie interdicta ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia interdicerere est denuntiare et prohibere: restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari: sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.*

I trattati dei Romani riguardano questa divisione degli interdetti come la principale, dando il primo luogo.

GAIO IV, 142: *Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria.*

§ 1 init. I. *de interd.* IV, 15: *Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria.*

THEOPHIL. *ad h. l.*: *Ἡ δὲ ἀρχὴ διαίρεσις τῶν ἐντεροδίκτων ἐστὶν αὐτὴ ὅτι τῶν ἐντεροδίκτων τὰ μὲν ἐστὶν prohibitoria ἤγουν κωλυτικὰ, τὰ δὲ exhibitoria ἤτοι παραστατικὰ, τὰ δὲ restitutoria ἤτοι ἀποκατατικὰ.*

Certo non è stata una considerazione dogmatica, che ha indotto il cosiddetto TEOFILO ad abbandonare l'ordine dell'enumerazione, quale si trova nel passo delle Istituzioni da lui parafrasato<sup>4)</sup>: e ve-

nuto non obbligatorio della legge). Friburgo 1885, pag. 41, anche nell'*Archiv für die Civilistische Praxis* (Archivio di pratica civile), vol. LXIX pag. 310.

<sup>3)</sup> Cfr. L. 1 pr. in fine D. *de tab. exh.* XLIII, 5: — *item si libellus aliudro quid relictum esse dicetur, DECRETO comprehendam. CIC. pro Caec. c. XXIX § 82: Restituisse te dixi: nego me ex DECRETO praetoris restitutum esse. § 83 init.: Si ad INTERDICTI sententiam confugis etc. § 84 in fine: Si praetor non distinxit locum, quo me restitui iuberet, et restitui iussit, non sum ex DECRETO restitutus. § 85 in fine: — neque in hac re — quaeri oportere, quibus verbis praetor INTERDIXERIT, sed de quo loco sit actum, cum INTERDIXIT etc. SCHMIDT loc. cit. pag. 32 nota 2.*

<sup>4)</sup> SCHMIDT loc. cit. pag. 31 nota 1.

diamo infatti che GAIO stesso segue nel § 142 cit. un altro ordine che nel § 140 cit., anzi in quest'ultimo passo le due enumerazioni, che vi si contengono, hanno un ordine diverso; prima è detto: interdetti esibitorii, restitutorii, proibitorii, e poi restitutorii, esibitorii, proibitorii. Non ci può quindi sorprendere <sup>5)</sup>, se ULPIANO nella L. 1 § 1 D. h. t. nomina gli interdetti proibitorii tra le due specie dei *decreta*:

*Interdictorum autem tres species sunt, exhibitoria, prohibitoria, restitutoria, etc.,*

mentre nella L. 6 § 2 D. *de confessis* XLII, 2 (lib. V *de omn. tribunal.*) scrive *interdictum exhibitorium, restitutorium, prohibitorium*.

Veniamo ora ad esaminare il significato di ciascuna di queste classi, attenendoci con lo SCHMIDT all'ordine seguito da GAIO IV, 140 in fine.

35. Tutti gli interdetti restitutorii terminano con l'ordine: *restituas*.

Però *restituere* si trova qui in due significati diversi.

Talvolta serve a designare la consegna di una cosa corporale a una persona, oppure — il che nel suo risultato viene a esser lo stesso — l'immissione di una persona nella detenzione di una cosa <sup>6)</sup>. Questo significato ha il *restituere* negli interdetti *Quorum bonorum* <sup>7)</sup>, *Quod legatorum* <sup>8)</sup>, *Quam hereditatem* <sup>9)</sup>, *de vi (non armata)* <sup>10)</sup>, *de vi armata* <sup>11)</sup>, *si uti frui prohibitus esse dicitur* <sup>12)</sup>, *Quem fundum* <sup>13)</sup>, *Quem*

<sup>5)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit.

<sup>6)</sup> Ciò negli interdetti *Unde vi*. Vedi infra note 10-12. Ho adoperato qui la parola « detenzione » per non escludere dalla definizione l'interdetto *Unde vi utile* dell'usufruttuario.

<sup>7)</sup> L. 1 pr. D. *quor. bon.* XLIII, 2: *id illi restituas*. Così pure negli interdetti *possessorium* e *sectorium* (GAIO, IV, 145 sq.) se questi, com'è probabile, erano restitutorii.

<sup>8)</sup> Cfr. L. 1 §§ 2, 7, 8, 9. L. 2 § 2 D. *quod legat.* XLIII, 3. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 363.

<sup>9)</sup> Arg. FRAGM. VAT., 92.

<sup>10)</sup> L. 1 pr. §§ 31-38 D. *unde vi* XLIII, 16: *eo illum quaequas ille tunc habuit restituas*. SCHMIDT, loc. cit., pag. 35 nota 7. LENEL, loc. cit., pag. 372 e seg.

<sup>11)</sup> CIC., *pro Caec.*, XXX, 88: *eo restituas*. LENEL, pag. 375 nota 8.

<sup>12)</sup> Vedi LENEL, loc. cit., pag. 376 sotto il num. 3.

<sup>13)</sup> Vedi *ivi*, pag. 382 sotto il num. 1.

*usumfructum*<sup>14)</sup>, *de precario*<sup>15)</sup> *fraudatorium*<sup>16)</sup>. E questo *restituere* può consistere non solo nella restituzione della cosa al precedente detentore di essa, che invoca un *interdictum recuperandae possessionis*, ma anche nella consegna della cosa a colui, che invoca un interdetto *adipiscendae possessionis*; e finalmente negli interdetti *tam recuperandae quam adipiscendae possessionis* può consistere, secondo le circostanze, nell'una o nell'altra di queste cose.

Talvolta invece *restituere* significa il ristabilimento di uno stato anteriore, che non consisteva nella detenzione di una cosa<sup>17)</sup>. Si vuol per esso denotare l'annullamento di un cambiamento fatto con una cosa o su di una cosa e più precisamente su di un fondo.

L. 2 § 43 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (ULPIAN. lib. LXVIII *ad ed.*): « *Restituas* » *inquit (sc. praetor). restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id, quod factum est, vel reponat, quod sublatum est. etc.*

In questo senso troviamo il *restituere* negli interdetti restitutorii *de loco sacro*<sup>18)</sup>, *de via publica*<sup>19)</sup>, *de flumine publico, ne peius navigetur*<sup>20)</sup>, *de flumine publico, ne aliter aqua fluat*<sup>21)</sup>, *de cloaca publica*<sup>22)</sup>, *Quod vi aut clam*<sup>23)</sup>, *demolitorium*<sup>24)</sup>.

14) FRAGM. VAT., 92.

15) L. 2 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26: *id illi restituas*.

16) L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8: *ea illi — restituas*. LENEL, loc. cit., § 268. Vedi infra in questo num. alla nota 29 segg.

17) Questa definizione mi sembra più calzante di quelle scelte dallo SCHMIDT, loc. cit., pag. 35 seg.: « restituzione di una cosa come tale », « porre una cosa nello stato, in cui si trovava in un determinato momento anteriore ». Le fonti non dicono: « *Quem in locum nuntiatum est — EUM (sc. locum) restituas* », « *Quod in via publica — factum immissum habes, — EAM viam restituas* », ecc., ma: « *Quem in locum nuntiatum est, — QUOD in eo loco — factum est, id restituas* »; « *Quod in via publica — habes — restituas* », ecc.

18) LENEL, *Ed. perp.*, § 235.

19) Ibidem § 237 sotto il num. 3

20) Ibidem § 241 sotto il num. 2.

21) Ibidem § 242 sotto il num. 2.

22) L. 1 § 15 D. *de cloac.*, XLIII, 23.

23) LENEL, loc. cit., § 256.

24) Ibidem § 257 nota 2. — È presumibile, che con questi debba porsi anche l'interdetto *Quam servitutem* per una *servitus praedii urbani*, quando si era già prodotto uno stato di cose in contraddizione con la servitù, a cui si

Del resto il cambiamento, che deve essere fatto sparire, può benissimo consistere in ciò, che una cosa mobile è stata posta in una non intima unione con un fondo <sup>25)</sup>, oppure è stata semplicemente portata sul fondo <sup>26)</sup>.

In due modi può il convenuto partecipare a quel ristabilimento dello stato anteriore. In primo luogo in un modo puramente passivo: egli deve tollerare, che l'attore rimetta a proprie spese le cose nello stato primiero. In secondo luogo in un modo assolutamente attivo: egli deve ristabilire questo stato a proprie spese, porre in generale l'attore nella posizione economica, in cui si troverebbe, se non fosse intervenuto quel cambiamento. A seconda delle circostanze il restituere vien riferito all'uno o all'altro modo di partecipazione del convenuto al ristabilimento dello stato anteriore.

L. 2 § 43 cit. i. f. D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (facendo seguito alle parole riferite sopra a pag. 147): *et interdum suo sumptu: nam si ipse, quo qui (cum quo quis scr.) interdixit, fecerit, vel iussu eius alius, aut ratum habitum sit, quod fecit, ipse suis sumptibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus patientiam solam eum praestare debere* <sup>27)</sup>.

L. 15 § 7 *quod vi aut clam* XLIII, 24: (ULPIAN. lib. LXXI ad ed.): *Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum (non ins.) esse. officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset* <sup>28)</sup>.

---

vanta il diritto, o con l'affermata libertà della proprietà. LENEL, loc. cit., pag. 387 § 255 in fine.

<sup>25)</sup> Per es. nel tendere da un fondo rivierasco all'altra riva una catena, che intralcia la navigazione. Vedi anche L. 22 § 2 D. *quod vi*, XLIII, 24.

<sup>26)</sup> Per es. quando sono state gettate delle pietre su di un fondo, o scariata della terra, o sparso del letame, in modo da recar danno. L. 15 §§ 1 sq. L. 7 § 6 D. *quod vi*, XLIII, 24.

<sup>27)</sup> Vedi anche L. 7 pr. § 1. L. 13 § 7. L. 14 (vedi nota 28). L. 15 pr. § 1 D. *quod vi*, XLIII, 24. L. 22 D. *de O. N. V.*, XXXIX, 1. — La L. 15 § 1 cit. D. *quod vi*, XLIII, 24 estende l'obbligo del locatore, che non ha preso parte all'*opus* del suo conduttore, alla cessione dell'azione, che potesse spettargli contro di questo per tale causa; anche questa cessione rientra quindi nel restituere.

<sup>28)</sup> Questa norma si trova ulteriormente svolta nella L. 4 § 2 D. *de a. et*



L. 81 D. *de V. S. L.* 16 (PAUL., lib. X *ad Plautium*) *Cum praetor dicat, « ut opus factum restitatur », etiam damnnum datum actor consequi debet: nam verbo « restitutionis » omnis utilitas actoris continetur.*

Lo SCHMIDT<sup>29)</sup> ammette per un solo interdetto, cioè pel *fraudatorium*, anche un terzo significato del *restituere*. Partendo dall'opinione, che questo interdetto abbia luogo, come l'*actio Pauliana*<sup>30)</sup>, anche contro colui, che *consciis fraudis* abbia ricevuto il condono del suo debito dal creditore allo scopo, che i creditori di questo rimangano defraudati, giunge alla conclusione, che in questo caso il *restituas* dell'interdetto comprenda anche il ristabilimento dell'obbligazione soppressa. Ma in realtà l'interdetto tende esclusivamente al ricupero delle cose corporali, che sono state alienate *in fraudem creditorum*: queste sole si vuol designare coi *bona, quibus de agitur*<sup>31)</sup>, poichè solo a queste si riferisce la facoltà della *custodia et osservantia* conferita ai creditori in forza della *missio in bona*<sup>32)</sup>; a questi *bona* deb-

---

a. pl. a., XXXIX, 3 (ULP. lib. LIII *ad ed.*): *Idem JULIANUS, scribit aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse, idcircoque, si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius quam patientiam praestare debere, colonum autem interdicto Quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis et dananum, si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum etc. § 3 eod.* (Vedi sopra § 1836 num. 33 pag. 142 nota 12 a (Ediz. ted. pag. 188 seg.) nota 12 c). L. 11 § 4 D. *quod vi*, XLIII, 24 (ibidem pag. 142 (Ediz. ted. pag. 188)). L. 14 *eod.* cit. (JULIAN. lib. LXVIII *dig.*): *Nam et si servus meus ignorante me opus fecerit, eumque vendidero vel manumisero, mecum in hoc solum agi poterit, ut patiar opus tolli, cum explore aulem servi, ut aut noxae dedat aut impensam, quae in restitutione facta fuerit, praestet: sed et cum ipso manumisso recte agi poterit.* L. 7 § 8 *eod.* (ULP. lib. LXXI *ad ed.*): *Praeterea si fossam feceris in silva publica, et bos meus in eam inciderit, agere possum hoc interdicto, quia in publico factum est.*

<sup>29)</sup> loc. cit., pag. 46 seg.

<sup>30)</sup> L. 10 §§ 14, 22 sq. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8.

<sup>31)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8 nella quale bisogna cancellare come lezione corrotta le parole: « ea re », che il manoscritto fiorentino pone tra « de » e « agitur ». Cfr. L. 10 cit. § 9. L. 25 § 4 *eod.* LENEL, *Ed. perp.*, § 268 pag. 398 nota 10. Una congettura, sul come si siano introdotte qui queste parole, è stata esposta sopra § 1835 a num. 29 nota 51 pag. 126 (Edizione ted. pag. 167).

<sup>32)</sup> L. 3 § 23 D. *de a. pl.*, XLI, 2. L. 1 pr. D. *ne vis fiat ei, qui in poss.*, XLIII, 4. Cic. *pro Quint.*, XXVII, 84; XXIX, 89.

bono esser riannesse le cose corporali alienate in frode dei creditori<sup>33</sup>). Quindi il *restituas* dell'interdetto *fraudatorium* non ha altro significato, se non quello della consegna di una cosa corporale.

36. Gli interdetti esibitorii<sup>34</sup>) contengono l'ordine: *exhibeas*. Di quelli formulati nell'editto soltanto uno si riferisce all'esibizione di cose, cioè l'interdetto *de tabulis exhibendis*; tutti gli altri ordinano l'esibizione di uomini liberi. Questi sono gli interdetti *de homine libero exhibendo*, *de liberis exhibendis*, *de liberto exhibendo*. In quest'ultima classe l'ordine suona semplicemente: *exhibeas*<sup>34 a)</sup>, mentre nel primo sopra nominato con le parole « *ILLI exhibeas* » si ordina l'esibizione all'attore<sup>34 b)</sup>.

Il concetto dell'*exhibere* ci è spiegato per questo interdetto e per l'interdetto *de homine libero exhibendo*.

Riguardo al primo la L. 3 §§ 8 sq. D. *de tab. exh.* XLIII, 5 (ULPIAN. lib. LXVIII *ad ed.*) dice:

*Quid sit exhibere, videamus. exhibere hoc est materiae ipsius apprehendendae copiam facere.* § 9: *Exhibere autem apud praetorem oportet, etc.*<sup>35</sup>).

Riguardo al secondo la L. 3 § 8 D. *de hom. lib. exhib.* XLIII, 29 (ULPIAN., lib. LXXI *ad ed.*) dice:

— *exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere.*

È nel senso di quest'ultima spiegazione, che bisogna intendere l'*exhibere* anche negli interdetti *de liberis exhibendis*<sup>36</sup>) e *de liberto*

<sup>33</sup>) SCHEY, *Zur Geschichte der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium* (Contributo alla storia dell'*actio Pauliana* e dell'*interdictum fraudatorium*) nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto) Vol. XIII pag. 162 segg. messa in correlazione con la pag. 139. Vedi anche BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess* (La procedura romana), vol. II pag. 356 alla nota 55 e pag. 357 dopo la nota 62.

<sup>34</sup>) Vedi SCHMIDT, loc. cit., pag. 47 segg.

<sup>34 a)</sup> L. 1 pr. D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29. L. 1 pr. D. *de lib. exh.*, XLIII, 30.

<sup>34 b)</sup> L. 1 pr. D. *de tab. exh.*, XLIII, 5.

<sup>35</sup>) Cfr. L. 2 D. *ad exhib.*, X, 4 (PAUL., lib. XXI *ad ed.*): *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.* E su questa DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione), pag. 231.

<sup>36</sup>) A ragione osserva lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 49) nota 27, che è per un'im-

*exhibendo*: evidentemente il primo significato qui dato per l'*exhibere* contrapposto alla proposizione finale, che si riferisce esclusivamente, *proprie*, all'interdetto *de homine libero exhibendo*, vuol essere applicato in generale a ogni esibizione di persone <sup>37)</sup>.

Dunque negli interdetti esibitorii *exhibere* significa: portare o presentare davanti al tribunale la cosa o la persona, di cui si tratta. in modo che l'attore sia in grado di constatare coi suoi sensi la presenza di quella cosa o persona <sup>38)</sup>.

37. Il divieto degli interdetti proibitorii <sup>39)</sup> è concepito in varii modi. Nel più gran numero di essi è detto: *vim fieri veto* <sup>40)</sup>; negli interdetti *Ne quid in loco sacro fiat*, *Ne quid in via publica fiat*, e *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit* si trova: *facere — immittere — veto* <sup>41)</sup>; negli interdetti *Ne quid in loco publico fiat, quo peius navigetur* ancora più semplicemente: *ne facias — immittas* <sup>42)</sup>; e finalmente è espresso solo in modo

---

proprietà sfuggita a ULPIANO, o per un errore degli amanuensi, che nella L. 1 § 2 D. *de lib. exh.*, XLIII, 30 si legge: — *omnimodo RESTITUENDUM putavit (sc. praetor), si in potestate est*. DEMELIUS, loc. cit., pag. 246 nota 3.

<sup>37)</sup> DEMELIUS, loc. cit., pag. 242 nota 3.

<sup>38)</sup> Se questo *exhibere* sia da agguagliare a quello dell'*actio ad exhibendum* vedi in DEMELIUS, loc. cit., § 12 pag. 52 segg. messo in correlazione con § 47 pag. 231, § 48 pag. 242 alla nota 3, § 49 pag. 244, § 50 pag. 249 alla nota 1. — Sulla differenza tra *restituere* ed *exhibere* vedi L. 22 D. *de V. S.* L. 16.

<sup>39)</sup> Vedi SCHMIDT, loc. cit., pag. 49 segg.

<sup>40)</sup> Così negli interdetti *de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando* (LENEL, § 236), *Ut via publica ire agere liceat* (LENEL, § 238), *de loco publico fruendo* (LENEL, § 239), *de via publica reficienda* (LENEL, § 240), *Ut in flumine publico navigare liceat* (LENEL, § 243), *de ripa munienda* (LENEL, § 244), *Ut possidetis* (LENEL, § 247 sotto il num. 1), *secundarium adversus non possidentem* (ibidem sotto il num. 1 N.º d'ord. 5), *de superficiibus* (LENEL, § 249), *de itinere actuque privato reficiendo* (ibidem sotto il num. 2), *de aqua cottidiana, aestiva, ex castello ducenda* (LENEL, § 251), *de rivis* (LENEL, § 252), *de fonte, de fonte reficiendo* (LENEL, § 253), *de cloaca privata* (LENEL, § 254), *Ne vis fiat aedificanti* (LENEL, § 257 sotto il num. 3), *de arboribus caedendis* (LENEL, § 259), *de glande legenda* (LENEL, § 260), *de liberis ducendis* (LENEL, § 262), *Utrubi* (LENEL, § 264), *de migrando* (LENEL, § 265), presumibilmente anche nel *Salvianum* (LENEL, § 266 pag. 394 alla nota 2).

<sup>41)</sup> LENEL, loc. cit., § 235, § 237 sotto il num. 2 e § 242 sotto il num. 1.

<sup>42)</sup> LENEL, loc. cit., § 237 sotto il num. 1 e § 241 num. 1.

indiretto nell'interdetto *de remissionibus*: *Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat* <sup>43</sup>).

Il significato delle tre ultime forme è chiaro di per sè: con esse vien proibita al convenuto una certa specie di atti, senza che sia necessario, che questa specie di atti sia diretta contro un atto, che l'attore si proponga di eseguire, o contro una facoltà spettante all'attore di disporre di una data cosa <sup>41</sup>). La forma *vim fieri veto* invece proibisce una certa specie di atti, precisamente in quanto contengono una *vis* di fronte a un certo atto, che l'attore si prefigge o a una facoltà dell'attore di disporre di una data cosa <sup>41 a)</sup>).

E, com'è universalmente riconosciuto, è *vis* in tale materia non solo una violenza fatta personalmente all'avversario o al suo rappresentante, ma anche ogni atto, da cui l'attore venga impedito o turbato nell'esecuzione dell'atto, ch'egli si propone, o nell'esercizio della sua facoltà di disporre di una cosa, tanto se questo sia appunto lo scopo immediato dell'atto del convenuto, quanto se quell'impedimento o quella turbativa si manifestino come una conseguenza indiretta, anzi fors'anche involontaria di tale atto.

Troviamo designato come *vis* proibita dall'interdetto un impedimento frapposto direttamente all'attore tra l'altro nella L. 15 D. *ad exhib.* X, 4 (POMP. lib. XVIII *ad Sab.*): — *non esse autem iniquum, iuranti mihi, non calumniae causa id postulare, vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, NE VIM FACIAS MIHI, quo minus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem, etc.*

<sup>43</sup>) LENEL, loc. cit., § 157 sotto il num. 1. BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, libro XXXIX tit. I § 1673 num. 49 (Ediz. ted. I pagina 297 segg.). — Lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 49 seg., non bada a tale dicitura.

<sup>41</sup>) Lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 49 seg., rende il divieto di questi interdetti, con le parole: « tralascia ciò, che per avventura hai intenzione di eseguire nel tuo proprio interesse ». Ma qui questo interesse proprio, di cui si fa menzione, potrebbe essere male inteso, mentre è incontestato, che per es. l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* è dato anche allorquando l'atto dannoso per l'attore non implichi alcun interesse patrimoniale del convenuto, ma sia fatto per es. per ischerzo, per insolenza. E così per gli altri interdetti della classe in discorso.

<sup>41 a)</sup> Cfr. infra § 1837 num. 63 alla nota 78.

L. 52 § 1 D. *de a. p.* XLI, 2 (VENULEIUS, lib. I *interd.*): *Eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque prohiberi manifestum est* <sup>45)</sup>.

L. 3 § 2 D. *uti poss.* XLIII, 17 (ULP. lib. LXIX *ad ed.*): *Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione* <sup>46)</sup>.

L. 14 D. *de iniur.* XLVII, 10 (PAUL. lib. XIII *ad Plaut.*): *Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, Uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, etc.*

L. 3 § 5 D. *de it. act. priv.* XLIII, 19 (ULP. lib. LXX *ad ed.*): — *sive forte ab extraneo fructuarius prohibeatur (sc. ire), sive etiam a domino, sed et si dominus a fructuario, competit: nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit.*

L. 1 § 15 D. *de aq. cott.* XLIII, 20 (ULP. lib. LXX *ad ed.*: — *si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit ducere, impune ei VIS FIET.*

§ 17. *eod.* *Item quaeritur, si quis aquae, quam hoc anno ducebat, aliam aquam admiscuerit, an impune prohibeatur. et extat OFILII* <sup>47)</sup> *sententia existimantis, recte eum prohiberi, sed eo loci, in quo primum aquam aliam in rivum admittit: et* <sup>48)</sup> *OFILIIUS in tota aqua recte eum prohiberi ait. ego OFILIO adsentio, non posse dividi, quia non potest ita in parte VIS FIERI, ut non in tota aqua fiat.*

<sup>45)</sup> L. 52 cit. § 2 (infra § 1838 c num. 94 nota 22).

<sup>46)</sup> L. 3 cit. § 3 (infra § 1836 c num. 55 alla nota 22), § 4 (infra § 1837 num. 64 alla nota 83). Vedi anche L. 11 D. *unde vi*, XLIII, 16 (infra pagina 157 seg. (Ediz. ted. pag. 209 seg.)).

<sup>47)</sup> *Immo SERVII vel alius cuiusdam ex antiquis (GOTHFREDUS) M.*

<sup>48)</sup> *at scrib. M.* A mio credere, questa variante proposta poggia su di un malinteso, come quella riferita al num. 47. Nel parere, a cui si accenna, OFILIO dice, che la condotta d'acqua può esser impedita (dal di sotto in su) fino a quel punto del canale (*rivus*), nel quale viene introdotta altr'acqua, oltre quella condotta nell'ultimo anno, e che può essere impedita da questo punto in giù la condotta della totale quantità d'acqua, cioè tanto di quella introdotta solo di recente nel corso d'acqua, quanto di quella che già veniva condotta nell'ultimo anno: non è difatti possibile trattenerne soltanto la prima. Con le varianti proposte OFILIO ed ULPIANO, in contrapposizione al primo parere addotto, permetterebbero, che la condotta d'acqua venga impedita anche in quella parte del canale, che sta al di sopra del punto, in cui è in-

§ 18 eod. TREBATIUS, cum amplior numerus pecoris ad aquam appellatur, quam debet appellari, posse universum pecus impune prohiberi, quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeatur, totum corrumpat pecoris adpulsus. MARCELLUS autem ait, si quis ius habens pecoris ad aquam appellandi plura pecora adpulerit, non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum, quia pecora separari possunt.

§ 23 eod. Praeterea illud sciendum est, si, cum aquam duxisses, adversarius te prohibuerit, deinde tu interim ius aquae ducendae amiseris, in restitutionem hoc venire, ut tibi praestetur per hoc interdictum quod amisisti: et hoc verum puto.

§ 25 eod. Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non. idcircoque is <sup>49)</sup> tenetur interdicto: nam et si <sup>50)</sup> servitus coepit adversus quemvis posse vindicari <sup>51)</sup>.

L. 1 § 11 D. de riv. XLIII, 21 (ULP. lib. LXX ad ed.): Proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibebitur: sed et si eundem rivum deprimat vel adtollat aut dilatet vel extendat vel operiat apertum vel contra. ego ceteros quidem impune prohiberi puto: at enim eum qui <sup>52)</sup> operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat.

L. 1 § 1 D. de fonte XLIII, 22 (ULP., lib. LXX ad ed.): Hoc interdictum proponitur ei, qui fontana aqua uti prohibetur, etc.

§ 2 eod. Hoc autem interdictum locum habet, si quis uti prohibeatur aqua, hoc est sive haurire prohibeatur sive etiam pecus ad aquam appellere.

L. 1 § 9 D. de cloac. XLIII, 23 (ULP. lib. LXXI ad ed.): Idem LABEO etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit,

---

trodotta l'altra acqua: evidentemente in modo affatto arbitrario e discordante dalla ragione, che ne è data.

<sup>49)</sup> Idcirco quavis BEST.

<sup>50)</sup> Si del. M., similmente BEST.

<sup>51)</sup> Notiamo di passaggio, che la proposizione finale contiene una prova in appoggio dell'opinione, che nella procedura delle *legisactiones* la *confessoria* poteva aver luogo soltanto di fronte alla *contravindicatio*, sia di un altro pretendente alla servitù, sia del proprietario della cosa, su cui si vanta la servitù, che proponga l'azione negatoria.

<sup>52)</sup> cum quis scr. M.

*tuendum, ne ei VIS FIAT. sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum, POM-  
PONIUS scribit*<sup>53</sup>).

Come semplice conseguenza di un contegno del convenuto, non direttamente inteso ad impedire all'attore un atto, che egli si propone di compiere, o che è nell'ambito della sua azione legittima, troviamo la *vis* tra l'altro nella

L. 8 § 5 D. *si serv.* VIII, 5 (ULP. lib. XVII *ad ed.*): — *dicit igitur ARISTO eum, qui tabernam castariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur ARISTO probare. sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.*

L. 5 § 10 i. f. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1 (ULP. lib. LII *ad ed.*): — *et si forte in nostro aliquid facere perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum Quod vi aut clam aut Uti possidetis uti.*

L. 4 pr. D. *de it. actuque priv.* XLIII, 19 (VENULEIUS lib. I *interd.*): *Veteres nominatim adiciobant, ut ea quoque, quae ad refectioem utilia essent, adportanti VIS NON FIEBET: quod supercacuum est, quoniam qui adportari non patitur ea, sine quibus refici iter non possit, VIM FACERE VIDETUR, quo minus reficiatur.*

L. 1 § 5 D. *de fonte* XLIII, 22 (ULP. lib. LXX *ad ed.*): *Plane si quis ire ad haustum prohibeatur, aequè interdictum sufficiet*<sup>51 a)</sup>.

Si riferiscono a tutt'e due le specie di *vis* per es.:

TEOFILO ad § 1 I. *de interd.* IV, 15 (ed. REITZ): *Καὶ prohibitoria μὲν ἴσθιν, ἐν οἷς κολύει (sc. praetor) τι γίνεσθαι ὅσον, ἠπάλλει τις ἐπιέναι καὶ τὴν οὐσαν παρ' ἐμοὶ διαταράττειν νομῆν ἢ προσῆλθον ἐγὼ τῷ πράτορι, τὴν τοῦ ἀντιδίκου διαγούμενος ἀπαλλῆν, εἶπον δὲ ἐμυτὸν ἀνεπιλήπτως νέμεισθαι ἢ καὶ ἀπεφάνητο ὁ πράτωρ οὕτως λέγων, Sine vitio possidenti vim fieri veto ἢ τουτέστι, τῷ*

<sup>53</sup>) *Sed et POMPONIUS scribit, si quis velit..... non esse eum impediendum* scr. M.

<sup>51 a)</sup> Vedi anche L. 1 §§ 8, 10 D. *de mort. inf.*, XI, 8 (infra § 1837 num. 63 dopo la nota 79).

νεμομένην δίχα ελαττώματος βίαν γίνεσθαι κωλύω. "Ἡ καί ἐσθ' ὅτε τις ἠβούλετο λείψανον, αὐτῷ δικαίον, εἰσαγαγεῖν καὶ ἀποδέσθαι ἐν τῷ τόπῳ, ἐνθα δίκαιον ἦν αὐτῷ ἀποτίσθαι ὁ δαδῆσεται αὐτῷ προῖβητόριον ἐντέρδικτον κατὰ τοῦ βουλευμένου ἐπίχαιν αὐτόν . κτλ.

L. 1 cit. § 1 D. *de mort. inf.* XI, 8: *Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur inferre: prohiberi autem inferre videtur, sive locum inferre prohibeatur, sive itinere arceatur.*

L. 11 D. *unde vi* XLIII, 16 (POMP. lib. VI *ex Plautio*): *VIM FACIT, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit*<sup>51</sup>).

38. Resta ora a sapere, se e fino a qual segno una *vis* contraria all'editto possa aver luogo semplicemente a parole o per atto simbolico.

In tre modi si può concepire una *vis adversus edictum* fatta con sole parole: in primo luogo può esser fatta con una contestazione verbale della facoltà affermata dall'attore; in secondo luogo con una proibizione degli atti, che questi si propone di compiere, o che ha diritto di fare in forza della facoltà, che egli si attribuisce; in terzo luogo infine con la pretesa espressa solo verbalmente dal convenuto di aver egli una facoltà, che escluderebbe la facoltà, che l'attore si attribuisce.

Le fonti, per quel che io so, non ci danno ragguagli diretti riguardo a tutte queste possibilità; dovremo perciò tentare di ottenerne per deduzione.

Ora innanzi tutto per ciò, che concerne la contestazione puramente verbale della facoltà, che l'attore si attribuisce, di fare certi atti, si potrebbe forse esser propensi a distinguere il caso, nel quale quella facoltà consista solo nell'essergli leciti quegli atti, la cui effettuazione

<sup>51</sup>) Cfr. sull'inclusione di questo passo nel titolo *unde vi* SAVIGNY, *Recht des Besizes* (Diritto del possesso), 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 401 seg. nota 4, e di riscontro BRUNN, *Der ältere Besitz* (Il possesso più antico) negli *Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts* (Annali del diritto comune tedesco), Vol. IV pag. 49 segg., ed anche *Die Besitzklagen* (Le azioni possessorie) pag. 30.



deve esser protetta col divieto della *vis*, dal caso nel quale essa si presenta come l'espressione di un diritto subbiettivo, la cui assicurazione forma lo scopo di questo divieto.

Infatti potrebbe apparire senz'altro evidente, che nel primo caso il contestare puramente a parole, che sia lecito un atto, che l'attore si propone di fare, non può essere una *vis adversus edictum facta*. Malgrado tale contestazione quest'atto, che di fatto resta ugualmente possibile, continua ad essere lecito precisamente come prima: in altri termini esso non viene impedito nè turbato. Per chiarire la cosa con un esempio: la semplice asserzione di colui, che è stato chiamato in giudizio con l'interdetto *de via publica reficienda*, che la riparazione della strada pubblica, che l'attore si propone di eseguire, è illecita, non ha in alcun modo l'effetto *quo minus illi viam publicam aperire reficere liceat*<sup>51 a)</sup>. Ora questo appunto sarebbe il risultato, a cui si dovrebbe venire, se si volesse ritenere questo un caso del divieto della *vis*.

Invece si potrebbe voler scorgere una *vis* già nel fatto, che il convenuto contesta a sole parole di fronte all'interdetto *de mortuo inferendo* il diritto di tumulazione dell'attore, di fronte all'interdetto *de loco publico fruendo* il diritto dell'attore di dare in affitto quel luogo, di fronte all'*Uti possidetis* il possesso giuridico non vizioso dell'avversario. Eppure ciò sarebbe un errore. Nonostante la contestazione del diritto di tumulazione dell'attore, a questo non verrà punto impedito di seppellire il cadavere; nonostante la contestazione del suo rapporto di locazione, l'attore continua a percepire la medesima mercede; e per quanto l'avversario affermi recisamente, che la parte contraria, che ha realmente un possesso non vizioso, non abbia un possesso giuridico, o lo abbia acquistato illecitamente da lui, ciò non ha per effetto, *quo minus ille ita possideat, uti possidet*. Dunque in una contestazione puramente verbale della facoltà, che l'attore si attribuisce, non si può in nessun caso scorgere una *vis adversus edictum facta*.

---

<sup>51 a)</sup> Vedi STÖLZEL, *Die Lehre der operis novi nunciatio* (La dottrina della *operis novi nunciatio*), pag. 471 seg. BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), Vol. III pag. 390 nota 156 *Kleinere Schriften* (Scritti minori), Vol. I pag. 354.

Nella proibizione degli atti, che l'attore vuol compiere, o che ha diritto di compiere in forza della facoltà, che egli si attribuisce, bisogna invece distinguere. Qui si deve guardare, se quella proibizione rechi danno all'attore: nel caso affermativo essa conterrà senza dubbio una *vis adversus edictum facta*. Così avviene in quegli interdetti, che presuppongono il possesso di una servitù discontinua: ogni atto di esercizio, eseguito prima che l'avversario abbia ritirato la sua proibizione, è vizioso, privo quindi del vantaggio giuridico, che un atto di esercizio non vizioso conferirebbe, e segnatamente non idoneo a fondare di fronte all'avversario l'usucapione della servitù o il diritto alla tutela del suo esercizio ulteriore<sup>55)</sup>. Così pure la proibizione di un *opus in solo* di fronte a una persona, che non sia il proprietario in possesso del fondo, dà luogo per lo più all'interdetto *Quod vi*, ove quest'*opus* ciononostante sia fatto. Semprechè invece un divieto rimanga eccezionalmente senza effetto a tal riguardo, per es. di fronte al possessore di una *servitus aquaeductus* rispetto allo spurgo e alla riparazione dell'acquedotto<sup>56)</sup>, o di fronte a colui, che vuole espurgare o riparare una cloaca privata, che esce dalla sua casa<sup>57)</sup>, la proibizione puramente verbale dell'atto in discorso non può considerarsi come una *vis adversus edictum facta*. Anche la L. 5 § 11 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (ULP., lib. LII *ad ed.*): *Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito PROHIBETUR, cum publicae salutis et securitatis intersit et cloacas et rivos purgare*, intende parlare solo della inefficacia della *nuntiatio* in questo caso<sup>57 a)</sup>.

Finalmente il pretendere solo verbalmente a una facoltà, che escluderebbe la facoltà, che si attribuisce l'attore, è da parificarsi in questo riguardo alla semplice contestazione della facoltà dell'attore, cioè non costituisce di per sè una *vis adversum edictum*. Però il convenuto, che si arroga una facoltà opposta a quella del-

<sup>55)</sup> Vedi WINDSCHEID, *Pandekten*, Vol. I § 213 nota 5, § 164 nota 5 e prima della nota 11.

<sup>56)</sup> L. 3 § 8 D. *de riv.*, XLIII, 21.

<sup>57)</sup> L. 1 § 13 D. *de cloac.*, XLIII, 23.

<sup>57 a)</sup> Cfr. L. 5 *cit.*, § 12.

l'attore, verrà, non necessariamente, ma pure di fatto assai spesso, a proibire, sia pure indirettamente, l'esecuzione di atti, coi quali si verificherebbe l'esercizio della facoltà dell'attore, da lui contrastata con l'affermazione della propria facoltà. Ora allorquando, giusta quanto abbiamo di sopra veduto, la proibizione di un atto di esercizio di questa specie contiene una *vis adversus edictum*, si ha anche qui una tale *vis*.

Un atto simbolico va senza dubbio considerato come una *vis adversus edictum facta*, quando rappresenta secondo l'opinione del popolo una dichiarazione di volontà, che significata verbalmente conterrebbe una *vis*. Tale era il *iactus lapilli*, ove esprimesse opposizione a un *opus in solo* incominciato<sup>58</sup>): quando tale opposizione ha in generale il carattere di una *vis* contraria all'editto, essa aveva questo carattere, anche se era stata manifestata semplicemente mediante il *iactus lapilli*. E similmente presso di noi alla proibizione verbale di entrare in un campo, in un prato, in una bandita vien sostituito un segno di avviso conforme all'uso del paese, specialmente i cosiddetti fastelli di paglia o segni di chiusura. Perciò quando quella proibizione costituisce una *vis adversus edictum facta*, questa *vis* si compie anche per mezzo di un tal segno, a meno che l'avversario non sia stato avvertito che il segno non deve nulla significare per lui.

L'arrogarsi solo simbolicamente, cioè senza una *vis* di fatto, una facoltà, che escluderebbe la facoltà, che l'avversario si attribuisce, può costituire una *vis adversus edictum facta*, solo allorquando essa contiene una proibizione degli atti dell'avversario, di natura da costituire una tale *vis*, conformemente a quanto è stato sopra detto circa una tale pretesa puramente verbale.

39. È invece ammesso quasi unanimemente<sup>58 a)</sup> che nel diritto classico, per lo meno allo scopo dello svolgimento processuale dell'*Uti possidetis*, fosse considerata come *vis adversus edictum facta* un

---

<sup>54</sup>) L. 1 § 6. L. 20 § 1 D. *quod vi*, XLIII, 24. L. 6 § 1 D. *si serv.*, VIII, 5. WINDSCHEID, *Pandekten*, Vol. II § 465 nota 5.

<sup>58 a)</sup> Di diversa opinione è solo il KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (La procedura romana al tempo delle *legis actiones*), pagina 104, il quale però non ne adduce le ragioni.

atto eseguito d'accordo con l'avversario, che, se eseguito sul serio, avrebbe costituito una tale *vis*, in altri termini una semplice *vis imaginaria ex conventu*.

Il BRUNS, il quale aveva dapprincipio espressa questa opinione come una ipotesi <sup>59)</sup>, più tardi ha creduto di trovarne la piena conferma nella lezione di GAIO IV, 170, data dallo STUDEMUND <sup>60)</sup>. Questo passo dice:

*Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellantur, quod secundo loco redduntur quorum VIS ET POTESTAS haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsonumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, SIVE NON possideat, vim illi possidenti ne faciat itaque etsi alias potuerit interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto.*

Da queste parole risulta con certezza, che il procedimento, che faceva seguito all'*interdictum primum* presupponeva una *vis post interdictum redditum facta* <sup>60 \*)</sup>. Quindi non basta, come opina il SAVIGNY <sup>61)</sup>, la semplice finzione di una *vis*, nè, come insegna lo SCHMIDT <sup>62)</sup>, la confessione fatta dalle parti in giudizio dietro accordo preso, che vi è stata una *vis reciproca*; e nemmeno, finalmente,

<sup>59)</sup> *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (Il diritto del possesso nel medio-evo e ai nostri tempi), pag. 45 seg.

<sup>60)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie) pag. 32.

<sup>60 \*)</sup> Cade con ciò di per sè l'opinione contraria del BETHMANN-HOLLWEG, *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik* (Annali di critica scientifica), 1838 colonna 285, *Römischer Civilprozess* (Procedura romana) Vol. II pag. 374 alla nota 147, e del RUDORFF, Appendice num. 131, *Zu v. SAVIGNY, Recht des Besitzes* (al Diritto del possesso del SAVIGNY). pag. 694 seg., secondo la quale la *vis* consiste « nell'invocare l'interdetto, che contende direttamente il possesso all'avversario, e i suoi ulteriori effetti ».

<sup>61)</sup> *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) § 37, 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 398 seg.

<sup>62)</sup> *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 55: della medesima opinione WITTE, *Das interdictum Uti possidetis*, pag. 55. Cfr. infra num. 44 alla nota 41.

come crede il WITTE <sup>63</sup>), la dichiarazione precisa di non voler cedere all'avversario, l'intenzione manifestata di non volergli lasciare il dominio di fatto sulla cosa. E il passo citato, distinguendo espressamente tra il *vim facere* e il *fructus liceri*, confuta anche quanto espone il KELLER <sup>64</sup>), il quale vuole scorgere la *vis adversus edictum facta* appunto nella *fructus licitatio*.

Nè meglio s'accorda con l'ordine, in cui GAIO enumera i *cetera ex interdicto*, cioè: 1.° *vim facere*; 2.° *fructus liceri*; 3.° *fructus licitationis satisfacere*; 4.° *sponsiones facere*; 5.° *sponsionum iudicia accipere*, l'opinione del KAPPEYNE VAN DE COPPELLO <sup>65</sup>) che il *vim facere adversus edictum praetoris* si compiesse nell'interdetto primario solo con la *litis contestatio* pronunciata in seguito alle sponsioni, e consistesse nel tentativo di togliere all'avversario presso il *iudex sponsionum* il possesso, a cui, giusta la dichiarazione del pretore, non si aveva diritto. Oltre di che in nessun luogo le nostre fonti designano come un *vim facere* il tentativo infruttuoso di perseguire un diritto in giudizio <sup>66</sup>). Se ciononostante il KAPPEYNE scorge un sostegno capitale della sua opinione nel carattere penale di quelle sponsioni, egli ci deve pur sempre spiegare in qual forma immagini concepite delle sponsioni, che avrebbero dovuto cadere solo in forza della *litis contestatio* derivante da esse medesime: se non erriamo, la *litis contestatio* diretta a un *adversarium dare oportere* presuppone indispensabilmente il verificarsi della condizione di questo *dare oportere*, e non può quindi in alcun modo costituire essa stessa il verificarsi della condizione. Del resto sappiamo pure con piena certezza, che la provo-

<sup>63</sup>) loc. cit., pag. 55 seg.

<sup>64</sup>) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto) Vol. XI pag. 317 segg.

<sup>65</sup>) *Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht* (Dissertazioni sul diritto romano pubblico e privato). Dall'olandese. Con prefazione del Dr. MASSIMO CONRAT (Cohn). Stuttgart 1885 pag. 125 segg. segnatamente, pag. 128.

<sup>66</sup>) EXNER, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny). Parte romanistica. Vol. XXI pag. 169, 173 seg. — Il tentativo del MOMMSEN, di interpretare il: *Si quis in eo vim faciat ast eius vincitur* nel cap. LXI della *lex coloniae Genetivae* tab. 1 col. 3 v. 6, riferendolo al presentarsi illecitamente come *vindex*, è confutato dall'EXNER, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), Vol. XIII pag. 394 seg. — Vedi anche infra.

cazione a quelle sponsioni suonava: *quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit* <sup>66 a)</sup>; ciò mostra, che quando esse venivano stipulate la *vis contraria* all'editto doveva essere già avvenuta: dal che è completamente escluso, che solo la *litis contestatio* derivante da esse contenesse quella *vis*.

Certo è però, che GAIO null'altro aggiunge sulla *vis* reciproca richiesta per la continuazione della procedura in base all'interdetto primario; non dice neppure, che a tal uopo basti una *vis ex contentu*, e meno ancora che sia necessaria <sup>67)</sup>. Ora esiste realmente una ragione, che c'imponga di dedurre dalle parole di GAIO la prima o addirittura la seconda di queste conclusioni?

Se le doppie sponsioni sulla *vis adversus edictum facta*, di cui ciascuna parte incolpa l'altra <sup>68)</sup>, avessero dovuto essere stipulate nella medesima udienza, nella quale il pretore aveva rilasciato l'interdetto <sup>69)</sup>, sarebbe certo con ciò già dimostrata la necessità di una *vis ex contentu* per ragioni puramente formali. Ma mentre non v'è neppur l'ombra di una testimonianza in favore di tale ipotesi, si può al contrario provare, che le sponsioni pronunciate in base all'*Uti possidetis* non solevano punto tener dietro immediatamente all'emanazione dell'interdetto.

Ciò appare almeno sommamente probabile innanzi tutto dalla clausola finale dell'editto sull'*Uti possidetis* medesimo, ove si restituisca col LENEL <sup>70)</sup> a miglior lezione la dicitura interpolata trasmessaci nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17 e si legga così:

<sup>66 a)</sup> GAIO, IV, 166 (v. infra nota 63). — Cfr. BARON, *Kritische Vierteljahresschrift* (Rivista critica trimestrale). Nuova serie Vol. IX pag. 238.

<sup>67)</sup> BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 35.

<sup>68)</sup> GAIO, IV, 166: *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit*, cfr. eod. § 141.

<sup>69)</sup> Tale, sebbene non esplicitamente enunciata, sembra sia l'ipotesi, su cui si fonda l'opinione del KRÜGER, *Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts* (Saggi critici nel dominio del diritto romano), pag. 85 segg. Così intendono la teoria del KRÜGER, anche il BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 3) e l'EXNER, loc. cit., pag. 169 seg. pag. 176. L'opinione da noi respinta è recisamente affermata dal MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e sua tutela), pag. 433, il quale peraltro la limita al tempo di GAIO.

<sup>70)</sup> *El. perp.*, pag. 379 sotto il num. 2. Vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 17 dove ne son date le ragioni.

*neque plaris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam.*

Imperocchè ove si ritenga indicata con quella *sponsio* ciascuna delle due sponsioni necessarie alla continuazione del procedimento duplice<sup>70 a)</sup>, si trova qui esplicitamente enunciata la norma, che le sponsioni possono ancora aver luogo entro un *annus utilis*; e quest'anno utile evidentemente può cominciare a decorrere solo da quell'atto, che nella serie degli atti necessari alla continuazione del procedimento duplice, deve precedere immediatamente la sponsione, cioè dalla *fructus licitatio*, e dalla prestazione della cauzione da parte del *plus licitans*, che n'è la conseguenza necessaria<sup>70 b)</sup>.

Ciò riceverà completa conferma, quando verremo a dimostrare più avanti<sup>70 c)</sup>, come *l'agere ex interdicto per sponsionem* richiedesse sempre e inevitabilmente una dilazione più o meno lunga, cioè fino al *rerum actus*, affatto indipendentemente dalla volontà delle parti: sarebbe stato quindi in pratica senza scopo il render possibile mediante una *vis ex conventu* la stipulazione delle sponsioni in immediata continuità di tempo con l'emanazione dell'interdetto.

Una seconda prova ci è fornita da CIOERONE *pro Caec. XVI, 45*:

*At vero hoc quidem iam vetus et maiorum exemplo multis in rebus usitatum: cum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent, NI ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS VIS FACTA ESSET.*

Senza dubbio queste parole si riferiscono alla sponsione fatta in seguito a un interdetto proibitorio<sup>71)</sup>. Questo interdetto non può es-

<sup>70 a)</sup> Oltre di ciò si potrebbe anche voler intendere della sponsione dell'*interdictum secundarium*. Vedi infra § 1838 c num. 97 alla nota 71 e.

<sup>70 b)</sup> Vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 31 a seg. e § 1838 c num. 95 in fine. Cfr. DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (Svolgimento e concetto del possesso giuridico nel diritto romano), pag. 23 (vedi infra num. 80), il quale però erra, quando designa quale principio della prescrizione della sponsione la « dichiarazione della violenza ».

<sup>70 c)</sup> Infra § 1838 a num. 90 dopo la nota 45.

<sup>71)</sup> Cfr. GALO, IV, 16E (vedi sopra nota 68). SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 239 seg. — BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 39.

sere che un interdetto duplice e più precisamente l'*Uti possidetis*. Infatti è chiaro, che qui si parla di una *vis* bilaterale in rapporto a un fondo: una parte è venuta *ad vim faciundam*, cioè appunto sul fondo, di cui contende all'altra il possesso, e si dà alla fuga innanzi ad alcuni armati, che scorge, sebbene di lontano. La *vis adversus edictum facta*, di cui parla CICEONE, risiede precisamente nella presa di possesso del fondo da parte degli armati, il cui avvicinarsi ha messo in fuga la parte sunnominata <sup>71 a)</sup>; quindi è evidente in primo luogo, che per colui, che è fuggito, v'era realmente ragione di temere una violenza riguardo al fondo, su cui egli stesso si era recato allo scopo di eseguire un atto di possesso (la *vis faciunda*) — in secondo luogo, ed è ciò che qui importa, che l'avvicinarsi minaccioso e la presa di possesso del fondo sgombrato ha luogo appunto da parte dell'avversario, contro il quale il pretore aveva già pronunciato il *vim fieri veto* <sup>72)</sup>. È invece arbitraria e insieme insufficiente l'ipotesi del MÜNDELOH <sup>73)</sup>, che la sponsione in discorso sia stata stipulata prima dell'emanazione dell'interdetto, sottoponendo con una finzione all'impero dell'interdetto aspettato una sottrazione avvenuta prima del rilascio di esso; e che tale finzione sarebbe accennata ancora ellitticamente nelle parole: *ni adversus edictum praetoris vis facta ESSET*. Imperocchè è difficile, che anche un onest'uomo volesse aderire a stipulare una tale sponsione: piuttosto avrebbe preferito a questa una *sponsio mere praedicialis*, diretta a stabilire, chi fosse il possessore, se egli o l'avversario; ma senza alcun dubbio la proposta di

<sup>71 a)</sup> Cfr. L. 1 § 29. L. 3 § 7 D. *de vi* XLIII, 16. PAOLO, V, 6, 4 e su questi passi SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso), 7.<sup>a</sup> edizione pag. 344 segg.

<sup>72)</sup> Anche l'HUSCHKE, *Studien* (Studii, pag. 10 e 17, riferisce questo passo all'*Uti possidetis*, però senza provarlo. Il WITTE, *Das Interdictum Uti possidetis*, pag. 54, pone a fondamento della giusta opinione questo argomento, che la *sponsio*, di cui parla CICEONE, non può riferirsi all'*Unde vi*. Così pure riferisce la sponsione all'*Uti possidetis* lo PFERSCHKE, *Interdictionen*, pag. 89 seg. Di diversa opinione lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 24<sup>o</sup> nota 7, il quale trova nell'espressione « *multis in rebus* » l'accento a un più ampio campo. Ma l'intendere il caso surriferito restrittivamente non contraddice al suo *maiorum exemplo multis in rebus usitari*.

<sup>73)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista di storia del diritto della Fondazione Savigny, Parte rom. Vol. III pag. 226 segg.



una tale *sponsio* sarebbe stata respinta da un individuo, che, come la parte nell'esempio di CICEBONE, venendo con uomini armati costringeva l'avversario alla fuga <sup>74</sup>).

Nè più felice parmi il KAPPEYNE VAN DE COPPELLO <sup>75</sup>), il quale opina, che dal passo di CICEBONE non risulti altro, se non che l'antecedente possessore di un fondo, il quale è fuggito innanzi alla forza, può « prima che i soverchiatori s'impossessino del fondo, promuovere il processo con l'interdetto *Uti possidetis* e far vittoriosamente richiamo innanzi al *iudex sponsionum* all'eccezione del sottratto possesso. Sì, se CICEBONE avesse detto « *sine dubio interdicto Uti possidetis superior esset* » o qualche cosa di simile! Ma le parole da lui usate, le quali mirano a chiarire il concetto edittale della *vis*, vanno intese solo in questo senso, che nella presa di possesso di un fondo rimasto privo di possessore per la fuga del possessore antecedente è riposta una *vis adversus edictum facta* da parte di chi ha oagionato questa fuga, — e non, come crede il KAPPEYNE, nel senso, che colui, che è fuggito, debba esser protetto nel procedimento in base a un *Uti possidetis* impetrato più tardi come possessore attuale di fronte all'intruso, in forza dell'*exceptio vitiosae possessionis*. Non v'era per l'oratore assolutamente nessun motivo, di accennare a ciò. Inoltre parrebbe pure, che la possibilità della *sponsio ex interdicto Uti possidetis* nel senso del KAPPEYNE dipendesse principalmente dalla condizione, che l'intruso al momento dell'emanazione dell'interdetto sia ancora possessore; e inoltre, che *post interdictum redditum* non tralasci i *cetera ex interdicto*: l'*optime sponsionem facere posse* sarebbe allora estremamente dubbio! Ma se il passo va inteso nel senso da noi

<sup>74</sup>) Cfr. infra gli argomenti del testo al num. 44 dopo la nota 42, i quali valgono a più forte ragione contro il MÜNDERLOH, nè sono invalidati dalle sue osservazioni loc. cit., Vol. IV pag. 61 (vedi infra num. 42 alla nota 5 segg.), specialmente perchè nel farle il MÜNDERLOH pare che non abbia punto pensato alla questione capitale, cioè: come si spieghi la volontaria assunzione del grave pericolo processuale dell'*Uti possidetis*. — Contro l'opinione del MÜNDERLOH vedi anche l'EXNER, loc. cit., pag. 169.

<sup>75</sup>) *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 143 seg. Questa è anche l'opinione del MÜNDERLOH, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della fondazione Savigny), Vol. IV pag. 64 alla nota 6. All'opinione del KAPPEYNE aderisce recisamente lo PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 92.

esposto, esso dimostra, che i fatti, a cui si riferivano le *sponsiones ex interdicto*, non dovevano aver luogo in immediata continuità di tempo col rilascio dell'interdetto.

Il DEENBURG <sup>76)</sup> cerca di dimostrare la necessità di una *vis ex conventu* nell'*Uti possidetis* in un altro modo, con una ragione formale. Egli scorge nell'*Uti possidetis* una copia della *legis actio sacramento in rem*; la *vis adversus edictum facta* corrisponderebbe secondo il DEENBURG alla *manuum consortio*, e sarebbe quindi un atto puramente simbolico. Questo non è ancora il luogo di confutare il punto di partenza del DEENBURG <sup>77)</sup>; ma anche se la sua ipotesi fosse in generale vera, essa nulla proverebbe per la tesi, che trattiamo. E poi non è senz'altro evidente che il *vim adversus edictum facere* occupa nella procedura interdittale un posto essenzialmente diverso, che la *manuum consortium* nella procedura della *legis actio sacramento*? <sup>77 a)</sup>. Quest'ultima, almeno nella forma che di questa procedura ci è stata tramandata, costituisce il principio della *legis actio* vera e propria, cioè di quel procedimento, che faceva seguito al sorteggio della causa nel *rerum actus* e alla consecutiva invocazione dei testimonii, cioè alla *litis contestatio* nel senso proprio e originario <sup>78)</sup>; quello che il KELLER <sup>79)</sup> chiama ordine di pace del pretore veniva, come parte del rito della *legis actio*, dopo la *manuum consortio*; ad esso teneva dietro la scambievole *provocatio sacramento* e la prestazione del *sacramentum*, e finalmente come ultima parte il regolamento delle *vindiciae*. Nell'*Uti possidetis* tutto è affatto diverso! Qui si comincia, e indipendentemente dal *rerum actus*, col rilascio dell'interdetto, appunto con quel *vim fieri veto*; il *vim adversus edictum facere*, possibile naturalmente solo dopo il divieto, come abbi- am visto, non era punto necessario che avvenisse nell'udienza dell'*inter-*

<sup>76)</sup> *Entwicklung und Begriff u. s. w.* (Svolgimento e concetto, ecc.) (vedi sopra nota 70 b), § 4 pag. 15 segg.

<sup>77)</sup> Ciò verrà fatto nel *Commentario* del tit. 17 di questo libro.

<sup>77 a)</sup> Cfr. anche BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 36.

<sup>78)</sup> Vedi O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano), pag. 447 segg.

<sup>79)</sup> *Römischer Civilprozess* (Procedura romana), § 14 sotto la lett. b alla nota 208.

*dictum redditum*; dopo la *vis* eseguita da ambedue le parti veniva la *fructus licitatio*; finalmente le sponzioni avevano luogo non prima del successivo *rerum actus* <sup>80)</sup>. Or dov'è la somiglianza, in virtù della quale la *vis adversus edictum* dovrebbe essere solamente una *vis simbolica*?

40. Gli altri scrittori, che affermano la necessità o per lo meno l'ammissibilità di una *vis ex conventu* nell'*Uti possidetis*, fondano questa loro opinione su considerazioni concernenti non la forma, ma la sostanza del procedimento interdittale. Tali considerazioni, pur toccandosi e incrociandosi tra loro in varii modi, versano in particolare sui seguenti punti:

I) gli *interdicta secundaria* considerati quali mezzo coattivo per l'adempimento dei *cetera ex interdicto primario*;

II) natura di negozii processuali dei *cetera ex interdicto*;

III) la *vis ex conventu* o *deductio, quae moribus fit*, mentovata più volte in CIOERONE, parificata o ritenuta affine alla *vis adversus edictum praetorium facta* nell'*Uti possidetis*;

IV) natura pregiudiziale dell'*interdictum primarium*.

I) Sul primo punto insiste specialmente il BRUNS <sup>81)</sup>, il quale del resto ammette una *vis ex conventu*, solo allorquando le due parti

<sup>80)</sup> Assai caratteristico è il modo, in cui il DERNBURG, sulla base della restituzione fatta dal LENEL, della L. 1 pr. D. *uti poss.*, XLIII, 17 v.: « *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponzionem restipulationemque facere permittam* », cerca porsi d'accordo con la possibilità quivi enunciata di una dilazione delle sponzioni. Egli dice a pag. 23: « Se l'ipotesi del LENEL è in sostanza giusta, ne risulta, che non era addirittura necessario il proseguire il procedimento nell'udienza, nella quale era stata dichiarata la violenza » (io intendo: era stata eseguita quella presunta *vis ex conventu*). « Si poteva invece, avvenuta la *fructus licitatio* e la conseguente aggiudicazione del possesso interemistico a una delle parti, riflettere sul caso. Era solo necessario, che si eseguisse la provocazione alla sponzione entro un anno dalla dichiarazione della violenza. Perocchè questa dovrebbe riguardarsi come il momento, *quo primum experiundi potestas fuit* ». — Dov'è più qui la somiglianza con la *legis actio sacramento in rem*? Com'è venuto il pretore a concedere per ambedue le parti quel termine, che desse loro agio di riflettere, mentre il suo presunto modello restringeva tutte le diverse parti del procedimento in una sola udienza? Sul significato della L. 1 pr. in fine cit. cfr. infra, § 1838 a num. 90 alla nota 47 seg.

<sup>81)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 32. Nello stesso senso MEISCHNER,

non avevano eseguito una *vis* reale. Egli opina, che il passo di GAIO IV, 170 cit. parli di una specie di *contumacia*, con la quale veniva dolosamente impedita la continuazione del processo; e che il pretore non volendo imporre direttamente gli atti, che venivano omessi, dava invece gli *interdicta secundaria*. Ora, continua il BRUNS, è facile comprendere, che egli poteva bene ordinare una *vis ex conventu* simbolica, non una violenza reale e fatta sul serio, e che poteva punire come *contumacia* il rifiuto della prima, non quello della seconda.

Se non che è intanto certo, che il pretore in forza dell'interdetto proibisce espressamente alle due parti ogni *vis, quo minus ita possideant, uti iuste altera ab altera possident*. Ora è egli lecito ammettere, che quel medesimo pretore, e in base precisamente al suo espresso divieto della *vis*, possa aver domandato alle due parti una *vis* contraria, almeno nella forma, al divieto, per poi infliggere una grave pena a una delle parti, appunto a cagione di questa *vis* fatta in certo modo per suo comando, per essere questa seguita contro quel divieto? <sup>32)</sup>.

E inoltre che cosa autorizza il BRUNS ad ammettere gli *interdicta secundaria* soltanto quando erano stati omessi i *cetera ex interdicto*, o, com'egli dice in un altro luogo <sup>33)</sup>, « soltanto quando alcuno vi si rifiutava a bella posta, per impedire la prosecuzione del processo »? Non poteva costui essersi frattanto persuaso della legittimità della pretesa dell'avversario? oppure non poteva, viste le grosse pene processuali dell'*interdictum primum*, avere una ben fondata avversione

---

loc. cit., pag. 433; MÜNDELOH, loc. cit., Vol. III pag. 221; Vol. IV pag. 70, dove gli interdetti secondarii son chiamati « pene estremamente severe della disobbedienza »; vedi pag. 72, dove si parla di una « disobbedienza con gravi conseguenze processuali, quando si ricusava di dedurre l'altra parte ». Anche il BEKKER, *Aktionen*, Vol. II pag. 54 nota 5 sotto il num. 3, considera gli interdetti secondarii come conseguenza contumaciale; come mezzo contro l'*indefensus* li considera il RUDORFF, *Edict perp.*, pag. 219 sotto il num. 4, I e nota I. alle Istituzioni del PUCHTA, § 169; il DEMELIUS, *Die Confessio*, pag. 171. Il KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 99 segg. parla ora di mancata difesa, ora di contumacia.

<sup>32)</sup> KAPPEYNE, loc. cit., pag. 121, 167. Vedi anche MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e sua tutela), pag. 435 segg.

<sup>33)</sup> Pag. 35.

ad impegnarsi nella procedura ulteriore, in quella *magna alea?*<sup>84</sup>). Quella parte, contro la quale veniva impetrato l'interdetto non aveva nessun modo di evitarne il rilascio; e questo una volta avvenuto, per la duplicità dell'interdetto essa si trovava rispetto alla procedura ulteriore in una posizione materialmente affatto uguale a quella dell'impetrante: come era possibile aspettarsi da lei in tutti i casi i *cetera ex interdicto*? In moltissimi casi essa certo non aveva nemmeno pensato ad accampar qualsiasi pretesa al possesso dell'oggetto della controversia, ma era invece citata per semplice turbativa del possesso dell'attore; allora tutto il procedimento non mirava fin dal principio a niente altro, che all'*interdictum secundarium*<sup>85</sup>). È affatto impossibile scorgere per questi casi nel *secundarium* un mezzo coattivo per i *cetera ex interdicto primario*: quello non minaccia di alcun danno colui, che è stato citato con quest'ultimo, mentre il giudizio svolto in base a quest'ultimo gli sarebbe oltremodo dannoso; qui dunque non si può parlare nemmeno di una scelta del minor male nel *secundarium*<sup>86</sup>). In realtà il *secundarium* non è altro che una via d'uscita dal labirinto dell'*interdictum duplex* per il caso, in cui le parti non siano ambedue pronte a percorrere il sentiero tortuoso fino alla fine, — una via d'uscita, che il pretore doveva tenere aperta a ciascuna delle parti a loro grado fin dal primo momento, in cui egli stabiliva un *interdictum duplex*, affinché il procedimento non restasse irrimediabilmente incagliato<sup>86 a)</sup>.

<sup>84</sup>) FRONTINO, Ed. Lachmann, pag. 44 lin. 4 sq.

<sup>85</sup>) Cfr. KRÜGER, loc. cit., pag. 103 sotto la lettera f. — EXNER, loc. cit., pagina 188 e infra § 1836 c numero 56. Ora anche PFERSCHER, *Interdiete*, pagina 87 seg.

<sup>86</sup>) Il MÜNDELOH, loc. cit., Vol. IV pag. 73 seg., cerca di escludere per questi ultimi casi l'applicabilità degli *interdicta secundaria*, trasformando la disobbedienza di colui che non ottemperava a un ordine del pretore, punita, secondo la sua opinione (vedi sopra nota 81), con quegli interdetti, nella inosservanza dell'invito alla *vis ex conventu* fatto dall'avversario: appunto questo invito, egli dice, nei casi mentovati era stato omissso. Ma nè l'inosservanza di un invito dell'avversario rientra presso i Romani nel concetto della *contumacia*, nè il passo di GAIO, IV, 170 permette di ritenere inapplicabili gli *interdicta secundaria* in un caso qualsiasi, in cui una parte ometta i *cetera ex interdicto primario*.

<sup>86 a)</sup> Vedi infra § 1836 c num. 54.

41. II) L'opinione, che la *vis adversus edictum facta* sia un negozio processuale, serve di punto di partenza al KAPPEYNE e all'EXNER.

Il primo <sup>87)</sup> opina, che la locuzione di GAIO, 170: *qui vim non faciat aut fructus non liceatur* — manifesti uno stretto nesso tra i due atti; che il breve cenno dato del *vim facere* lo metta in correlazione, non con le *sponsiones*, ma con la *fructus licitatio*: che anzi GAIO ne parli in modo, come se formasse con questa un solo atto. E aggiunge, che se non possedessimo i cenni di CICEERONE sulla *deductio, quae moribus fit*, sulla *vis ex conventu*, si potrebbe anzi pensare a un'alternativa, nel senso che, chi preferiva non fare nessuna offerta riguardo al godimento interinale dei frutti, e tuttavia voleva presentarsi come contropretendente rispetto al possesso, dovesse dare a conoscere davanti al pretore, che egli impugnava il possesso dell'altro e lo domandava per sè. — Debbo confessare che non riesco a trovar traccia di quello stretto nesso tra il *vim facere* e il *fructus liceri*: essi non sono che due atti appartenenti ambedue necessariamente ai *cetera ex interdicto*, il primo dei quali costituisce una condizione indispensabile per l'altro, mentre quest'altro, cioè la *fructus licitatio*, deve a sua volta precedere indispensabilmente il terzo dei *cetera*, la *satisfactio fructus licitationis*, come quest'ultima precede le *sponsiones*, e la stipulazione delle *sponsiones* lo *sponsionum iudicium accipere*. Questo è l'ordine naturale e necessario dell'enumerazione: se GAIO avesse posto il *vim facere* in relazione immediata con le *sponsiones* avrebbe scritto in modo confuso. L'aver egli poi congiunto il primo membro al secondo con un semplice « *aut* », il secondo al terzo invece con un « *aut qui* », e il terzo al quarto con un « *aut si* », e finalmente il quarto al quinto con un semplice « *et* », mi sembra senza importanza alcuna per ciascuno di questi punti e la loro più stretta o più lontana correlazione, sia col precedente che col susseguente. Del resto nemmeno il KAPPEYNE contesta in alcun modo, che la *vis ex conventu* da lui ammessa sia stata un atto stragiudiziale delle parti <sup>88)</sup>, mentre la *fructus licitatio* aveva luogo innanzi al pretore <sup>89)</sup>. Ora ciò

<sup>87)</sup> *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 119 e 122.

<sup>88)</sup> *Loc. cit.*, pag. 117 segg., pag. 128 segg.

<sup>89)</sup> *Pag. 122 e 128.*

solo basta a porre i due atti in un contrasto così sostanziale, che è addirittura inconcepibile, perchè nell'esposizione di GAIUS la loro differenza non potrebbe essere anche più grande. E si noti, che anche la teoria del KAPPEYNE mira in sostanza ad attribuire alla presunta *vis ex conventu* un carattere puramente facoltativo<sup>90)</sup>, mentre anche egli — nè certo si può fare altrimenti — ritiene la *fructus licitatio* una parte impreteribile dei *cetera ex interdicto*.

L'EXNER<sup>91)</sup> si contenta di dichiarare, che se il *vim facere* non solo non dovesse essere un atto giudiziario, ma nemmeno un atto processuale in genere, e stesse invece a significare semplicemente degli « atti di possesso » delle parti fatti *post interdictum redditum*<sup>92)</sup>, esso uscirebbe interamente dal quadro dei *cetera ex interdicto*, che sono tutti atti processuali. Non è questa la più pura petizione di principio? E poi non si potrebbe precisamente con la stessa argomentazione venire anche a concludere, che il *vim facere* debba anzi essere un atto *giudiziario*? Perciò è del pari affatto campata in aria l'affermazione, a cui poi si giunge<sup>93)</sup>, che « nessuna fenditura nella chiara compagine delle parole di GAIUS dà campo all'alternativa di un'altra violenza (reale) in luogo del *vim facere* tecnico, all'ipotesi, che anche senza quest'ultimo il procedimento in base all'interdetto primario potesse venire in qualsivoglia modo proseguito. Chè anzi, finchè quel presunto *vim facere* tecnico non ci sia meglio provocato, noi dobbiamo ritenerlo come un parto illusorio della fantasia.

42. III) L'oggetto reale, che si riproduce in quell'immagine — in modo assai diverso per altro nei diversi scrittori — è la *vis ex conventu* più volte mentovata da CICERONE.

Per primo il KARLOWA<sup>91)</sup> ha riferito direttamente all'*Uti possidetis*

<sup>90)</sup> Loc. cit., pag. 122, 128. Su di ciò infra num. 42 dopo la nota 9.

<sup>91)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista di storia del diritto della Fondazione Savigny), Parte rom. Vol. VIII pag. 172.

<sup>92)</sup> Come ammette il KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (La procedura civile romana al tempo delle *legis actiones*), pagina 104.

<sup>93)</sup> Ivi pag. 175.

<sup>94)</sup> *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses* (Contribuiti alla storia della procedura civile romana), pag. 27 segg.

questa *vis ex conventu* o *deductio*, quae moribus fit<sup>91 a)</sup> di CICEERONE, non però come la *vis adversus edictum facta*, su cui si aggirano le sponzioni, cioè come uno dei *cetera ex interdicto*, bensì come un atto, che precedeva la domanda dell'interdetto, e che doveva rappresentare nel modo più comprensivo possibile l'espressione della pretesa delle due parti al possesso. Le ragioni date per questa interpretazione della *deductio* sono, da un lato il non sapere a quale altra azione si potrebbe riferirla, dall'altro lato e più specialmente il passo di CICEERONE *pro Caecina* I, 2:

*Nisi forte hoc rationis habuit (sc. Aebutius), quoniam si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset, quia contra ius moremque facta sit, A. Caecinam cum amicis metu perterritum profugisse. nunc quoque in iudicio si causa more institutoque omnium defendatur, nos inferiores in agendo non futuros: sin a consuetudine recedatur, se, quo impudentius egerit, hoc superiorem discessurum.*

Si sostiene cioè, che dalle parole: *si facta vis esset moribus*, SUPERIORE IN POSSESSIONE RETINENDA NON FUISSET risulti chiaramente, che la *deductio* o *vis ex conventu* ha dovuto essere l'introduzione dell'*Uti possidetis* tra Cecina ed Ebuizio.

Ora è certo incontestabile, che le espressioni *potiorem*, *superiorem esse* con diverse aggiunte sono divenute tecniche nel linguaggio giuridico romano, per designare l'esito di un giudizio possessorio, e ciò negli interdetti *retinendae possessionis*<sup>95)</sup>. Ma che esse non si limitino a questo significato speciale, lo mostra il nostro passo medesimo: questo infatti adopera il *superiorem discessurum* e il corrispondente *inferiores in agendo* in rapporto all'interdetto unilaterale *de vi*. E LIVIO XL, 17 parla con perfetta indifferenza di « CAUSA et possessione *superiorem esse* », riferisce cioè quell'espressione tanto alla lite circa il diritto, quanto alla lite circa il semplice possesso<sup>96)</sup>. Perchè dunque

<sup>91 a)</sup> Se ne fa menzione in *pro Caec.*, I, 1 sq. VII, 20; VIII, 22; X, 27; XI, 32; XII, 33; XXXII, 95. *pro Tull.* VIII, 20.

<sup>95)</sup> Solo a questi si riferiscono i passi addotti dal KARLOWA: L. 1 § 1. L. 3. pr. § 7 D. *uti poss.* XLIII, 17. L. 34 § 4 D. *de C. E.* XVIII, 1. L. 11 § 13 D. *de A. E.* XIX, 1. — GAIO, IV, 150, 152. — PAOLO, V, 6, 1. — PLAUTO, *Stich.* IV, 4, 14.

<sup>96)</sup> Ciò che del resto non manca di notare il KARLOWA, pag. 33 nota 61. — Cfr. sopra § 1835 b num. 31 pag. 133 seg. (testo tedesco pag. 176 seg.).



non potrebbe anche CICEERONE dire « *superiorem esse in possessione retinenda* », riferendosi al possessore della cosa controversa nella *rei vindicatio*? È infatti assai improbabile, che il KARLOWA abbia colpito nel segno affermando, che l'espressione « *SUPERIOR in possessione retinenda non fuisset* » indichi, che nel procedimento preparato con la *deductio* lo scopo di *ambedue* le parti sarebbe stato il *RETINERE possessionem*. Ciò nè è contenuto in quelle parole, nè corrisponde ai fatti. Certo nell' *Uti possedetis* ciascuna delle parti pretende di esser protetta come possessore di fronte all'altra; ma a rigore non si può parlare di *retinere possessionem*, se non per quella parte, che possiede realmente nel momento dell'*interdictum redditum*: per l'altra l'interdetto ha invece un effetto recuperatorio. E se poi noi ammettiamo oltre di ciò, contro l'opinione del KARLOWA, che la *deductio* abbia assicurato le *vindiciae* al *deducens* per la *legis actio sacramento in rem* <sup>97)</sup>, possiamo invece trovare l'espressione « *superior in possessione retinenda* » ancor meglio appropriata alla posizione di Ebuzio in quest'azione, che nell' *Uti possidetis*. Giacchè in quest'ultimo non l'esito del procedimento, ma già la *fructus licitatio* decideva sulla continuazione del possesso.

Ancor minor forza probante hanno per l'opinione del KARLOWA gli altri passi dell'orazione *pro Caecina*, che egli adduce <sup>93)</sup>, per so-

---

<sup>97)</sup> Di ciò possiamo qui solo far cenno riservandone la dimostrazione al *Commentario* del titolo 17 di questo libro. Frattanto rinvio i lettori alla mia Notizia dello scritto del MASCHKE, *Der Freiheitsprocess im Klassischen Alterthum* (Il processo di libertà nell'antichità classica), nelle *Göttingische gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Gottinga), 1868 pag. 381 seg.

<sup>98)</sup> Pag. 33 segg. Essi sono: XI, 33: *Quaero, si ne aliqua huius rei actio an nulla. Convocari homines PROPTER POSSESSIONIS CONTROVERSIAM non oportet, armari multitudinem iuris retinendi causa non convenit.* XIV, 41: *Quid ais? cum DE POSSESSIONIS CONTROVERSIA et de privatorum hominum contentione iuris loquamur, tu vim negabis factam, si caedes et occisio facta non erit?* XVI, 46: — *videte, ne hoc vos statuatis, qui virus discesserit, ei vim non esse factam, NE HOC OMNIBUS IN POSSESSIONUM CONTROVERSIIIS PRAESCRIBATIS, ut configendum sibi et armis decertandum putent.* 47: *Hoc si ita statuatis non modo non erit, cur depugnare quisquam posthac POSSESSIONIS CAUSA velit, sed ne illud quidem, cur repugnare! Sin autem vim sine caede, sine vulneratione, si sanguine nullam intelligetis, statuatis homines POSSESSIONIS cupidiores, quam vitae, esse oportere.* XXVII, 76: *vestra auctoritate hoc constituetur, hoc praescribetur: quicum tu po-*

stenero, che tra Cecina ed Ebuizio si dibattesse principalmente, non una lite sulla proprietà, ma una lite sul possesso. Per vero nessuno di quei passi accenna a un processo già in vista: essi parlano tutti di una contesa *stragiudiziale* circa il possesso; ora questa può fondarsi non soltanto su di un presunto diritto di possesso, ma anche su di una presunta proprietà<sup>98 a)</sup>, — anzi può aver luogo, senza che si affermi punto un sostrato giuridico. Quanto l'oratore sia lontano dall'aver in mente la contrapposizione di una pretesa fondata sul puro possesso a quella fondata su di un diritto definitivo, lo mostrano il c. XI § 33 e il c. XIV § 45, che pongono senz'altro a lato della *possessionis controversia* la *iuris retinendi causa* e la *contentio iuris*. Ed è certo inammissibile e arbitrario lo scorgere nel c. XXXII § 93:

*Hunc vero, qui ab iure, officio, BONIS MORIBUS ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa destitutum videtis, ut, qui ARMATUS DE POSSESSIONE CONTENDISSET, inermis plane de sponsione certaret* —

un'allusione patente alla *deductio quae moribus fit*. Il nesso si con quel che precede, che con quel che segue, solleva al disopra di ogni dubbio, che tutto il periodo riferito tende soltanto a dimostrare ai giudici giurati con la più spiccata antitesi tra la *vis armata* e la *vis* senz'armi, che la clausola « *cum A. Caecina possederit* » non senza intenzione era stata omessa dall'interdetto *de vi armata*. Ebuizio, vuol dire l'oratore, ha violato il diritto positivo (*ius*), il rapporto speciale, in cui egli stava con Cecina come coerede e in forza degli accordi presi rispetto alla *deductio (officium)*, e finalmente la costumatezza (*boni mores*) cacciando con armati Cecina dal fondo. Perciò egli non ha diritto a nessuno dei riguardi, che la equità vuole sianò usati al convenuto di fronte all'ordinario interdetto *de vi*.

---

*isthac DE POSSESSIONE CONTENDES, eum si ingressum modo in praedium deieceris, restituas oportebit: sin autem ingredienti cum armata multitudine obvius fueris et ita venientem repuleris, fugaris, averteris, non restitues. XXXII, 93: Hunc vero, qui etc. (vedi il testo infra).*

<sup>98 a)</sup> Cfr. CIC. *Acad. prior.* XLIII, 132. *De Orat.* I, 10, 41 sq. Vedi sopra pag. 134 (testo tedesco pag. 178) nota 10 a.

Il KARLOWA stesso <sup>99)</sup> non dà che piccolo peso al contenuto dei brani dell'orazione *pro Tullio*, che ci sono pervenuti. E di fatti, se dalle parole VII, 16: *Est in eo agro centuria, quae Populiana nominatur, recuperatores, quae semper M. Tullii fuit, quam etiam pater pro(SSEDEBAT . . . .)* e 17: — *neque tamen hanc centuriam Populianam vacuam tradidit (sc. Fabius Acerronio)* si può desumere che CIOERONE vuol richiamare specialmente l'attenzione sul possesso di Tullio, sarebbe pur tuttavia addirittura divinatorio il dedurne, che la *deductio* proposta da Fabio a Tullio (VIII, 20) iniziasse una lite sul possesso. Il KAPPEYNE <sup>100)</sup> opina: « Se Fabio si attribuiva il possesso del fondo, che secondo la sua affermazione, era stato occupato dietro le sue spalle dalla gente di Tullio, e Tullio ricusava di sgombrarne, era naturale e rispondente ai fatti la risoluzione, di intentare un giudizio possessorio dopo il ritorno nella capitale ». Ma non doveva Fabio già sapere, che l'*Uti possidetis* era una *magna alea*, e perciò aver buone ragioni per preferire al giudizio possessorio la *rei vindictio*? E se vien rilevato il fatto, che Tullio possedeva il fondo controverso, non si spiega ciò con la considerazione, che su questo fatto appunto si fondava la risoluzione di Fabio di intentare il giudizio petitorio?

Anche il KARLOWA <sup>1)</sup> ha sentito, che mal si potrebbe trovar conciliabile un atto simbolico, come la *deductio*, con l'istituto puramente pretorio degli interdetti. Egli cerca di prevenire quest'obiezione osservando, che estendendosi gli interdetti al tempo della procedura delle *legis actiones* non può sembrare improbabile, che atti di tal sorta si riscontrino nell'epoca antica anche in alcuni interdetti <sup>2)</sup>. Ma se il pretore avesse stimato necessari degli atti di tale

<sup>99)</sup> Loc. cit., pag. 48 seg.

<sup>100)</sup> Loc. cit., pag. 129.

<sup>1)</sup> Loc. cit. pag. 28 seg.

<sup>2)</sup> Viene addotto come caso analogo il procedimento pretorio *ex operis novi nuntiatione*, osservando che l'atto stragiudiziale della *nuntiatio*, che lo precedeva, era un atto formale, che per esser valido abbisognava di alcune forme solenni determinate. Ma se, come non è improbabile, l'istituto della *operis novi nuntiatio* ha la sua origine nell'antico *ius civile*, la forma dello stragiudiziale atto di denuncia è appunto un resto dell'antico diritto, accettato dal

specie, avrebbe anche ben saputo ordinarli egli stesso mediante il suo editto; e se egli poi non li riteneva necessari, non credo che avrebbe sofferto che la pratica, contraddicendo a questa sua opinione, li imponesse costantemente per un così lungo tempo, da far sì ch'essi fossero in fine sanzionati come diritto consuetudinario. Ora che la *deductio quae moribus fit* sia un prodotto, non dell'editto, ma della pratica, è cosa, che il suo nome solo basta a porre fuor di dubbio.

Più tardi <sup>3)</sup> il KARLOWA ha modificato la sua prima opinione, in quanto ha scorto l'ufficio destinato in origine agli interdetti *retinendae possessionis* nella tutela del possessore contro le turbative, ed ha considerato la loro applicazione alla distribuzione delle parti nel giudizio petitorio come un loro ulteriore sviluppo artificiale. Ora egli opina, che la *vis ex conventu* venisse in uso per rendere l'*Uti possidetis* atto a questa nuova funzione. Ma, astrazion fatta dalla questione, se realmente questa sia stata una funzione assunta più tardi dall'*Uti possidetis* <sup>3 a)</sup>, nemmeno ciò spiegherebbe, come il pretore potesse decidersi ad abbandonare alla pratica la cura di rendere l'interdetto da lui creato atto a quella funzione, invece di adattarvelo egli stesso di sua propria autorità. E sarebbe poi stata per ciò necessaria una *vis ex conventu*? Non v'era nella pretesa simultanea delle due parti al possesso una ragione sufficiente, per pronunciare un *vim fieri veto* per ambedue? <sup>4)</sup>.

Sostengono, che la *deductio quae moribus fit* si riferisse all'*Uti possidetis*, il MÜNDELOH e il KAPPEYN, indipendentemente l'uno dall'altro.

Il primo <sup>5)</sup>, partendo dall'esposizione di questa relazione fatta dal

---

pretore. Confronta il BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, libro XXIX tit. I § 1670 num. 2 (Ediz. tedesca, I, pag. 6 segg.). Nel nostro caso invece si verrebbe a introdurre un elemento di diritto civile in un istituto puramente pretorio.

<sup>3)</sup> *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (La procedura civile romana al tempo delle *legis actiones*), pag. 102 seg.

<sup>3 a)</sup> Cfr. frattanto in proposito infra § 1836 e num. 56.

<sup>4)</sup> Cfr. KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 87.

<sup>5)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny), Parte rom. Vol. III pag. 222 seg. pag. 225 seg. pag. 236 seg. Vol. IV pag. 61 segg.

KARLOWA, opina, che la *deductio* abbia servito, prima che esistesse l'interdetto *de vi*, a dare una « funzione resistutoria » all'*Uti possidetis*, nella cui « natura primitiva » non era insito uno « scopo recuperatorio »<sup>6)</sup>, e ciò per il caso, in cui il primo possessore avesse indugiato a impetrare l'interdetto, e l'avversario lo prevenisse occupando il fondo (vol. III pag. 225). Qui, egli dice, la *deductio* ha assicurato a quel primo possessore per l'*Uti possidetis*, accordato di poi *repetita die*, la qualità di possessore indispensabile, per riportar la vittoria con tale interdetto, poichè essa valeva allora come una *vis adversus edictum facta*, solo che egli al tempo, in cui domandava la *deductio*, non avesse ancora perduto il possesso per negligenza (vol. III pag. 236). « Essendo in origine tutto fondato sul libero accordo, e avendo luogo l'atto prima dell'emanazione dell'interdetto, non si saprebbe vedere, che cosa volessero veramente le parti, se non volevano la retrocessione della data » (vol. III pag. 226). Ora è da presumere, che difficilmente l'occupante avrebbe aderito alla *deductio* richiestagli<sup>7a)</sup>. Il MÜNDELOH però ha già pronta una ragione « psicologica ». Ve lo spingeva, egli dice, il « non piccolo vantaggio di sfuggire al conflitto reale, che lo minacciava, e rimanere nel tranquillo possesso del fondo, finchè non dovesse sgombrare, sia

<sup>6)</sup> Il MÜNDELOH, Vol. III pag. 225 seg. cita come caso analogo l'emanazione dell'interdetto *de itinere actuque privato* del pari puramente proibitorio, la quale col *repetita die* avrebbe dato eccezionalmente a questo interdetto un « effetto retroattivo », cioè lo avrebbe reso efficace contro turbative avvenute prima dell'emanazione dell'interdetto. Ciò risulterebbe dalla L. 1 §§ 9 sq. D. *de il. actug. priv.* XLIII, 19. Ma in realtà qui non si tratta di un effetto retroattivo, restitutorio, ma semplicemente del fatto, che in base ad atti di esercizio, che hanno avuto luogo prima dell'ultimo anno, l'impetrante con l'emanazione dell'interdetto nella detta forma può essere ancora protetto contro turbative dell'esercizio *futuro*. Vedi infra § 1838 num. 86 prima della nota 73. Oltre di che ci sorprende quello, che il MÜNDELOH, pag. 226 dice dell'emanazione dell'interdetto *repetita die*: « Ciò che è caratteristico è l'arrestamento della data, senza il quale la *restitutio* in sè non avrebbe ancora punto condotto allo scopo »; — la *restitutio in integrum* anzi qui si compie precisamente con l'emanare l'interdetto, che non avrebbe potuto giovare nella sua forma editale, sostituendo alle parole « *hoc anno* » quelle che il caso richiedeva, cioè le parole « *repetita die* ».

<sup>7a)</sup> Cfr. sopra num. 39 pag. 165 seg. (testo ted. pag. 221) e infra num. 44 dopo la nota 42.

in seguito alla *fructus licitatio*, sia in seguito alla decisione a lui sfavorevole della questione circa il possesso » (vol. IV pag. 61). Da quest'usanza sarebbe quindi sorto un diritto consuetudinario. La denominazione usata da CICEERONE « *deductio, quae moribus fit* » accennerebbe a un obbligo giuridico già esistente, di aderire alla *deductio* proposta. Se non si veniva ad un accordo circa la *deductio* e il giorno, in cui doveva aver luogo, colui che la provocava fissava egli stesso tale giorno. Se poi non trovava l'avversario sul fondo controverso, aveva l'occasione di introdursi e stabilirvisi. Se trovava sul fondo l'avversario, ma questi ricusava la *deductio* e non sgombrava dal fondo, allora, secondo ciò che dice CICEERONE *pro Caec.* XVI, 45, non ci voleva molto « per procurare all'antico possessore il requisito di una *vis contra edictum subita* ». Il suo invito ad eseguire la *vis ex conventu* era una condizione dell'effetto retroattivo dell'interdetto; in base a quell'invito il pretore sottoponeva lo spossessamento reale avvenuto all'interdetto emanato più tardi, nello stesso modo che egli soleva sottoporvi la *vis ex conventu* eseguita (vol. IV pag. 61 segg.). In ciò consisteva la *deductio* forzata al tempo di CICEERONE. — Al tempo di GAIO, continua il MÜNDELOH, quest'atto, che precedeva l'emanazione dell'interdetto, non esisteva più, esso aveva « proccacciato al principio della continuazione provvisoria del possesso nel caso di occupazione clandestina una tal posizione, che in ultimo venne a cessare il bisogno per l'impetrante di farsi dedurre prima della emanazione dell'interdetto » (vol. IV pag. 64 seg.). « Poichè GAIO annovera la *vis ex conventu* tra i *cetera ex interdicto*, si può ammettere con certezza, che ai suoi tempi essa non era in uso che come un atto, che seguiva l'emanazione dell'interdetto. Come tale essa non sarebbe stata incondizionatamente necessaria, giacchè *post interdictum redditum* il possessore, che non ha la detenzione del fondo, può fare il tentativo di impossessarsene di nuovo, e se viene respinto dall'avversario, egli è allora espulso *post interdictum redditum*. Ad ogni modo non è uno stato di cose perfetto quello, in cui l'impetrante deve prima intraprendere qualche atto per meritare l'aiuto dell'autorità giudiziaria da lui invocato; il che se in teoria è difesa del possesso, in realtà confina con l'autodifesa. Tale imperfezione è evitata, se l'avversario si risolve a dedurre l'impetrante » (vol. IV pa-

gina 70). Se egli non voleva farlo, si trovava esposto all'*interdictum secundarium*.

Noi abbiamo già sopra <sup>6 b)</sup> confutato il fondamento di questa opinione; possiamo perciò dispensarci dal dare una speciale confutazione dell'« ipotesi affatto arbitraria » di una così radicale modificazione dell'istituto della *deductio moribus*, « per la quale non sapremmo trovare nè ragioni intime nè prove esteriori » <sup>7)</sup>.

Il KAPPEYNE, il quale, come abbiamo veduto, reputa il *vim facere* dei *cetera ex interdicto* un atto processuale, quindi una formalità designata tecnicamente <sup>8)</sup>, opina, che in presenza dei principii enunciati da CICERONE sia impossibile ammettere l'esistenza simultanea di due formalità, che, designate ambedue col medesimo termine tecnico, avrebbero appartenuto all'introduzione del procedimento possessorio con l'interdetto *Uti possidetis*, e ciononostante sarebbero state diverse nell'essenza e scopo loro: che perciò il *vim facere* di GAIO e il *vim facere ex conventu* di CICERONE debbono considerarsi come la medesima cosa <sup>9)</sup>. Come si vede, la forza di questa argomentazione sta tutta nei due presupposti, ambedue interamente indimostrati, che quel *vim facere* dell'*Uti possidetis* sia una formalità, e che la *vis ex conventu* di CICERONE si riferisca appunto a quest'interdetto. Ma facendo totalmente astrazione da ciò, contro l'opinione del KAPPEYNE sta il fatto indubitato, che la *vis ex conventu* di CICERONE precede il giudizio, il *vim facere* nell'*Uti possidetis* invece, secondo l'esposizione di GAIO, vien dopo l'emanazione dell'interdetto. Il KAPPEYNE cerca di eliminare ingegnosamente questa contraddizione. « Sulla *deductio* », egli dice, « atto stragiudiziale, circa il quale le parti dovevano accordarsi amichevolmente, il pretore non esercitava nessun sindacato. Era perciò probabile, che le parti di scambievolmente accordo tralasciassero questa gravosa formalità, e comparendo in giudizio richiedessero d'accordo il pretore di ammetterli alla *fructus licitatio*. Il pretore non poteva rifiutarsi d'ufficio ad accondiscendere

<sup>6 b)</sup> pag. 165 (testo tedesco pag. 220 seg.).

<sup>7)</sup> EXNER, loc. cit., pag. 172 seg.

<sup>8)</sup> Vedi sopra alla nota 87 segg. pag. 171 (testo tedesco pag. 227 seg.).

<sup>9)</sup> *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 119.

a una richiesta di tale specie, allegando che non gli era stata fornita la prova della debita *deductio*; perocchè, ove pure a tale omissione fossero andati congiunti posteriori svantaggi giuridici nel processo, ciò riguardava le parti, non il magistrato » (pag. 122). « Se dopo la emanazione dell'interdetto primario una delle parti domanda la *fructus licitatio*, l'avversario, ove non sia stata compiuta la *deductio* (può) impugnare la domanda come provvisoriamente inammissibile —, e — nel caso che una delle parti domandi la *deductio*, l'altra (è) obbligata —, a prestare il suo concorso per eseguirla, altrimenti deve rinunciare —, a sollevare dal cauto suo una pretesa al possesso. Più di tanto GAIO non dice. Inoltre noi conosciamo da ciò che dice CICERONE il carattere stragiudiziale dell'atto, e ne abbiamo tratta la conclusione, che il pretore, quando alle parti pareva bene di procedere alla *fructus licitatio* senza precedente *deductio*, non poteva opporvisi, e che l'omissione non esercitava nessuna influenza sul corso ulteriore del processo. Il più comprende il meno; perciò le parti debbono essere state interamente libere anche nella scelta del tempo, e aver potuto, se loro tornava meglio, far precedere la *deductio* non solo alla seconda, ma anche alla prima comparizione innanzi al pretore. Certo era questo un esporsi al pericolo, che un avversario maligno e sleale, il quale facesse richiamo al suo stretto diritto, dopo l'emanazione dell'interdetto potesse creder bene di domandare una ripetizione. Però, mentre nella peggiore ipotesi ciò non sarebbe poi stato un male tanto grave, nessuno in realtà poteva avere un interesse qualsiasi a commettere vessazioni di tal sorta; perocchè non vi si poteva guadagnare altro, se non di prostrarre la causa di qualche giorno, e intanto v'era da temere che questo contegno indiscreto non spiacesse agli amici, che dovevano servire da testimoni. La fiducia scambievolmente non era grande, e si poteva facilmente correre il rischio di perderla. Pur tuttavia la promessa di una *deductio*, da eseguirsi prima del rilascio dell'interdetto, non era obbligatoria, e poteva perciò fino all'ultimo momento venir ritirata impunemente » (pag. 128 seg.). Se, come dice il KAPPEYNE, era lasciato in arbitrio delle parti l'eseguire la *deductio* prima del rilascio dell'interdetto, non poteva evidentemente esser riposta in essa quella *res adversus edictum facta*, che il pretore a tenore dell'interdetto vie-



tava per l'avvenire, e a cui si riferivano le sponsioni. Perciò il KAPPEYNE, come abbiamo già accennato, è costretto a scorgere quest'ultima *vis* nella stipulazione delle sponsioni <sup>10)</sup>. Abbiamo già mostrato come ciò sia inammissibile, e tanto basta a togliere ogni fondamento al concetto, che il KAPPEYNE ha della *deductio*. E poi anche in sè stesso tale concetto è inconciliabile con l'esposizione non equivoca di GAIO. Da questa risulta, che il *vim facere* imposto per la continuazione del procedimento deve far seguito all'emanazione dell'interdetto come prima parte dei *cetera ex interdicto*, mentre secondo il KAPPEYNE ciò sarebbe stato puramente facoltativo; e le parole di GAIO non lasciano luogo alcuno all'ipotesi di due specie di *vis*, la necessità delle quali certo non potrebbe ammettersi, se non sull'appoggio della più indubbia prova <sup>11)</sup>.

Ora mentre per considerazioni consimili il KRÜGEE <sup>12)</sup> respinge ogni relazione tra la *deductio quae moribus fit* e l'*Uti possidetis*, l'EXNER <sup>13)</sup> ammette, che gli atti, che CICEERONE dipinge come *vim facere ex conventu*, siano in sostanza la stessa cosa, che quello, che GAIO ha in mente; come già il BRUNS <sup>14)</sup> non era alieno dall'ammettere, che la *deductio* fosse « una maniera o un'applicazione speciale » della *vis moribus* o *ex conventu*, che egli afferma avesse luogo per l'*Uti possidetis* almeno facoltativamente.

Il BRUNS ha poi creduto di trovare delle prove di quella presunta

<sup>10)</sup> Vedi sopra num. 39 pag. 162 (testo tedesco pag. 216) alla nota 65 segg.

<sup>11)</sup> Cfr. EXNER, loc. cit., pag. 173. — Debole parmi invece un'altra ragione addotta dall'EXNER, pag. 191 nota 35, per impugnare la parificazione della *deductio moribus* alla presunta *vis ex conventu* nell'*Uti possidetis* enunciata dal MÜNDERLOH, e dal KAPPEYNE, cioè l'unilateralità della *deductio*, quale risulta in modo particolarmente chiaro dalla orazione *Pro Tull.*, VIII, 20: *Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur*. Infatti la *vis* bilaterale, certamente indispensabile per l'*Uti possidetis*, si riscontra anche nella *deductio*, inquantochè il *deducendus*, per farsi dedurre, deve accedere sul fondo controverso: ora se egli non è *iustus possessor*, commette appunto con ciò una *vis adversus edictum*. Vedi infra num. 45 dopo la nota 59 a.

<sup>12)</sup> *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 87.

<sup>13)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny), Volume VIII pag. 190 seg.

<sup>14)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 42.

ris *ex conventu* stragiudiziale pel sunnominato interdetto in altri due passi di CICEBONE, cioè *pro Caec.* XVI, 45 e *ad fam.* VII, 13, 2. Egli riferisce a una *vis ex conventu* le parole del primo passo <sup>15)</sup>, che a suo parere concernono l'*Uti possidetis*: « *cum ad vim faciundam veniretur* ». Così egli approva di fatto una congettura decisamente inaccettabile, che suggerisce di leggere: « *ad vim MORIBUS faciundam* » <sup>16)</sup>, partendo dall'opinione totalmente arbitraria, che il « *veniretur* » significhi « manifestamente solo in modo oggettivo, l'accesso *bilaterale* » — cioè, se intendo bene: fondato su di un accordo — « delle parti ». Il passo della medesima orazione c. VII § 20, citato come parallelo, certo non attesta che col « *veniretur* » sia designato l'accesso *bilaterale*; esso dice: *placuit Caecinae de amicorum sententia CONSTITUERE, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo moribus Caecina deduceretur* —: l'accesso delle due parti è accennato dunque non col « *veniretur* », ma col *constituere, ut deduceretur* » <sup>17)</sup>. Veniamo al secondo passo: *Tantum metuo, ne artificium tuum tibi parum prosit. Nam ut audio istic.*

*Non ex iure manum consertum, sed magis ferro*

*Rem repetunt —*

*et tu soles ad vim faciundam adhiberi. neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: QUOD TU PRIOR VI HOMINIBUS ARMATIS NON VENERIS; scio enim, te non esse procacem in lacescendo* ».

<sup>15)</sup> Vedi questo passo sopra num. 39 pag. 164 (testo ted. pag. 219). BRUNS, loc. cit., pag. 39.

<sup>16)</sup> Vedi in proposito KELLER, *Semestria* I, pag. 475 n. 182.

<sup>17)</sup> Cfr. anche l. c. XI, 32: *Caecinam cum ad constitutam diem tempusque venisset, ut vis ac deductio moribus fieret etc.* — Il MÜNDERLOH, loc. cit., Vol. IV pag. 62, vuol dare al *constituere* di questo passo precisamente il senso opposto, cioè di una determinazione *unilaterale*. I passi, ch'egli cita in appoggio della sua opinione: VELLEIO PATERCOLO, *Historia Romana* II, 28 (non 18) § 3; TERENCEIO, *Eunuch.* I, 2, 125; VARRONE, *De L. L.*, VI, 29, *De R. R.*, II, 5, 1; CICEBONE, *Ad fam.*, VII, 4; TACITO, *Germania*, XI, nulla provano a suo favore; i due ultimi (*Quare si quod constitutum cum podagra habes, fac ut in alium diem differas — e Nec dierum numerum, ut nos, sed noctium computant, sic constituunt, sic condicunt*) provano piuttosto il contrario. Cfr. su *constituere* GRONOV. *Obs.* I, 1 ed. Lugd. Bat. 1662 pag. 14 sqq. ed. Lips. Platneri 1755 pag. 12 sqq. ed. Frotscher pag. 15 sq. e soprattutto BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), vol. I pag. 33 segg. *Kleinere Schriften* (Scritti minori), I pag. 225 segg.).

Il BRUNS<sup>18)</sup> osserva in proposito: « Anche un passo di una lettera di CICEBONE al giureconsulto Trebazio si deve manifestamente riferire alla *vis ex conventu* stragiudiziale: — *ubi esses, plane nesciebam; tu soles ad vim faciendam adhiberi*. Questa naturalmente può essere solo una *vis ex conventu*. È importante il « soles ». Perchè quando si soleva invitare dei giuristi ad assistere a un atto, era questo un segno dell'importanza speciale, che a quell'atto si annetteva ». Lo EXNER<sup>19)</sup> assentendo espressamente spiega così quel passo: — « tutto lo scherzo di CICEBONE poggia sul contrasto tra la vera lotta dell'uomo d'armi, in mezzo a cui ora si trova il suo amico, e la lotta incruenta delle parti, a cui questi è abituato, e che costituisce la sua unica professione. Egli dice: io temo che le tue arti costà ti gioveranno meno, *nam, ut audio, istis non ex iure manum consertum, sed magis ferro rem repetunt*. Ma è tuo affare l'*ad vim faciendam adhiberi*, e in patria tu non sei di quelli, che nell'interdetto hanno da temere l'eccezione, d'aver essi per primi fatto uso della violenza delle armi, giacchè io so, che sei un uomo pacifico ». Io debbo col KAPPEYNE<sup>20)</sup> chiamare questa interpretazione « un modo singolarmente errato di intendere questo scherzo ». A me sembra, che l'« *Et tu soles* (non dice: *solebas* o *domi soles*) *ad vim faciendam adhiberi* » voglia significare, che Trebazio, contro le abitudini della sua professione pacifica, stando al seguito di Cesare partecipa alle conquiste di lui. L'ultima parte esprime un nuovo concetto: « *Del resto*, dice CICEBONE, tu non hai a temere il rimprovero contenuto nella nota eccezione dell'interdetto, il rimprovero cioè di essere venuto per primo con la violenza delle armi; io so bene, che tu non sei audace nell'assalire », — il che significa: « Tu ti terrai certamente fuori del pericolo ». Solo con questa spiegazione s'accorda un altro scherzo simile nell'*ad fam.* VII, 10, 2: *Sed tu in re militari multo es cautior, quam in advocatibus*<sup>21)</sup>, il quale invece è in diretta contraddizione con l'interpretazione dell'EXNER.

<sup>18)</sup> Loc. cit., pag. 42 nota 1.

<sup>19)</sup> Loc. cit., pag. 185 nota 28.

<sup>20)</sup> Loc. cit., pag. 146.

<sup>21)</sup> Cfr. anche ivi XVII, 1: *mihī interdum piger, interdum timidus in labore militari* — *videbare*. XVIII, 1: *Tu me velim de ratione Gallici belli certiorē*

L'espressione « *ad vim faciendam adhiberi* », che è in sostanza quella che ha prodotto l'equivoco accennato, non è altro che un'allusione, facile a comprendersi pei conoscitori di ENNIO, alle ultime parole del verso di questo poeta: *vadunt solida vi*<sup>22)</sup>, verso, che è citato da CICERONE solo con le due parole, con cui comincia. — Del resto l'obbiezione: *Quod tu prior hominibus armatis non venbris* non accennerebbe all'*Uti possidetis*, ma all'interdetto *de vi armata*<sup>23)</sup>. Già per questa ragione il passo nulla prova a favore dell'opinione del BRUNS.

Non si può dunque cercare in CICERONE il fondamento di una *vis ex conventu* per l'*Uti possidetis*.

43. IV) È innegabile, che ciascuna delle parti, malgrado una *vis* da essa commessa *adversus edictum*, fino alla contestazione della lite delle doppie sponzioni dirette a stabilire *an adversus edictum praetoris possidenti vis facta sit*, — poteva rifiutare la cooperazione allo svolgimento ulteriore del processo senz'alcun altro danno, se non di dovere ormai acconciarsi all'*interdictum secundarium* rispondente ora allo stato delle cose: essa non era in alcuna guisa tenuta nell'*Uti possidetis* a risarcimento di danni per la *vis* commessa prima della emanazione di questo *interdictum secundarium*<sup>24)</sup>. È del pari innegabile, che le sponzioni stipulate in seguito all'interdetto primario, erano dirette esclusivamente alla *poena*<sup>25 a)</sup>, e non procacciavano quindi una vera e propria rifazione di danni<sup>25)</sup>; e che anche il *iudicium secutorium*, sì il *Cascellianum* che il *fructuarium*, non era diretto al risarcimento di una tale *vis*<sup>25 a)</sup>.

Nel fatto appunto, che l'interdetto primario non mirava al risar-

---

*facias: ego enim ignavissimo cuique maximam fidem habeo.* — Nello stesso modo che il testo il KELLER, *Semestria* I pag. 335 sq. — Si osservi anche, che qui è usato il presente: *neque est, quod — pertimescas* —, non il passato.

22) GELLIO, *N. A.* XX, 10, 4: — *sed magis ferro Rem repelunt regnumque petunt, vadunt solida vi.*

23) KELLER, loc. cit., pag. 33 e sqq. LENEL, *Bd. perp.* pag. 375 nota 10.

24) KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 123 segg.

25 a) GAIO, IV, 166: *sponzionis et restipulationis — summam POENAE nomine solvere* — 168: *sponzionis et restipulationis summam POENAE nomine debet.*

25) KAPPEYNE, loc. cit., pag. 124.

25 a) Sul contenuto di queste azioni vedi infra § 1838 e num. 94 seg.

cimento di una *vis adversus edictum facta*, ci è lecito scorgere la natura pregiudiziale di quell'interdetto: le *condemnationes*, a cui dà luogo, in parte hanno il carattere di pure pene processuali <sup>26)</sup>, in parte scaturiscono dalla *fructus licitatio* portata dalla struttura stessa del procedimento <sup>27)</sup>; con la decisione in merito il giudice si limita a constatare, quale delle due parti debba considerarsi di fronte all'altra come possessore non vizioso nel momento dell'*interdictum red-ditum* <sup>28)</sup>.

Certo da tale considerazione risulterebbe a prima vista innegabile, che la *vis adversus edictum facta*, sulla quale venivano pronunciate le sponzioni e proseguito il *iudicium*, non potesse essere una *vis* fatta sul serio <sup>29)</sup>. Tuttavia questa argomentazione sarebbe giusta, solo se la possibilità della soddisfazione per un danno arrecato con una reale *vis adversus edictum facta* fosse inconciliabile con quella natura pregiudiziale dell'*Uti possidetis*. Ma non è così. La sponzione provocata dal danneggiato gli offre immancabilmente il mezzo più acconcio, per ottenere il materiale risarcimento del danno sofferto nella forma di una somma penale elevata <sup>30)</sup>. E almeno in molti casi di danni arrecati con una *vis* contraria all'editto si ha nello stesso tempo un'azione, che procaccia per lo meno il pieno risarcimento, come segnatamente l'*actio legis Aquiliae* e l'*interdictum Quod vi aut clam*; pei frutti raccolti illecitamente poi non solo la *rei vindicatio*, ma anche una *actio furti* e la *condicio furtiva* e rispettivamente una *condictio ex iniusta causa*. Ora se oltre a ciò noi consideriamo, da un lato che prima dell'introduzione della procedura formulare la sponzione forse in tutti gli interdetti era l'unica via, per procacciare all'impetrante vincitore il risarcimento dei danni <sup>31)</sup>; dall'altro lato che

<sup>26)</sup> Cioè la condanna in seguito alle doppie sponzioni e alla *fructuaria stipulatio*.

<sup>27)</sup> Cioè la condanna nel *Casellianum* e nel *fructuarium iudicium*.

<sup>28)</sup> Così con particolare acume il KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici, pag. 86, e 107 segg. Vedi anche KAPPEYNE, loc. cit., pag. 119 segg. Cfr. IHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sul fondamento della tutela del possesso), 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 92 seg.

<sup>29)</sup> Vedi segnatamente KAPPEYNE, pag. 125 seg.

<sup>30)</sup> Cfr. sotto il numero 45 alla nota 57 segg. e § 1838 a numero 89 alla nota 35 a.

<sup>31)</sup> Vedi infra § 1839 num. 113 alla nota 16.

precisamente nell'*Uti possidetis* una *vis* reale bene spesso non danneggiava in genere l'avversario, possiamo ben comprendere, come anche dopo l'introduzione dei *iudicia secutoria* negli *interdicta simplicia* si sia per l'*Uti possidetis* lasciato in vigore in questo rapporto l'antico procedimento: infatti l'aggiungere accanto al *iudicium Cassellianum* o al *fructuarium* un *iudicium secutorium* diretto al risarcimento dei danni derivanti da una *vis* contraria all'editto, avrebbe ampliato in modo intollerabile una procedura già di per sè assai complicata<sup>32)</sup>.

Nemmeno dalla natura pregiudiziale dell'*Uti possidetis* possiamo dunque dedurre la necessità di una *vis ex conventu* in tale interdetto.

44. Nello stesso modo che non hanno potuto persuaderci le ragioni, che si sono addotte per dimostrare, che nell'*Uti possidetis* la *vis* indispensabile per la continuazione del procedimento *ex interdicto primario* fosse una *vis ex conventu*, così non hanno virtù di persuaderci le diverse funzioni, che vengono attribuite a questa presunta *vis ex conventu* dai suoi propugnatori<sup>32 a)</sup>.

Secondo il KRÜGER<sup>33)</sup> la funzione di quella *vis* era, per servirci della caratteristica espressione dell'EXNER<sup>34)</sup>, una funzione di pura logica processuale. Scopo del *vim facere* sarebbe stato esclusivamente, di violare il divieto formalmente espresso nella formula dell'interdetto, per rendere così possibile il procedimento ulteriore; in realtà non si sarebbe trattato nè di un divieto fatto sul serio, nè di una seria violazione di esso: la forma una volta in uso dell'interdetto proibitorio invalsa nell'uso non sarebbe stata appunto che pura forma fin dal principio.

Contro questa opinione è stato già dal BRUNS<sup>35)</sup> opposto, a mio

<sup>32)</sup> *Cuius est executio perplexissima*. FRONTINO, XLIV, 7 (Lachm.).

<sup>32 a)</sup> Omettiamo qui le opinioni del KARLOWA e del MÜNDELROH. già sopra esposte e confutate num. 42 pag. 176 segg. (testo tedesco pag. 235 seg. e pag. 237 segg.). Anche secondo essi la *deductio*, giusta la definizione dell'EXNER, loc. cit., pag. 169, avrebbe avuto una funzione di logica processuale.

<sup>33)</sup> *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 81 segg. Parimenti MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e sua tutela), pag. 433.

<sup>34)</sup> Loc. cit., pag. 169.

<sup>35)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 36 segg.

parere vittoriosamente, quanto segue: « In verità se l'interdetto non avesse realmente nessuna relazione con una violenza vera, sia già avvenuta, sia per lo meno temuta, sarebbe una forma singolare oltre ogni dire, il cominciare col divieto della violenza, semplicemente per rendere possibile una violazione formale di esso, e poscia su questa *vis* puramente formale contrarre, non delle sponsioni pregiudiziali, ma delle stipulazioni penali affatto serie e reali (*magna alea*) »<sup>36</sup>). Oltredichè GAIO come primo esempio di un interdetto in senso stretto, cioè di un interdetto proibitorio, cita precisamente l'interdetto *retinendae possessionis*: come potrebbe egli farlo, se appunto questo fosse « proibitorio solo nella forma esteriore », e avesse in sostanza una struttura diversa da quella degli altri interdetti proibitorii!<sup>37</sup>). E proseguendo poi a dire<sup>38</sup>):

*Nec tamen, cum quid iusserit fieri aut prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, AN ALIQUID ADVERSUS PRAETORIS EDICTUM FACTUM SIT, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit, etc.* —

ci fa sapere nel modo più chiaro possibile, che gli interdetti *retinendae possessionis* anche nel loro contenuto soggiacciono ai principii generali degli interdetti proibitorii. E difatti la sponsione dell'*Uti possidetis*, di cui egli ci parla più avanti<sup>39</sup>), corrisponde in tutto alla forma di sponsione prima indicata.

Questi argomenti del resto non sono meno atti a confutare l'opinione dello stesso BRUNS, secondo la quale nell'*Uti possidetis* una *vis ex conventu* non sarebbe necessaria, ma potrebbe rimpiazzare una *vis reale*<sup>40</sup>). Infatti secondo questa opinione l'*Uti possidetis* potrebbe

<sup>36</sup>) Cfr. KAPPYNE, loc. cit., pag. 121. — EXNER, loc. cit., pag. 170: « A ragione si è trovato strano un tale arido formalismo, e si è domandato, perchè il pretore non abbia formulato altrimenti il suo decreto, in modo cioè da risparmiare quell'infrazione simbolica, e da porre fin dal principio la questione sull'*uter possideat* ».

<sup>37</sup>) IV, 140: *Vocantur — interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitto possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat etc.*

<sup>38</sup>) IV, 141.

<sup>39</sup>) IV, 166. Vedi sopra num. 39 nota 68 pag. 163 (testo tedesco pag. 217).

<sup>40</sup>) Precisamente contro il BRUNS si rivolge il KAPPYNE, loc. cit., pagina 121.

pur sempre non aver bisogno di riferirsi nel caso pratico a una *vis* reale; e tuttavia si verrebbe allora a delle rigorose stipulazioni penali su di una *vis* puramente formale. Così l'interdetto avrebbe tuttavia una posizione speciale tra gli interdetti proibitorii, la quale nè s'accorda con le parole di GAIO sopra riferite, nè si trova pur accennata in alcun altro luogo.

Inoltre milita contro il BRUNS anche la seguente considerazione. Se l'*Uti possidetis* era dato principalmente nell'ipotesi di una *vis* reale, posto il caso che le parti, per risolvere la questione circa il possesso, si fossero messe d'accordo sull'esecuzione bilaterale di una *vis adversus edictum* puramente formale, e avessero da ambedue i lati eseguito effettivamente una *vis* di tal sorta, che cosa assicurava ciascuna di esse, che l'altra parte non dichiarasse poi apertamente, che quella presunta *vis* non era stata che un atto apparente fatto di comune intesa, e per conseguenza tutto era stato fuorchè una *vis*? E poi chi anche in tal caso ritiene come *vis* contraria all'editto una *vis ex conventu*, non avrà nessuna ragione di contraddire allo SCHMIDT <sup>41)</sup>, e considerare come insufficiente per la prosecuzione dell'interdetto primario una confessione pronunciata in giudizio dalle parti di mutuo accordo, ma contraria alla verità dei fatti, di aver commesso una *vis* reciproca <sup>42)</sup>.

E se era realmente sufficiente un accordo delle parti, sia su di una cosiddetta *vis ex conventu*, sia su di una confessione di entrambe, contraria alla verità, di una *vis* eseguita — che cosa mai poteva indurre le parti a sottoporre alla decisione del giudice la loro controversia sul possesso precisamente per la via dell'interdetto *retinendae possessionis* così terribilmente costosa pel soccombente? Se essi volevano e potevano in generale mettersi d'accordo per ottenere una decisione, perchè non avrebbero dovuto preferire la via scevra di pericolo di una *sponsio* di un ammontare puramente nominale, la quale non poteva esser loro preclusa?

Il KAPPEYNE <sup>43)</sup> attribuisce alla *vis ex conventu*, che a suo credere

<sup>41)</sup> Vedi sopra num. 39 alla nota 62 pag. 161 (testo tedesco pag. 215).

<sup>42)</sup> Cfr. KAPPEYNE, loc. cit., pag. 122 (vedi sopra num. 42 pag. 180 (testo tedesco pag. 240 seg.).

<sup>43)</sup> *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 150 segg.



avveniva nella forma della *deductio*, una funzione *pratica*. Questa consisterebbe nella determinazione dell'identità dell'oggetto della lite. Contro un simile scopo della *deductio* già affermato dal WETZELL <sup>41)</sup> il WITTE <sup>45)</sup> ha già obiettato, che l'identità dell'oggetto della lite poteva essere determinata esattamente, senza che vi fosse bisogno per ciò di una violenza apparente. Non mi pare, che il KAPPEYNE <sup>46)</sup>, abbia distrutto tale obiezione osservando: « Benissimo, ma si guardi la cosa da un altro lato. Una violenza simbolica a cagion della forma si sarebbe potuta commettere pei più diversi scopi. In ciò non può dunque stare l'essenza della *deductio*. Essa era piuttosto un convegno sul terreno tenuto sul serio, il quale era quasi sempre urgentemente necessario per la determinazione dell'oggetto fisico, su cui si contendeva. Lo scopo dell'atto consisteva nell'*in rem praesentem venire*; il *vim facere ex conventu*, che avveniva in fine, non era che una formalità accessoria ». Anche a noi come all'EXNER <sup>47)</sup> sembra invece evidente « che in rarissimi casi sorgono degli errori sull'identità del fondo, del cui possesso si tratta, e che a questi si poteva di regola ovviare presso i Romani (come presso di noi) con l'indicazione del nome, posizione, designazione dei vicini ecc.; ad ogni modo questo bisogno non giustificerebbe certo l'istituzione obbligatoria per ogni giudizio possessorio di uno speciale atto delle parti di minuziosa esecuzione ».

Lo stesso EXNER <sup>48)</sup>, il quale reputa del pari che il *vim facere* avesse una funzione pratica, ne cerca la chiave nella *magna alea* della procedura classica nelle turbative del possesso. Prima condizione, perchè una divergenza di opinioni possa venir definita per mezzo di una scommessa, egli dice, è, che la materia sia atta ad esser trattata in questo modo. Ora non è così di regola nelle turbative comuni del possesso di immobili. In realtà quasi mai si tratta di sapere, se

<sup>41)</sup> *Der römische Vindicationsprozess* (La procedura della rivendicazione in diritto romano), pag. 84 seg. Similmente BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess* (Procedura civile) Vol. II pag. 235.

<sup>45)</sup> *Das interdictum Uti possidetis*, pag. 34.

<sup>46)</sup> Loc. cit., pag. 152.

<sup>47)</sup> Loc. cit., pag. 187 nota 30.

<sup>48)</sup> Ivi pag. 177 segg.

l'uno o l'altro dei contendenti possedga l'intero fondo. Se GAIO spiega la cosa considerandola in questo caso, che è il più semplice (IV, 166 a: *iudex . . . . . requirit . . . . . uter eorum eum fundum easse aedes. etc. possederit*), ciò avviene, come nei nostri manuali, perchè possano bene intenderla gli scolari, pei quali egli scrive. Per lo più è invece controverso, fin dove l'uno e l'altro posseggano. Perciò il pretore non dice: *Uter possidet, is possideat* (come nell'*Utrubi*), ma: *Utr possidetis, ita possideatis*, presupponendo, che ambedue posseggano, ma siano discordi circa la delimitazione reciproca del loro stato di possesso. Compito di tutto il procedimento, egli continua, si è di constatare in rapporto a una data epoca l'ultimo stato di possesso tranquillo, e poscia con l'accertamento della verità e dell'indole dei presunti atti di turbativa far decidere la questione, se alcuna, e quale delle parti, sia stata turbata nel possesso. Ora se si fosse voluto provocare tale decisione senza preparazione giuridica per mezzo di una scommessa sommamente pericolosa per ambedue le parti, quella scommessa avrebbe dovuto esser basata sull'affermazione bilaterale, che l'avversario ha turbato con un contegno determinato, osservato entro un certo tempo, un possesso esistito fino allora, e ciò in modo da frapporre un impedimento durevole, oppure come una minaccia del *qualiter velit suo uti*, talchè il turbatore assuma l'aspetto di un pretendente al possesso. Però, egli dice, è ovvio, che una tale scommessa sarebbe stata troppo pericolosa per le due parti, e che la sua decisione sarebbe stata pel giudice un compito altrettanto difficile quanto ingrato. Era quindi nell'interesse delle due parti, come pure utile ad evitare processi superflui o manchevoli di una decisione sicura, perciò nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, che la scommessa processuale fosse preceduta da un accertamento e una determinazione della materia della lite, che ne precisasse il fondamento. E appunto quest'accertamento e determinazione forma lo scopo della *vis ex conventu*. Quando l'ordine di pace preferito sul serio dal pretore non sortiva l'effetto, che le parti venissero ad una conciliazione di fatto, sull'invito di una di esse a *vim facere*, ambedue le parti con *testimonii* e non di rado con amici periti nel diritto comparivano sul campo delle loro controversie (*in re praesenti*), per determinare sopra luogo le loro mutue pretese. Perocchè

ciascuna delle parti in vista del pericolo della scommessa imminente aveva il più urgente interesse, da un lato a constatare con precisione le presunte usurpazioni dell'avversario, segnatamente per vedere, se queste contenessero in generale una pretesa al possesso; e dall'altro lato a riflettere ancora una volta sulla portata e qualità dei proprii atti di invasione e di difesa, e di paragonarli con lo *status quo* al tempo dell'*interdictum redditum*, quale gli si presenta alla mente, ed egli reputa possa provarsi. « Sulla base di una tale accurata preparazione di ambedue le parti viene allora, in presenza dei testimonii e degli *advocati*, eseguita la *vis* immaginaria su tutti i punti e in tutti i sensi controversi. Ciascuna delle parti cioè si accinge del pari ad esercitare gli atti di possesso, ai quali afferma di aver diritto, e ne viene impedita dagli atti ugualmente violenti della parte contraria ». « — così si ha la voluta base fissa della scommessa imminente, ed invero nella forma più pratica possibile ».

Chi oserebbe disconoscere, che con questa ingegnosa esposizione della *vis ex conventu* non sia abbozzata una funzione sommamente importante? Nè sarebbe facile sottrarsi alla sua forza logica, nemmeno per chi, come noi, nega l'esistenza di altre prove qualsiasi di quella *vis* immaginaria, — se il suo più essenziale presupposto non fosse insostenibile. Vogliamo dire l'ipotesi, che l'*interdictum primum* fosse concepito anche in vista di quelle controversie possessorie, nelle quali si tratta non tanto di stabilire, quale delle due parti abbia la *corporis possessio* sul fondo controverso (*uter possideat sc. fundum, aedes*), quanto piuttosto, se e fino a qual segno la *corporis possessio* dell'una sia limitata da un quasipossesso dell'altra, come l'EXNER, pag. 180, interpreta l'UTI *possidetis*, ITA *possideatis*. Questa ipotesi è innanzi tutto già inconciliabile nella sua forma esteriore con l'esposizione che GAIO fa del requisito edittale dell'interdetto e del corrispondente oggetto della indagine giudiziaria e della prova <sup>49)</sup>. Astrazione fatta dalla modalità della *iusta* e rispettivamente *iniusta possessio*,

<sup>49)</sup> GAIO, IV, 166-a: *iudex — requirit, (quod) praetor interdicto complexus est, id est, UTER eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit*. 167: *Ergo is, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem etc.* 168: *Ille autem qui fructus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem etc.*

quell'esposizione non lascia alcun adito alla questione sul « come » di un possesso esistente; essa permette con rigorosa esclusività unicamente la questione sul « se » di un possesso impugnato nella sua esistenza. Ciò non si può spiegare senza grave biasimo per l'autore col suo accorto riguardo all'intelligenza degli scolari: e sarebbe poi stato per questi più difficile il comprendere, ove egli per es. avesse scritto, come secondo l'opinione dell'EXNER sarebbe il solo modo esatto: *iudex requirit, uter eorum eum fundum easve aedes — ITA, UTI affirmaverit, nec vi nec clam nec precario possederit? — si non probat (probaverit), ad se pertinere possessionem ITA, UTI affirmaverit?* Ora che la questione venga posta come fa GAIO, è richiesto dalla duplicità dell'*Uti possidetis primum*. Questa duplicità, in armonia col motivo della sua istituzione dato dalle fonti, l'intenzione cioè di assegnare le parti ai contendenti per una successiva lite sulla proprietà <sup>50)</sup>, esige che ciascuna delle parti vanti un diritto sul medesimo oggetto, cioè appunto sull'attuale *corporis possessio* non viziosa <sup>51)</sup>. Invece tra il presunto *corporis possessor* e per es. il presunto quasipossessore di un *ius in re aliena* come tale l'applicazione dell'*Uti possidetis primum* è affatto inconcepibile. Ove ambedue le parti possano affermare un *uti frui* o un *uti* dell'oggetto della lite <sup>51 a)</sup>, ha luogo unicamente una sostituzione di un *interdictum utile* a quell'interdetto <sup>51 b)</sup>; ma anche allora si tratta in realtà della pretesa bilaterale al medesimo oggetto, cioè all'uso del fondo controverso, e non di stabilire, fino a qual segno l'uso dell'una parte sia limitato da quello dell'altra. In tutti gli altri casi il presunto *quasi possessor* deve rifiutare i *cetera ex interdicto*, e far poscia valere di fronte al *secundarium* il suo

<sup>50)</sup> GAIO, IV, 148. L. 1 §§ 2 sq. D. *uti poss.* XLIII, 17; § 4 I. *de interd.* IV, 15.

<sup>51)</sup> Vedi infra § 1836 b num. 47 alla nota 14. — L'EXNER ha scambiato questo requisito dell'*Uti possidetis primum* con quello del *secundarium*, che cioè l'atto di usurpazione, che deve esser represso con l'interdetto, leda la *libera possessio*, l'*uti arbitrio suo* del possessore.

<sup>51 a)</sup> Quindi là, dove di fronte al presunto *corporis possessor*, che ha di fatto il godimento del fondo controverso, o l'ha avuto fino all'acquisto, da lui dichiarato vizioso, della *iuris quasi possessio* da parte dell'avversario, si trova il presunto *iuris quasi possessor* di un usufrutto o di un uso.

<sup>51 b)</sup> Vedi infra § 1836 b num. 50.

quasipossesso. Se questo gli dà, come nella superficie, la detenzione del fondo controverso, egli ha a quello scopo una *exceptio* contro il *secundarium restitutorium* <sup>51 c)</sup>; se il quasipossesso non gli dà la detenzione, egli nel procedimento derivante dal *secundarium prohibitorium*, facendo richiamo a questo quasipossesso, può contestare di aver commesso una *vis* con l'atto imputatogli, purchè il quasipossesso non sia vizioso di fronte all'impetrante <sup>52)</sup>. Per quanto dunque in un dato caso la *corporis possessio* di un fondo possa esser limitata in modo così complicato dal quasipossesso di *iura in re aliena* o da diritti di obbligazione dell'avversario, ciò non ha alcuna importanza per la questione, se il procedimento *ex primario* si possa iniziare in base a questi rapporti restrittivi: tale questione deve senz'altro esser risolta negativamente, quand'anche il se e il come della limitazione ci appaia chiaro ed evidente. Sarebbe quindi affatto senza scopo il constatare ancora qualche cosa a tale riguardo per mezzo di una *vis ex conventu in re praesenti*, a fine di preparare le doppie sponzioni <sup>53)</sup>; in pratica l'importanza di quella *vis* non potrebbe andare

<sup>51 c)</sup> Vedi infra § 1836 c num. 55 sotto i num. 2 a e 2 c. Del pari riceve l'impetrato una *exceptio* contro il *secundarium restitutorium*, quando ha la detenzione del fondo controverso in forza di un rapporto di obbligazione, che si presume lo autorizzi a quegli atti di disposizione impugnati dall'avversario.

<sup>52)</sup> Vedi infra § 1836 c num. 56. — Del pari è a mio parere escluso il procedimento duplice in base al *primarium* tra compossessori là, dove ciascuno di essi riconosce l'altro come tale nella quota da esso affermata, e si tratta piuttosto unicamente di sapere, se l'uno, sia in forza del suo compossesso in sè, sia in forza di speciali convenzioni con l'altro, possa eseguire certi atti, che invadono il compossesso dell'altro. Solo il *secundarium* sarebbe qui il mezzo di tutela adatto.

<sup>53)</sup> E parimenti già allo scopo di preparare la *fructus licitatio*. Perocchè questa, giusta la nostra opinione, mira solo a regolare l'interinale *corporis possessio* come tale, e non, come reputa l'EXNER, pag. 186 nota 29, a ordinare i rapporti possessorii nel senso, che venga frattanto anche determinato, quale godimento e fino a qual segno spetti al *plus licitans* in forza della sua maggiore offerta, e di che debba egli eventualmente rispondere più tardi. Se il *plus licitans* ricevesse provvisoriamente il possesso nell'ambito in cui egli *vim faciendo* ha affermato di pretenderlo per sè, ognuna delle parti in ogni altro caso, all'infuori di quello da noi tenuto come solo ammissibile, farebbe in realtà l'offerta per un oggetto affatto diverso da quello della parte avversaria, per esempio l'una per una *corporis possessio* non limitata da quasi-

oltre la constatazione dell'identità dell'oggetto della lite; e questo, come l'EXNER anzi fa rilevare espressamente, non sarebbe certo uno scopo sufficiente a giustificare la necessità per ogni processo possessorio di un atto delle parti così minuzioso.

Così è dunque fallito anche il tentativo di assicurare alla presunta *vis ex conventu* nell'*Uti possidetis* una ragion d'essere, con lo esporne la funzione.

45. Dopo quanto è stato fin qui esposto, non ci resta che ritenere come qualche cosa di assolutamente reale, sì il divieto del *vim facere* da un lato, sì dall'altro lato quello stesso *vim facere*, che come prima parte dei *cetera ex interdicto* è condizione dell'ulteriore procedimento *ex interdicto primario*.

Però fortunatamente non è soltanto l'impossibilità di riconoscere una *vis ex conventu*, che ci induce in tale opinione: non mancano in appoggio di questa delle buone prove positive.

Innanzitutto noi possediamo una testimonianza classica del fatto, che bastava una *vis* reale a fondamento della *sponsio ex interdicto: ni adversus edictum praetoris vis facta sit*. È questo il passo di CIC. *pro Caec.* XVI, 45 già sopra esaminato<sup>54)</sup>, di cui già il BRUNS<sup>55)</sup> si è valso in questo senso. Se peraltro le nostre considerazioni<sup>56)</sup> contro l'opinione di questo dotto, che una *vis* reale fosse certo ammessa, ma non incondizionatamente necessaria, sono giuste, la portata di quella testimonianza va più in là, di quanto è in essa indicato direttamente; essa designa in generale come reale la *vis*, che fa parte dei *cetera ex interdicto*.

E di fatti, come anche il BRUNS<sup>57)</sup> ha dimostrato, solo a tale concetto risponde la procedura dell'*Uti possidetis*. Secondo l'esplicita testimonianza di GAIO<sup>58)</sup> le sponsioni, che tenevan dietro a questo

---

possesso di una certa servitù, l'altra per il quasipossesso appunto di quella servitù. Io dubito, che si possa allora parlare di una *fructus licitatio*.

<sup>54)</sup> Num. 39 pag. 164 (testo tedesco pag. 219).

<sup>55)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 39.

<sup>56)</sup> Num. 44 pag. 188 seg. (testo tedesco pag. 251 seg.).

<sup>57)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 37 seg.

<sup>58)</sup> IV, 167: *Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, SPONSIONIS ET RESTIPULATIONIS et fructus licitationis summam*

interdetto erano penali, come in generale tutte le sponsioni degli interdetti, e nell' *Uti possidetis* inevitabili, come in tutti gli altri interdetti proibitorii <sup>59)</sup>. « Se quindi, certo così bisogna argomentare col BRUNS, s'intendeva parlare sempre di una pena reale, bisogna concepire sempre reale anche il suo fondamento; cioè il fondamento era allora sempre la reale inosservanza dell'ordine del pretore, anche quest'ordine stesso era quindi inteso come reale <sup>59a)</sup>, e le parti potevano anche in tutti i casi della procedura *cum poena* dar luogo alle sponsioni con una reale inosservanza dell'interdetto ». O meglio ancora: esse potevano far ciò solo con una reale inosservanza dell'interdetto nell' *Uti possidetis* quindi solo con una *vis adversus edictum* reale.

Chè anzi soltanto l'ipotesi di una *vis* reale spiega, come non bastassero delle sponsioni semplici, ma fossero richieste delle sponsioni doppie. La parte soccombente infatti non aveva soltanto contestata all'avversario la sua fondata pretesa, ma aveva eseguito dal canto suo un atto in sè stesso vietato; all'incontro per un procedimento, che in sostanza avesse avuto la natura di un *praeiudicium*, la duplice pena processuale sarebbe stata più che ingiusta.

Niente è forse di così forte ostacolo, a che sia accettata l'opinione

---

POENAE NOMINE solvere iubetur. 168: *Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem, tantum SPONSIONIS ET RESTIPULATIONIS summam POENAE NOMINE DEBET.*

<sup>59)</sup> GAIO, IV, 141: — *et modo cum poena agitur — cum poena, veluti cum per sponsionem agitur — et quidem ex prohibitoris interdictis SEMPER per sponsionem agi solet etc.*

<sup>59 a)</sup> A prova, che negli altri interdetti proibitorii si tratta difatti di un divieto intimato sul serio, e di una reale trasgressione di esso, cita il BRUNS, pag. 40, la L. 7 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8, vedi sopra § 1833 num. 2 pag. 11 (testo tedesco pag. 14), e la L. 1 § 12 D. *ne quid in flum. publ.* XLIII, 13 (vedi infra § 1837 num. 61 dopo la nota 58). Il WACH. nota 873 in fine al *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana) del KELLER, vorrebbe toglier valore a questi passi osservando, che essi « possono riferirsi a un interdetto purificato ». Egli però dovrebbe pur sempre tentar di provare dal canto suo 1.° che gli *interdicta secundaria*, che egli ha qui in mente, siano appunto stati interdetti « purificati » (vedi in contrario infra § 1836 c num. 54), e 2.° che negli *interdicta simplicia*, ai quali quelli di cui parlano i detti passi, appartengono vi siano in genere stati i *secundaria* (vedi in contrario § 1836 c num. 57).

da noi propugnata, che la *vis* bilaterale necessaria allo svolgimento della procedura in base all'*interdictum primum* era una *vis* reale, quanto l'idea più o meno cosciente, che in una *vis* reale si dovesse quasi inevitabilmente venire alle mani, e forse anche a gravi vie di fatto. Ma se noi ripudiamo questa idea, che, come vedremo bentosto, non regge a un esame spassionato, troveremo non solo concepibilissima, ma quasi irrecusabile come presupposto di una decisione del magistrato, una manifestazione reale della pretesa al possesso sollevata da ambedue le parti, e già per questa ragione, che essa sola ne attesta l'assoluta serietà.

E per vero noi non possiamo perdere di vista il fatto, che in tutti i casi di una pretesa bilaterale alla protezione di una *iusta possessio* affermata da ambedue le parti l'una contro l'altra, almeno una delle parti afferma di avere un dominio attuale sull'oggetto della lite.

Se si tratta di un possesso, che consista nell'abitazione attuale di un fondo, una delle parti, giusta la sua stessa asserzione, deve essere appunto l'abitante di questo fondo. Ora certo s'intende di per sé, che questa parte, affermando di possedere *iuste ab adversario*, e volendo per conseguenza lo svolgimento dell'ulteriore procedura, persisterà nel mantenersi nella sua condizione di abitante anche *post interdictum redditum*. Viceversa la parte contraria, che attualmente non possiede, affermando che l'avversario le ha sottratto *iniuste* il possesso, semprechè sia persuasa della sua affermazione, si aspetterà a che, in seguito all'*interdictum redditum*, sulla sua rinnovata domanda l'avversario ceda il possesso a lei, siccome a quello, a cui *iuste* esso spetta. Ora essendo quella domanda diretta all'abbandono immediato del possesso a favore della parte, che attualmente non possiede, sarà efficacemente notificata soltanto con l'avvicinarsi di quest'ultima al fondo controverso o con l'entrarvi, in maniera che essa sia in grado di disporne di fatto, tostochè l'avversario ve l'ammetta <sup>59 b)</sup>. Se l'avversario non si ritira, essa può senz'altro allonta-

---

<sup>59 b)</sup> Un accenno al fatto, che una domanda della consegna del possesso manifestata in un modo diverso, sebbene anche così reciso, non valeva come *vis* nel senso dell'interdetto, si trova forse nella L. 155 § 1 D. de R. I. L. 17 (PAOLO, lib. LXV ad ed.): *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordi-*



narsi; non è assolutamente necessaria alcuna via di fatto, precisamente nello stesso modo che colui, il quale trova il possesso, che egli esercita *solo animo*, usurpato da un terzo, non ha bisogno, nel tentare di mantenere quel possesso, di provocare delle vie di fatto, per potere, venendo respinto, essere considerato come *vi deiectus* <sup>60</sup>). Ormai il primo dei *cetera ex interdicto* è compiuto: da una parte il persistere nel possesso attuale malgrado l'invito dell'avversario a sgombrare, dall'altra parte l'invito a sgombrare significato coi fatti, costituiscono la *vis* reale richiesta per l'ulteriore corso della procedura. La decisione dei giudici giurati sulle *sponsiones ex interdicto primario*, che si aggirano sull'*uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit* <sup>61</sup>), statuisce nello stesso tempo, che o la repulsa da parte dell'attuale possessore della domanda di sgombero, o viceversa appunto questa domanda di sgombero rivolta di fatto all'attuale possessore dall'avversario con l'avvicinarsi o l'accedere sul fondo controverso, è una *vis adversus edictum facta*, mentre la *vis* reale eseguita dall'altra parte quale *iuste possidens* non ha potuto esser proibita con l'*interdictum redditum*.

Ancor più indispensabile, se è possibile, si manifesta il requisito di una *vis* reale bilaterale nel caso, in cui il possesso controverso di un fondo non consista in uno stato durevole, ma in singoli atti di disposizione. Al *iuste possidens* non viene proibita con l'interdetto l'esecuzione di tali atti; ora poichè ciascuna delle parti afferma di essere *iuste possidens*, tanto più s'intende di per sè, che dopo l'*interdictum redditum* ciascuna di esse cercherà di eseguire ancora simili atti, chè altrimenti il possesso del fondo verrebbe ad essere abbandonato da ambedue le parti. Ora l'esecuzione di un atto di disposizione del fondo, anzi il semplice tentativo fattone sopra luogo e reso

---

*naria actione experitur*. Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 380 sotto il num. 1 in fine, il quale è propenso a riferire questo passo alla *vis ex conventu*.

<sup>60</sup>) L. 6 § 1 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2: *si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam*. L. 1 § 24 D. *de vi* XLIII, 16: *si — max revertens prohibitus sit ingredi — vi deiectus videtur*. L. 3 § 14, L. 12, L. 18 pr. *cod.* Cfr. BRUNS, loc. cit. pag. 125 seg.

<sup>61</sup>) GAIO, IV, 166.

vano dall'avversario, è una *vis* reale; e la decisione sulle sponzioni stabilirà quindi, da qual parte sia stata con ciò eseguita una *vis adversus edictum*.

Se con queste considerazioni abbiamo colto nel segno, si può ad esse riannodare ancora un'osservazione. Lo svolgimento della procedura *ex interdicto primario* ha per condizione, che ciascuna delle parti *cetera ex interdicto diligenter peragit*, altrimenti la parte contraria, che fa ciò, ha diritto all'*interdictum secundarium*. Per conseguenza ogni parte, che dal canto suo è pronta alla prosecuzione del giudizio in base all'interdetto primario, ha urgente motivo di assicurarsi la necessaria prova, che essa ha eseguito debitamente i *cetera ex interdicto*. Ora ciò non fa d'uopo per quelli fra tali *cetera*, che, come la *fructus licitatio* e gli atti successivi, si svolgono *in iure*; invece è senza dubbio necessario per il primo atto, il *vim facere* stragiudiziale. Se ciascuna delle parti aveva il più grande interesse a contestare il *vim fecisse* dell'avversario, per ottenere dal canto suo il *secundarium*, è inconcepibile, che esse potessero riconoscere scambievolmente appunto questo *vim fecisse* in contraddizione con la verità dei fatti. Piuttosto ciascuna delle parti avrà con successo ricusata come affatto inammissibile la *fructus licitatio* proposta dall'avversario, fintantochè non fosse constatato, che anche questi *vim fecit*. Questa constatazione doveva quindi avvenire davanti al pretore. Dal che risulta, che si è assolutamente in errore, quando, come il KAPPYNE<sup>62</sup>), dalla circostanza, che innanzi al *iudex sponsonum* si domanda soltanto, quale delle parti abbia posseduto *iuste* nel momento dell'*interdictum redditum*, si trae la deduzione, che in generale non si sia mai parlato della prova di un atto determinato, quale *vis adversus edictum facta*. Se non erro, nel passo già più volte citato di CICERONE, *pro Caec.* XVI, 45<sup>63</sup>), v'è un accenno a questa prova. Infatti quando, secondo quel che è ivi detto, coloro che son venuti in un fondo ad *vim faciendam*, si ritirano, perchè di lontano veggono accostarsi degli armati, *testificati discedunt*, essi debbono avere a loro disposizione dei testimonii. Ora su ciò in una tale elezione non si

<sup>62</sup>) *Abhandlungen* (Dissertazioni) pag. 119 segg.

<sup>63</sup>) Riportato sopra pag. 164 (testo tedesco pag. 219).

può contare con certezza, se non nel caso, che si siano condotti i testimonii con sè. Il che naturalmente non vien fatto, allo scopo di far constatare una deiezione, che può solo eventualmente verificarsi; bensì allo scopo di avere una prova di quello, che si vuol eseguire dal canto proprio, cioè della *vis faciunda*.

Anche negli altri *interdicta duplicita* lo svolgimento della procedura duplice deve avere avuto similmente per condizione una *vis* reale bilaterale.

Rispetto all'interdetto *de superficiebus* e all'*Uti possidetis utile* per la *iuris quasi-possessio* di usufrutto e uso su fondi l'esecuzione di quella *vis* può concepirsi affatto simile a quella, che abbiamo indicata per l'*Uti possidetis*. Anche nell'*interdictum duplex de aqua* l'ipotesi di una *vis* reale non presenta difficoltà alcuna: ciascuna delle parti doveva per lo meno tentare di trarre a sè quella quantità di acqua da lei contesa alla parte contraria <sup>64)</sup>.

Non così semplice invece è la cosa nell'*Utrubi*. Il possesso di cose mobili presuppone di regola una custodia permanente; soltanto gli schiavi e taluni animali domestici e animali selvatici addomesticati non sogliono esser tenuti in tale custodia. Ora in qual modo si può ritenere con certezza, che il pretendente, il quale di fatto non possiede, possa in generale essere in grado di eseguire sulla cosa, che si trova nella custodia dell'avversario, un atto di disposizione, che valga come una reale *vis adversus edictum facta*? Noi troviamo una risposta soddisfacente a tale quesito, solo facendo l'ipotesi, che la parte, che aveva il possesso di fatto, venisse costretta a portare con sè la cosa controversa in quell'udienza, in cui doveva essere impetrato l'interdetto, sia da lui stesso, sia dall'avversario. Ciascuna parte poteva allora, immediatamente dopo l'emanazione dell'interdetto, fare il tentativo di prendere la cosa con sè, sia, nel caso che essa fosse in suo potere, difendendola contro gli uguali sforzi dell'avversario, sia, nel caso contrario, cercando di toglierla all'avversario. Qui senza dubbio la circostanza, che tutto questo procedimento avveniva sotto gli occhi del magistrato interdicante, bastava ad evitare, che in questi opposti sforzi si venisse a violenti vie di fatto. Appunto in

<sup>64)</sup> Vedi infra § 1836 b num. 51 alla nota 27.

virtù di tale circostanza non v'era bisogno di alcuna prova, per constatare il bilaterale *vim facere*. Se anche nell'*Utrubi* aveva luogo una *fructus licitatio* o qualche cosa di simile<sup>65)</sup>, quest'atto avrà fatto subito seguito a quel *vim facere*, avrà quindi avuto luogo come questo nella medesima udienza, nella quale era stato emanato l'interdetto. Ove poi una delle parti avesse ommesso il *vim facere* o la *licitatio*, la parte contraria poteva subito impetrare l'interdetto secondario.

Certo le scarsissime notizie, che dell'*Utrubi* ci sono state trasmesse, non contengono una testimonianza espressa in proposito. Però non mancano del tutto indizii a favore della nostra ipotesi. Innanzi tutto crediamo di poter scorgere il modello degli atti da noi presunti nella *legis actio sacramento in rem*, nella quale le cose mobili controverse dovevano esser portate in *ius*<sup>66)</sup>. Se l'*Utrubi* è sorto, come noi riteniamo<sup>67)</sup>, già al tempo della procedura pura delle *legis actiones*, ci sembra quasi di per sè stesso evidente, che quell'obbligo di portare la cosa *in ius* deve esser passato in esso. Con ciò s'accorda poi ottimamente il tenore di questo interdetto, che suona *HIC homo*, — in contrapposizione con l'interdetto *Uti possidetis* in cui è detto *EAS aedes, EUM fundum*<sup>67 a)</sup>. E finalmente si ottiene così anche la vera spiegazione del *quo minus is eum ducat*. *Ducere* « denota in generale il *ius ductionis*<sup>68)</sup>, cioè il diritto di condur via qualcuno con sè da qualsivoglia luogo, e segnatamente dal tribunale, come avviene pei figli, le mogli, i debitori, gli schiavi, quando questi sono venuti innanzi al tribunale in forza di una *in ius vocatio*, di una *manus iniectio*, di una esibizione, o in qualunque altro modo. Per la qual cosa il *ducat* è possibile nell'*Utrubi* anche allorquando il

<sup>65)</sup> Vedi infra § 1838 e num. 98 in fine.

<sup>66)</sup> GAIO, IV, 16.

<sup>67)</sup> Vedi infra § 1839 num. 112 alla nota 101 segg.

<sup>67 a)</sup> Così pure il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 165, il quale cita ancora in proposito la L. 13 Cod. de R. V. III, 32 (DIOCLET. et MASSIM. a. 293): *Ordinarti iuris est, ut mancipiorum orta quaestione prius EXHIBITIS MANCIPIA de possessione iudicatur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.*

<sup>68)</sup> L. 3 pr. § 1 D. de lib. exh. item ducendis. XLIII, 30. XII Tab. III, 2, 3. GAIO, IV, 21, 25. Lex Rubria c. XXII v. 45-53.

possessore attuale porti egli stesso lo schiavo in tribunale, per ottenere con l'interdetto una protezione contro le pretese e gli eventuali tentativi di sottrazione dell'avversario »<sup>69</sup>).

46. Dopo le parole della L. 1 § 1 D. *de int.* XLIII, 1 sopra riferite a pag. 147 (Edizione tedesca pag. 195) ULPIANO, secondo la lezione del manoscritto fiorentino, prosegue:

*sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria.*

Però in nessun luogo troviamo, che un interdetto proibitorio qualsiasi abbia nello stesso tempo un effetto esibitorio. Invece possediamo due testi dello stesso ULPIANO, secondo i quali certi interdetti sono proibitorii e restitutorii.

L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* XLIII, 4 (libro LXVIII *ad ed.*):

*Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est.*

L. 1 pr. D. *de aq. cott.* XLIII, 20 (lib. LXX *ad ed.*):

*Ait praetor: « Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto ».* § 1. *Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est etc.*

Dell'interdetto *de aqua* sappiamo con precisione da quanto è qui detto, che il suo tenore era proibitorio, e lo stesso possiamo ammettere con la più grande probabilità dell'interdetto *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine missa est*<sup>70</sup>). La natura restitutoria di questi interdetti sta poi in ciò, che il primo non serve soltanto ad affermare un possesso esistente, nè il secondo soltanto ad acquistare un nuovo

<sup>69</sup>) Bruns, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 171.

<sup>70</sup>) Lo attesta la rubrica del titolo XLIII, 4: *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, che è adesso comune per gli interdetti del *legatorum nomine missus*, della *ventris nomine missa* e del *damni infecti nomine missus*. La L. 1 § 3 D. h. t. tratta invece della generale *actio in factum* del *missus* (LENEL, *Ed. perp.* § 216 pag. 341), la L. 4 *eod.* dell'interdetto del *damni infecti nomine missus* (LENEL, § 246 pag. 377); questi due passi non si possono perciò applicare direttamente al nostro interdetto, come fa lo SCHMIDT, *Interdiktenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 68 nota 52.

possesso, ma ambedue sono anche acconci al riacquisto di un possesso perduto <sup>71)</sup>).

Credo perciò, che abbia colto nel segno lo SMALLENBURG <sup>72)</sup> quando propone di leggere nella L. 1 § 1 D. *de interd.* XLIII, 1: *prohibitoria et restitutoria* invece di *prohibitoria et exhibitoria* <sup>73)</sup>).

E nello stesso tempo si scorge, come poco abile sia stato ULPIANO nello stabilire quella classe di *interdicta mixta*; la loro natura proibitoria è basata sulla loro dicitura, la natura restitutoria sul loro effetto <sup>74)</sup>).

A ragione lo SCHMIDT <sup>75)</sup> fa notare, che la stessa denominazione è adatta anche per altri interdetti, per esempio per l'interdetto *de itinere actuque privato* <sup>76)</sup>, per l'interdetto *de loco publico fruendo*, il quale ultimo è ugualmente acconcio, sia per ottenere per la prima volta, sia per riacquistare, sia infine per affermare il possesso del conduttore su di un *locus publicus*; inoltre per l'*Utrubi* del diritto classico, che protegge colui, il quale durante l'ultimo anno ha posseduto più a lungo che l'avversario, con possesso non vizioso di fronte a questo, si trovi egli o no ancora nel possesso al momento del rilascio dell'interdetto, — insomma per tutti gli interdetti proibitorii, che congiungono con un altro effetto l'effetto recuperatorio <sup>77)</sup>).

<sup>71)</sup> Cfr. L. 1 § 20 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20 e L. 1 § 1 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4, e su di esse SCHMIDT, loc. cit. pag. 67 segg. Cfr. infra § 1837 num. 63 alla nota 61.

<sup>72)</sup> Cfr. SCHULTING, *Notae ad digesta ad h. l.*

<sup>73)</sup> V. SCHMIDT, loc. cit. pag. 74.

<sup>74)</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>75)</sup> Loc. cit. pag. 69 nota 55.

<sup>76)</sup> Cfr. L. 1 § 12. L. 2 D. *de itin. actuque priv.* XLIII, 19. SCHMIDT, loc. cit. pag. 80 nota 8.

<sup>77)</sup> Cfr. sopra § 1835 b num. 32 pag. 137 (testo tedesco pag. 182 segg.).

## § 1836 b.

c) A seconda che sono diretti contro una delle parti o contro ambedue:

INTERDICTA SIMPLICIA e INTERDICTA DUPLICIA <sup>1)</sup>.

47. Su questa distinzione le fonti ci danno le notizie seguenti:

GAIO IV, 156-160.

*Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. § 157. Simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria; namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat. § 158. Prohibitoriorum autem interdictorum alia duplicia, alia simplicia sunt. § 159. Simplicia sunt veluti quibus prohibet praetor in loco sacro aut in flumine publico ripave eius aliquid facere reum; nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat, reus is, qui aliquid facere conatur. § 160. Duplicia sunt veluti Uti possidetis interdictum et Utrubi. ideo autem duplicia vocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur. nam summa conceptio eorum interdictorum haec est UTI NUNC POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSEDEATIS, VIM FIERI VETO; item alterius UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, (APUD QUEM) MAIORE PARTE HUIUS ANNI FUIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO.*

<sup>1)</sup> Vedi SCHMIDT, *Interdiktenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 180-188. ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und des gemeinen deutschen Rechts* (Le cosiddette azioni bilaterali del diritto romano e del diritto comune tedesco), Berlino 1870 pag. 28-87. — KRÜGER, *Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts* (Saggi critici nel dominio del diritto romano), Berlino 1870 pag. 88-112. — WENDT, *Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung* (Il diritto di difesa privata, ossia Difesa del possesso e perseguzione del possesso) nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Annali di Dogmatica del diritto privato odierno romano e tedesco) dello IHERING, Vol. XXI pag. 205-214.

## § 1 I. de interd. IV, 15:

*Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut simplicia sunt aut duplicia . simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria: namque actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is, a quo desideratur, ut restituat aut exhibeat . prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia . simplicia sunt veluti cum prohibet praetor in loco sacro vel in flumine publico ripae eius aliquid fieri (nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat, reus, qui aliquid facere conatur): duplicia sunt veluti Uti possidetis interdictum et Utrubi . ideo autem duplicia rocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partem sustinet.*

TEOFILO ad h. l. — ληγισθω καὶ τρίτη διαίρεσις τῶν ἐντεροδίκτων · τὰ μὲν γὰρ ἴστω ἀπλᾶ, τὰ δὲ διπλᾶ. Ἀπλᾶ μὲν, ἐν οἷς ὁ ἄκτωρ διακίρκεται τοῦ βίου, ὁποῖά ἴστω ἅπαντα τὰ *restitutoria* καὶ τὰ *exhibitoria* · ἄκτωρ μὲν γὰρ ἴστω ὁ βέλων ἐκτῶ τὴν νομίην ἀποκαταστήσει, ἢ τὸ κρυπτόμενον πρόσωπον ἄγισθαι εἰς μέτον · βίος δὲ ὁ τὴν νομίην ἀποκαταστήτων, ἢ τὸ πρόσωπον εἰς μέτον ἄγειν ἀναγκάζόμενος.

Τῶν δὲ προῖδοτορίων ἐντεροδίκτων τὰ μὲν ἴστω ἀπλᾶ, τὰ δὲ διπλᾶ. Καὶ ἀπλᾶ μὲν ἴστω, ἡνίκα κωλύει ὁ πραιτωρ τινὰ κτίσαι ἐν τάκρῳ τόπῳ, ἢ ἐν δημοσίῳ ποταμῷ ἢ ἐν τῇ ὄχθῃ αὐτοῦ κατασκευάσαι τι · καὶ γὰρ ὁ κωλύων ἄκτωρ ἴστω, ὁ δὲ κωλύόμενος βίος. Διπλᾶ δὲ οἷον τὸ *Uti possidetis* καὶ τὸ *Utrubi*. Διὰ τοῦτο δὲ διπλᾶ λέγονται, ἐπειδὴ ἴση τῶν διακζομένων ἐκατέρου ἴστω ἡ αἴρεσις · καὶ οὐδεὶς κατεξίκετον βίος ἢ ἄκτωρ ἴστω ἐν αὐτοῖς, ἀλλ' ἕκαστος αὐτῶν καὶ βίου καὶ ἄκτωρος τὰξιν ἐπιχει. Ἀμείλει καὶ ὁ πραιτωρ, ἡνίκα ἐδίδου αὐτοῖς τὰ ἐντεροδικτα, μίση ἐκέχοντο ὁμιλία, οὐδὲ τοῦτον οὐδὲ ἐκίνον ἄκτωρα δεικύς ἐκ τῶν οἰκείων ρήματων · ἐπὶ γὰρ τοῦ *Uti possidetis* ἔλεγε ταῦτα τὰ ρήματα · *uti possidetis, quominus possideatis, vim fieri veto* . τουτέστιν, ὡς νέμεσθε, ὅπως ἔλαττον νέμησθε, βίαν γίνεσθαι κωλύω · καὶ οὐκ εἶπεν *uti possides*, ἵνα μὴ δόξη πρὸς ἕνα ἀποταίνεσθαι. Ἐπὶ δὲ τοῦ *Utrubi* τοῦτοις κέρρηται τοῖς ρήμασι · *utrubi vestrum servus ille, quo de agitur, maiore parte huius anni fuerit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* · παρ' ὁποτέρῳ ὡμῶν ὁ δεινὸς οἰκέτης, περὶ οὗ γίνεται ἡ ἐναγωγῆ, ἐν τῷ μαζονι μίρει τοῦτου τοῦ ἐνικτοῦ ἦν, ὅπως οὗτος μὴ λάβῃ αὐτόν, βίαν γένεσθαι κωλύω · τουτέστιν, οὐ βούλομαι αὐτόν κωλυθῆναι, ὥστε λαβεῖν τοῦτον τὸν



οικέτην, οὗ γέγονεν ἐν νομῇ ἐν πλείονι μέρει τοῦ ἐνικυτοῦ. Σκόπησον πῶς καὶ ἐνταῦθα εἶπεν *utrobi*, τουτέστιν πρὸ ὁποτέρου. οὐκ εἶπες, πρὸ σοί.

L. 2 pr. D. de int. XLIII, 1 (PAUL., lib. LXIII ad ed.):

*Interdictorum quaedam duplicia sunt, quaedam simplicia, duplicia dicuntur, ut Uti possidetis, simplicia sunt ea <sup>2)</sup> veluti exhibitoria et restitutoria, item prohibitoria de arboribus caedendis et de itinere actuae <sup>3)</sup>.*

La peculiarità degli *interdicta duplicia* sta dunque in ciò: *quod par utriusque litigatoris condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur.* Quale significato dobbiamo dare a queste parole?

Lo SCHMIDT <sup>4)</sup> e l'ECK <sup>5)</sup> ripongono l'essenza della duplicità nella forma dell'interdetto, la quale si rivolge ugualmente ad ambedue le parti. Essi dicono, che in sostanza questa forma non è altro, che la unione di due *interdicta simplicia* con opposta distribuzione delle parti, e che la doppia posizione di ciascuna delle parti non è che la conseguenza di quella unione. Secondo questa teoria è per conseguenza logica più o meno casuale, quali *interdicta simplicia* permettessero una tale unione. E in specie non si potrebbe secondo essa contestare, che anche degli interdetti restitutorii ed esibitorii permettano una configurazione duplice. Così lo SCHMIDT <sup>6)</sup> ci dà come esempio di un interdetto esibitorio così configurato l'interdetto *de tabulis exhibendis* nel caso, in cui colui, che è citato in giudizio, perchè esibisca il documento testamentario, che l'avversario afferma esistere presso di lui, domanda da questo l'esibizione del medesimo documento; e

<sup>2)</sup> *cetera ser. M.*

<sup>3)</sup> Lo SCHMIDT. loc. cit. pag. 186 nota 9, propone di leggere: *simplicia sunt OMNIA exhibitoria et restitutoria, item prohibitoria VELUTI de arboribus caedendis, etc.*

<sup>4)</sup> Loc. cit., pag. 180 seg.

<sup>5)</sup> Loc. cit., pag. 28 segg.

<sup>6)</sup> Loc. cit., pag. 185 nota 8: *Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si haec penes alterum utrum vestrum sunt, ita is eas alteri exhibeat.*

l'ECK <sup>7)</sup> aggiunge come interdetto restitutorio cosiffatto l'*Unde vi*, ove sia ancora fatta dall'attuale possessore domanda di risarcimento dei danni, dopo la cessione del possesso.

Ma di tutto ciò deve immantinenti indurci a dubitare il fatto, che secondo i precetti delle fonti sopra riferiti, avvalorati dalla mancanza di qualsiasi indizio di uno stato di cose diverso, gli interdetti restitutorii ed esibitorii ci si presentano tutti solo come *simplicia*, il che partendo da quel concetto diventa incomprensibile.

Esso è per vero un concetto, che non risponde alle definizioni delle fonti. In queste noi troviamo col KRÜGER <sup>8)</sup> piuttosto la seguente spiegazione: certi interdetti si chiamano *duplicia*, perchè in essi la posizione giuridica delle due parti contendenti è la stessa <sup>8a)</sup>, e nessuna di esse è considerata a preferenza come convenuto o come attore, anzi ciascuna figura sì come convenuto che come attore. Se GAIO in ultimo con la proposizione, che comincia con *quippe etc.*, aggiunge l'osservazione, che il pretore si rivolge ad ambedue le parti con le stesse parole, « egli con ciò non dà un'altra ragione di quanto precede, ma vuol far notare, come la natura bilaterale dell'interdetto si palesi anche nella formula » <sup>9)</sup>. « Tale, osserva giustamente il KRÜGER <sup>9a)</sup>, è anche l'interpretazione di TEOFILO, il quale traduce il *quippe* con *ἁμῶν* ». Perciò nell'affermare la duplicità fondata sui requisiti materiali degli interdetti di questa specie, si è potuto enunciare, come se quel *pari sermone cum utroque loqui* del pretore appartenesse da lungo tempo al passato; e mentre GIUSTINIANO dovette omettere l'osservazione di GAIO, che vi si riferisce, potè egli

<sup>7)</sup> Loc. cit., pag. 28 seg. alla nota 98.

<sup>8)</sup> Loc. cit., pag. 89.

<sup>8 a)</sup> Fin qui è d'accordo con noi il WENDT, loc. cit. pag. 211 segg.; se nonchè egli considera questo unicamente come requisito materiale della duplicità, a cui si sarebbe aggiunto come secondo punto, a determinarne la forma, la peculiarità della procedura interdittale classica, in forza della quale il pretore per ragioni di opportunità avrebbe potuto vietare condizionatamente alle due parti la violenza minacciata da ambedue. Ancor questo è, a mio parere, un dar troppo peso alla forma, in cui la duplicità è apparsa storicamente negli interdetti.

<sup>9)</sup> KRÜGER, loc. cit., pag. 89 seg.

<sup>9 a)</sup> Loc. cit., pag. 90 nota 1.

pur sempre definire benissimo la duplicità di questi interdetti, cioè delle *extraordinariae actiones* date *ex causa* di essi, con le medesime parole usate dall'antico giureconsulto <sup>9 b)</sup>.

Il punto essenziale è dunque la *par utriusque litigatoris condicio* che trova la sua espressione materialmente necessaria nella doppia posizione di ciascuna delle parti contendenti, mentre nell'unione puramente esteriore di due interdetti di tenore opposto è bensì ciascuna parte tanto attore quanto convenuto, ma in forza di due interdetti diversi, e inoltre l'unione stessa è puramente casuale. Nè la L. 3 § D. *uti poss.* XLIII, 17:

(ULPIAN. lib. LXIX *ad ed.*). *Hoc interdictum duplex est, et hi, quibus competit, et actores et rei sunt* —

rettamente intesa contiene neppur essa una nozione diversa, inquantochè questo passo nella posizione duplice delle parti non cerca punto il criterio della definizione dell'interdetto duplice <sup>10)</sup>, il concetto anzi esso presuppone noto <sup>10 a)</sup>; ed è da presumere, che esso ha rilevato nel testo originario quella doppia posizione delle parti, quale conseguenza, che da quel concetto deriva, lo abbia fatto solo per riannodarvi ciò, che espone in seguito, dicendo, che una parte, la quale non si renda debitamente conto, di quanto per la doppia posizione gli incombe, vien messa per mezzo dell'interdetto secondario nella semplice posizione di convenuto: a questo accenna il § 2 della L. 3 cit. <sup>11)</sup>, il quale nella compilazione non sta più in intima connessione con ciò, che precede.

Se il nostro modo d'intendere il concetto degli *interdicta duplex* è giusto, siamo certamente autorizzati anzi costretti a ritenere, che tali interdetti potevano aver luogo soltanto in quei casi, in cui

<sup>9 b)</sup> Vedi infra § 1840 num. 127. È vero, che il WENDT, loc. cit., pag. 22 nota 1, afferma invece, che sia stato effetto di irriflessione e di distrazione di parte di GIUSTINIANO, — il quale dovette cancellare l'osservazione relativa al *parsi sermone cum utroque loqui* — il ripetere ancora l'antica definizione della duplicità.

<sup>10)</sup> Cfr. KRÜGER, loc. cit., pag. 89 alla nota 2.

<sup>10 a)</sup> Cfr. L. 37 § 1 D. *de O. et A.* (ULP. lib. IV *ad ed. prael.*). *Mistae actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae secundae, communi dividundo, interdictum Uti possidetis, Utrubi.*

<sup>11)</sup> Vedi sopra § 1836 a num. 37 pag. 154 (testo ted. pag. 205).

fosse davvero anche materialmente una *par utriusque litigatoris condicio*, oppure avrebbe dovuto esservi secondo la primitiva intenzione del magistrato interdicante <sup>11 a)</sup>).

48. Tale condizione di cose noi troviamo negli interdetti *retinendae possessionis*. Soltanto nel commentario del titolo 17 di questo libro potremo dare l'esatta esposizione della loro funzione originaria. Intanto basterà qui ricordare, che, giusta l'esposizione concorde delle fonti <sup>12)</sup>, il motivo, pel quale furono istituiti, si fu, di stabilire a favore dell'attuale *iustus possessor* <sup>13)</sup> la posizione delle parti per una eventuale lite sulla proprietà. E appunto perchè essi mirano a procacciare in questa lite la posizione più favorevole all'*attuale* possessore, richiedevano una forma *proibitoria*: lo stato attuale del possesso non doveva venir cambiato arbitrariamente. Ma con ciò era implicitamente ammessa la loro duplicità, perchè essi erano in prima linea diretti al caso, che ciascuna delle parti affermasse di trovarsi nel possesso attuale, e si poteva quindi aspettarsi da ciascuna di esse una manifestazione della propria pretesa, la quale manifestazione era dall'avversario considerata come una *vis adversus edictum sibi facta*. Del resto per rendere possibile lo svolgimento della procedura anche nel caso, che una delle parti non accampasse pretesa al possesso, il pretore istituì, certamente nello stesso tempo che il *primarium*, l'*interdictum secundarium* <sup>13 a)</sup>, mediante il quale l'interdetto *retinendae possessionis* è in grado di servire anche alla protezione contro turbative senza pretesa al possesso da parte del turbatore.

Noi dovremo aderire completamente all'opinione del KRÜGER <sup>14)</sup>, quale, respingendo il concetto della riunione di due interdetti unilaterali, scorge la peculiarità degli interdetti *retinendae possessionis*

<sup>11 a)</sup> Cfr. KRÜGER, loc. cit., pag. 90 capov. 3.

<sup>12)</sup> GAI, IV, 148. L. 1 §§ 2 sq. D. *uti poss.* XLIII, 17 § 4 I. *de interd.* 7, 15.

<sup>13)</sup> Per brevità vien qui designato con questo nome anche colui, che ha avuto il possesso non vizioso di una *res mobilis maiore parte huius anni*, anche egli più non possedga nel momento dell'*interdictum redditum*; e così dire colui, a quo *adversarius iniuste possidet*.

<sup>13 a)</sup> Cfr. sopra n. 40 pag. 170 (Ediz. ted. pag. 227).

<sup>14)</sup> Loc. cit., pag. 90.

(primari), di fronte alla riunione di due interdetti unilaterali, in ciò, che in essi l'oggetto, cioè l'attuale possesso non vizioso, è unico, che essi non possono risolversi in due interdetti semplici, che la lite mira solo a stabilire quale delle due parti abbia diritto al possesso.

49. Del pari che l'*Uti possidetis*, è un *interdictum duplex* l'interdetto *de superficiebus* creato a sua imitazione.

L. 1 § 2 D. *de superf.* XLIII, 18:

(ULPIAN. lib. LXX *ad ed.*). *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti Uti possidetis. tustur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti Uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, nam forte vi clam precario ab adversario possideat. omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.*

Il motivo della creazione di questo interdetto non può essere stato la distribuzione delle parti per una successiva *actio in rem de superficie*. Perocchè quest'azione come *actio in factum* pretoria<sup>15)</sup> fu secondo ogni probabilità istituita in un tempo, in cui l'interdetto esisteva già da lunga pezza<sup>15a)</sup>, e l'editto stesso<sup>16)</sup> fa menzione di quest'*actio*, che aveva luogo solo *causa cognita*, in modo puramente accessorio. Nè ci fornisce alcuna spiegazione il semplice fatto, che l'interdetto *de superficiebus* fu creato sul modello dell'*Uti possidetis*<sup>16a)</sup>. Qui infatti rimane insoluta precisamente la questione capitale, come cioè il pretore abbia potuto essere indotto a preferire questa forma creata per imitazione; perchè, se questa non fosse stata rispondente

<sup>15)</sup> Arg. L. 1 § 4 D. *eod.* LENEL, *Ed. perp.* pag. 383 alla nota 9.

<sup>15 a)</sup> Cfr. L. 16 § 2 D. *de pign. act.* XIII, 7 (PAUL., lib. XXI *ad ed.*): *Etiā vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiesarium, quia HODIE utiles actiones superficiesariis dantur.* Su di questa DEGENKOLB, loc. cit., pag. 98 e pag. 100.

<sup>16)</sup> L. 1 pr. D. *eod.*: *Aut praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario aller ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* Cfr. WLABSACK, *Edict und Klageform* (Editto e forma dell'azione), pag. 99 segg.

<sup>16 a)</sup> Di ciò sembra si appaghi il KRÜGER, loc. cit., 95: egli non fa menzione nè dell'interdetto *de superficiebus*, nè degli interdetti *Uti possidetis utilia* per la *iuris quasi possessio* dell'usufrutto e dell'uso.

alla cosa, egli avrebbe senza dubbio creato piuttosto una forma nuova. Ora è certo estremamente raro il caso, che si trovino di fronte due pretendenti della medesima superficie, a meno che ciascun d'essi non affermi di essere il vero erede dell'antico superficiario. Ma in quest'ultimo caso il mezzo più adatto per decidere la lite sarà l'*hereditatis petitio*. Ancora più di rado avverrà, che due pretendenti contendano circa il possesso della medesima superficie. Pel caso invece tanto più frequente, che il superficiario e il *dominus aedium* vengano a lite circa lo stato del possesso, non è adatto nè questo interdetto, nè una combinazione di esso con l'*Uti possidetis* <sup>17)</sup>. Dond' ha dunque avuto origine la duplicità?

Possiamo qui ammettere come noto, che il diritto del superficiario si riscontra non soltanto su interi edifici, ma anche su singoli piani di un edificio <sup>18)</sup>. È perciò anche possibile, che esistano sul medesimo più diritti di superficie indipendenti. Ora se, quando esiste un diritto di superficie su di un solo piano, all'esercizio di questo diritto « si può riannodare come presupposto necessario il godimento comune delle scale, del portone, e così via » <sup>19)</sup> per il possessore della casa e il possessore del piano, è naturale, che tanto più ciò possa avvenire, quando esistano più diritti di superficie sulla medesima casa. Ed è soprattutto in questi casi, che « correrà pericolo la semplicità e liquidità di tale rapporto » <sup>20)</sup>. Sarà quindi desiderabile fornire un mezzo di tutela giuridica precisamente per la collisione di più superficarii rispetto agli oggetti accessori del loro godimento

<sup>17)</sup> Cfr. frattanto in proposito DEGENKOLB, *Das Platzrecht* (Il diritto di superficie), § 13. — WAECHTER, *Das superficiar oder Platzrecht* (Il diritto di superficie), § 6 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 46 seg.

<sup>18)</sup> L. 3 § 7 D. *uti poss.*, XLIII, 17. WAECHTER, loc. cit., § 7 sotto il numero I, 1, 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 50 seg. — DEGENKOLB, loc. cit., pag. 53 seg. Giustamente si osserva qui, che la tanto discussa notizia di DIONISIO, X, 32 sull'esecuzione della *lex Icilia de Aventino publicando*: *sibi òè oi σύγδοο και σύν τρεις και έτι πλείονες συνίόντες οίκίαν κατασκευάζοντο μίαν, έτίρον μέν τά κατάγια λαγγακντων, έτίρον òè τά υπερία* — per quanto prudentemente si debba servirsene come testimonianza storica, pure è una prova, che al tempo di DIONISIO la costruzione di piani su fabbricati sottostanti di altri possessori o proprietari non era un caso inaudito.

<sup>19)</sup> DEGENKOLB, loc. cit., pag. 54.

<sup>20)</sup> Cfr. DEGENKOLB, loc. cit., pag. 53 seg.

comune, collegati cogli oggetti principali separati dei loro diritti. E appunto a tal uopo si prestava benissimo, a mio parere, un'applicazione analogica dell'*Uti possidetis*. Anche qui si tratta di un oggetto unico — cioè del godimento comune di singole parti della casa — controverso nella sua estensione; anche qui non si può risolvere il *duplex interdictum* in due *interdicta simplicia* con opposta distribuzione delle parti; anche qui la lite ha per solo scopo, lo stabilire quale dei due contendenti abbia diritto a un certo godimento esclusivo delle parti dell'edificio soggette nel loro insieme al godimento comune. Forse la rubrica senza dubbio originaria dell'editto *de superficiebus* indica appunto, che l'interdetto era in prima linea diretto a decidere precisamente la controversia tra due diritti di superficie sulla medesima casa, esistenti in generale indipendentemente l'uno accanto all'altro.

D'altra parte nemmeno qui la duplicità dell'interdetto si oppone in alcun modo, a che esso venga adoperato per tutte le altre turbative immaginabili del quasipossesso della superficie: a tutti questi altri casi provvedeva un interdetto secondario, che faceva seguito all'interdetto primario, quando per le circostanze del caso in base a questo *res expediti non poterat*.

50. Essenzialmente diversa è un'altra applicazione analogica dell'*Uti possidetis*, l'applicazione cioè al quasipossesso dell'usufrutto<sup>21)</sup>. Questo *utile interdictum* dev'essere stato dapprima creato per regolare il quasipossesso controverso tra due pretendenti all'intero usufrutto sul medesimo fondo. Una lite di tale specie può di leggeri sorgere, segnatamente in seguito ad un *legatum ususfructus*, ove s'anvi più persone, ciascuna delle quali come presunto legatario prenda la detenzione del fondo controverso, o l'una se la faccia assegnare da un erede, l'altra da un altro. La parte, che soccombe nel procedimento interdittale, è rimandata per la persecuzione definitiva della sua pretesa, a istituire come attore il giudizio con l'*actio confessoria*. E del pari è il nostro *duplex interdictum utile* appropriato alla lite tra il presunto *quasipossessor* dell'usufrutto e un

<sup>21)</sup> FRAMM. VAT., 90: — *interdictum Uti possidetis utile hoc nomine (sc. ususfructus) proponitur*.

presunto *corporis possessor*, il quale contesti o ritenga viziosa appunto quella *quasipossessio*, in quanto egli stesso ha di fatto il godimento del fondo controverso, o l'ha avuto fino all'acquisto, da lui dichiarato vizioso, della *quasipossessio* da parte dell'avversario. Perocchè anche un tale *corporis possessor* poteva valersi del tenore di questo interdetto, che suonava secondo ogni probabilità: « *uti utimini fruimini* »<sup>22</sup>). Anche qui colui, che soccombeva nel procedimento interdittale, era rimandato come attore alla *confessoria* o alla *negatoria actio*, a seconda della sua pretesa giuridica. Finalmente va posto qui anche il caso, in cui si trovino di fronte l'una all'altra le pretese al *quasipossesso* di un presunto usufruttuario e di un presunto usuario del medesimo fondo; solamente è da credere, che in tal caso la formula fosse ridotta a un semplice « *uti utimini* », che cioè si omettesse la parola *fruimini*, che non era adatta per colui, che pretendeva all'uso, e anche per l'avversario in questo caso non appariva necessaria<sup>23</sup>).

In modo consimile era l'*Uti possidetis* applicato come *utile* anche alla *quasipossessio* di un presunto usuario, e tanto di fronte a un pretendente della stessa specie, cioè tra due persone, che pretendessero all'uso del medesimo fondo, quanto al *corporis possessor*, che impugnasse la *quasi possessio* di colui, che pretendeva all'uso, e, s'intende, anche in questi due casi con la formula *uti utimini*<sup>23 a)</sup>. Pertanto non va taciuto, che l'interdetto, segnatamente nel primo caso, può avere una funzione essenzialmente diversa da quella dell'interdetto utile tra due pretendenti all'usufrutto. Poichè, com'è noto, l'uso della medesima cosa può benissimo spettare *in solidum* a due persone nello stesso tempo; e allora si tratta soltanto di regolare la facoltà d'uso di ciascuna delle parti. L'interdetto utile serve precisamente a regolare *in possessorio* tale facoltà, ogniquale volta le parti si contestino reciprocamente non tanto il diritto stesso all'uso,

<sup>22</sup>) DEGENKOLB, loc. cit., pag. 75 segg. — KRÜGER, loc. cit., pag. 105 e specialmente LENEL, *Ed. perp.*, § 247 pag. 381. — Sul caso, in cui il *corporis possessor* non fosse mai pervenuto a un *uti frui* (MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e sua tutela), pag. 38) vedi infra § 1836 c num. 55 alla nota 19.

<sup>23</sup>) Di ciò, se ho bene inteso, dubita il DEGENKOLB, loc. cit., pag. 77.

<sup>23 a)</sup> Lo stesso può ammettersi per la *iuris quasi-possessio* dell'*habitatio*.



quanto piuttosto la maniera ed estensione del suo esercizio. In modo analogo può del resto configurarsi anche il punto controverso tra usuario e *corporis possessor*, ove quest'ultimo impugni non il se, ma solo il come dell'esercizio dell'uso.

Questi diversi casi d'applicazione dell'*Uti possidetis utile* per la *quasipossessio* di usufrutto e di uso (con la sola omissione del caso della controversia tra presunto *quasipossessor* dell'uso e *corporis possessor*, che è sottinteso) sono raccolti nella L. 4 D. *uti poss.* XLIII, 17:

(ULPIAN. lib. LXX *ad ed.*). *In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum, et si usus fructus<sup>21)</sup> quis sibi defendat possessionem, et ita POMPONIUS scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.*

<sup>21)</sup> Questo *fructus*, sebbene confermato dal cosiddetto TIPUCITUS (τῆς κατὰ χρῆσιν καρπῶν), va cancellato, come propone il MOMMSEN. Non mi sembra probabile, che, come opinano il RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista per la scienza storica del diritto), Vol. XI pag. 344 *Caso terzo* e il DEGENKOLB, loc. cit., pag. 76 nota 1, per *usus fructus possessio* debba intendersi un usufrutto puramente pretorio (L. 3 D. *si ususfr.*, VII, 6) contrapposto all'usufrutto civile. Imperocchè come riguardo alla *corporis possessio* non occorre rilevare la contrapposizione dei diritti della proprietà quiritaria da una parte e della bonitaria dall'altra in essa esercitati, così riguardo alla *iuris quasi possessio*, di che solamente è questione in questo interdetto, non v'è luogo a considerare la contrapposizione dei diritti in essa esercitati. Nè credo possa essersi dato il caso, che due pretendenti al medesimo usufrutto pretorio se ne contendessero il quasipossesso. Infatti l'usufrutto pretorio presuppone la *quasi traditio* della *iuris quasipossessio*. E mentre il LEGATUM *ususfructus*, che è un diritto reale, ha effetto sempre e necessariamente in tutta la sua estensione, non appena sia pur uno solo degli eredi istituiti ha adito l'eredità, e perciò ciascuno di più istituiti è in condizione di dare dopo la sua adizione l'oggetto dell'usufrutto al legatario a pieno esercizio del godimento da questo già acquistato *de iure*, il FIDEICOMMISSUM *ususfructus*, di cui si fa menzione nella L. 3 cit., come puro diritto di obbligazione, obbliga ciascuno di più eredi, in mancanza di una disposizione speciale, soltanto a costituire l'usufrutto nella proporzione della sua quota ereditaria. Perciò nella concessione da parte di un sol coerede del godimento dell'oggetto dell'eredità, che dev'esser sottoposto all'usufrutto fideicommissario, non si ha che la costituzione della quota della *iuris quasipossessio* corrispondente alla sua porzione ereditaria. Cfr. sopra num. 50 pag. 212 (testo ted. pag. 283).

Anche qui s'intende di per sè, che la duplicità dell'interdetto non si oppone alla sua applicazione contro la turbativa della *quasipossessio* senza pretesa del turbatore a una tale *quasipossessio* o a una *corporis possessio*, che la escluda: il *simplex interdictum secundarium*, che fa seguito al *duplex interdictum primum*, procaccia anche qui la stessa protezione, che nell'*Uti possidetis directum*.

51. Oltre gli interdetti *retinendae possessionis* e la loro estensione per analogia alla superficie e alle servitù personali esercitate con la detenzione dell'oggetto, le fonti ci additano come *duplex* solo un altro interdetto, cioè l'interdetto *de aqua cottidiana inter rivales*.

L. 1 § 26 D. *de aq. cott.* XLIII, 20:

(ULPIAN. lib. LXX *ad ed.*). *Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.*

Lo stesso KRÜGER <sup>25)</sup> considera quest'interdetto come un'unione casuale di due *interdicta simplicia de aqua* con opposta distribuzione delle parti, ritenendo che la denominazione di *duplex interdictum* non sia tecnica, ma sia dovuta a semplice negligenza di ULPIANO. Io però stimo, che si possa ricorrere a una tale via d'uscita, pur sempre poco soddisfacente, solo nel caso che non si riesca a rintracciare per l'*interdictum duplex de aqua* tali requisiti di fatto, da cui risulti una vera duplicità.

Col KRÜGER siamo naturalmente d'accordo nell'opinare, che le parole *utroque suum usum contendente* mal si potrebbero intendere nel senso, che ciascuno dei *rivales* disputi totalmente all'altro il possesso della condotta d'acqua <sup>26)</sup>, cioè affermi, che egli solo abbia derivato l'acqua nell'ultimo anno: in realtà una tal lite non può aver luogo. Del pari reputiamo col detto scrittore come non meglio appropriata l'opinione, che si tratti di un caso, in cui ciascuno dei *rivales* abbia derivata tutta l'acqua. Infatti in tal caso ambedue le parti dovrebbero aver ragione, le *condemnationes* si eliderebbero, e l'interdetto non potrebbe avere alcun risultato. Qui, se le parti non

<sup>25)</sup> Loc. cit., pag. 95 seg.

<sup>26)</sup> Questa è l'opinione dello SCHMIDT, pag. 188.

s'accordano circa il godimento comune, non resta loro altro spediente, se non l'*actio confessoria* o il *iudicium communi dividundo utile* indicato nella L. 4 D. *de aq. cott.* XLIII, 17. Nemmeno l'interpretazione particolare del KRÜGER d'altra parte coglie nel segno. Questi, allegando la L. 1 § 27 e L. 3 § 5 *eod.*, opina, che la cosa più plausibile sia, che s'intenda parlare di cambiamenti, che una parte voglia eseguire nell'acquedotto. In tutti questi casi, egli dice, si trovano di fronte due pretese indipendenti, che vengono bensì in collisione, ma non si escludono necessariamente, e potrebbero esser fatte valere con due interdetti semplici simultanei; la posizione delle parti non è uguale in niente altro, che in ciò, che, come in un'azione con riconvenzione, ciascuno è nello stesso tempo attore e convenuto. Qui intanto bisogna innanzi tutto non perder di vista, che il nostro passo dice: *duplex interdictum utrique COMPETIT*. Perocchè sebbene *competere* venga detto assai spesso anche di interdetti non stabiliti nell'editto, ma adattati a singoli casi <sup>26 a)</sup>, tuttavia ciò avviene soltanto, dove la pratica aveva accordato uno stabile diritto ad impetrare un tale interdetto. Questa espressione sarebbe invece sicuramente disadatta, se la duplicità consistesse in una forma più o meno dipendente dall'arbitrio del magistrato interdicente. Ma soprattutto non si è posto mente appunto a quel presupposto, che è indispensabile a bene intendere il nostro passo, cioè al concetto di *rivales*, definito nel passo medesimo. *Rivales* sono coloro, che derivano l'acqua pel medesimo canale, e non come compossessori del medesimo fondo, ma ciascuno su di un fondo a parte, che si trova nel suo esclusivo <sup>27)</sup> possesso, pel quale fondo egli esercita così una *servitus aquaeductus*. Questo è dunque certo, che ciascuna parte deriva realmente l'acqua. E poichè,

<sup>26 a)</sup> Vedi L. 3 § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. L. 2 §§ 6, 8, 39 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 §§ 12, 17 D. *de flum.*, XLIII, 12. L. un. §§ 7, 9 D. *ut in flum. publ.*, XLIII, 14. L. 1 § 9 D. *de superfic.*, XLIII, 18. L. 14 D. *de iniur.*, XLVII, 10. L. 2 § 3 i. f. D. *si serv.* VIII, 5. L. 3 § 6 D. *de itin. actus priv.*, XLIII, 19. L. 1 § 35 D. *de aq. cott.* XLIII, 20. L. 3 §§ 6, 7 D. *de riv.* XLIII, 21. L. 1 § 4 D. *de arb. caed.* XLIII, 27. L. 1 § 3 D. *de migr.* XLIII, 30.

<sup>27)</sup> Cioè di fronte agli altri *rivales*; invece una delle parti può benissimo esser composta da più compossessori di un *praedium dominans*.

ciò posto, nessuna di esse può contestare all'altra l'*aqueductus* come tale, ciascuna deve per conseguenza accordare all'altra la presa di una certa quantità d'acqua. Perciò quando vien designato come oggetto della lite l'*aquae usus*, che ciascuna parte reclama per sè, ciò non può significare altro, se non la presa di quella quantità d'acqua, che eccede la quantità riconosciuta come spettante alla parte contraria. Questa quantità d'acqua è l'oggetto unico delle pretese bilaterali; col derivarla per sè, l'una parte la sottrae all'altra; la lite s'aggira, per servire in un senso analogo delle parole usate dal Käuzer per gli interdetti *retinendae possessionis*, solo sulla questione, se l'una o l'altra delle parti abbia diritto a derivare di fatto questa quantità d'acqua, cioè abbia diritto al possesso della *servitus aquaeductus* nell'ambito da essa affermato. Avviene dunque per questo interdetto precisamente lo stesso, che abbiamo veduto sopra per l'interdetto *de superficibus* e l'interdetto *Uti possidetis utile* tra due usuarii della stessa cosa. Una risoluzione del nostro *interdictum duplex* in due *interdicta simplicia* opposti è, a mio parere, affatto inconcepibile: l'intera posizione reciproca delle due parti vien necessariamente decisa con una sola sentenza.

Anche questo *duplex interdictum* conferma dunque la nostra opinione, che la duplicità di un interdetto presuppone materialmente la *par condicio utriusque litigatoris*.

Certo nulla vieta di estendere un *duplex interdictum* anche all'*aqua aestiva* e in generale a ogni condotta d'acqua a tempo limitato<sup>23)</sup>, che non rientri nel concetto dell'*aqua cottidiana*<sup>24)</sup>, ed abbia luogo per l'esercizio di più servitù di condotta d'acqua di fondi diversi pel medesimo canale.

52. Tranne questi casi è però assai discutibile, se il requisito indicato si possa riscontrare in un qualche altro rapporto protetto da interdetti.

È senz'altro evidente, che esso non può rinvenirsi negli *interdicta*

<sup>23)</sup> Cfr. L. 1 § 3 D. eod.: *ea quoque dicitur cottidiana, quibus servitus intermissione temporis divisa est, § 22 eod.*

<sup>24)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 188 alla nota 14. — ECK, loc. cit., pag. 30 prima della nota 104.

*duplicita* esibitorii e restitutorii costruiti dallo SCHMIDT e dall'ECK<sup>30)</sup>: questi in realtà non sono che interdetti semplici, con posizione opposta delle parti, congiunti insieme.

Lo stesso è per gli *interdicta duplicita de fonte, de puteo*, ecc., che l'ECK<sup>31)</sup> dà come possibili. Questo scrittore opina, che non soltanto nelle condotte d'acqua, ma anche nel godimento di abbeveratoi, fontane, passo di greggi, pascoli e simili possa benissimo concepirsi un interesse dell'avente dritto a vietare ad altri l'esercizio della stessa facoltà; e che quando in un dato caso le circostanze siano state tali da comportarlo, non v'è motivo di dubitare, che l'interdetto non abbia potuto esser emanato come *duplex (uti hoc anno usi estis, ecc.)*, per decidere quale delle due parti abbia ragione di procedere contro l'altra con l'*actio confessoria*. Qui in realtà non si tratta mai di un medesimo oggetto delle due pretese contrarie nel senso, che col rigetto dell'una l'altra sia necessariamente riconosciuta di per sè. E difatti l'impetrante ha interesse a vietare all'avversario l'esercizio di un'uguale facoltà, solo in quanto essa è d'ostacolo al proprio esercizio: resta totalmente affare dell'impetrato, il dimostrare la regolarità dell'esercizio da lui praticato; e se egli, non contentandosi della semplice assoluzione, vuol farlo, l'unica via è l'azione in riconvenzione, qui cioè la domanda di un interdetto con invertimento delle parti.

Che il *Salvianum* non è un *interdictum duplex* nemmeno nel senso di un collegamento formale di azione e riconvenzione, è già stato dimostrato dall'ECK<sup>32)</sup> sul terreno dell'antica interpretazione della L. 1 § 1 e L. 2 D. *de Salv. int.* XLIII, 33. In ambedue i passi vien fatta l'ipotesi, che di due pignoratarii l'uno si trovi in possesso dell'oggetto del pegno; è evidente, che questi non può proporre il *Salvianum*, che è un interdetto *adipiscendae tantum possessionis*. Ma anche tra due creditori pignoratizii non possessori è inconcepibile un *Salvianum duplex*: il pignoramento fatto all'uno non esclude il pignoramento all'altro; per conseguenza il divieto bilaterale della *vis*, che

<sup>30)</sup> Vedi sopra alle note 6 e 7 pag. 206 seg. (Ediz. ted. pag. 275)

<sup>31)</sup> Vedi l'ECK, loc. cit., alla nota 106 pag. 34.

<sup>32)</sup> Loc. cit. pag. 34 segg.

è connesso con l'esistenza del duplice pignoramento, potrebbe aver per conseguenza una condanna bilaterale; e anche un *exceptio* poggiata sul proprio diritto di pegno o avrebbe per sola conseguenza l'assoluzione d'ambidue le parti, o dovrebbe al contrario non esser presa in considerazione. Presentemente la duplicità del *Salvianum* apparirà per di più impossibile, dacchè il LENEL<sup>33)</sup> ha provato, che la L. 1 § 1 D. XLIII, 33 citata in proposito in origine non parlava punto del *Salvianum*, ma dell'*actio Serviana*; e che la L. 2 *cod.* poggia su di una interpolazione grossolana.

53. Rimane a determinare, fino a qual segno la duplicità di un interdetto si sia manifestata nella procedura.

Per quanto riguarda la domanda era certo possibile, che ambedue gli interessati invocassero contemporaneamente dal pretore l'emana- zione dell'interdetto; e nel caso, che ambedue avessero realmente la intenzione di impegnarsi nei *cetera ex interdicto primario*, era tanto più facile, che ciò avvenisse, dappoichè per ricevere l'interdetto, ancorchè fosse stato chiesto solo da uno, ambedue dovevano pur senz'altro comparire contemporaneamente *in iure*. Ma una domanda bi- laterale dell'interdetto non era punto necessaria. Ciò risulta già dal fatto, che quando non si trattava in realtà, che del divieto di una turbativa unilaterale, l'*interdictum secundarium simplex* contenente un tale divieto poteva venir pronunciato, solo dopochè l'*interdictum pri- marium duplex* era già stato emanato senza essere seguito dai *cetera ex interdicto*. Ora sarebbe stato addirittura assurdo, il far dipendere l'emana- zione dell'interdetto primario, che era condizione del procedi- mento unilaterale voluto, dalla condizione, che anche l'avversario, contro il quale doveva esser diretto quell'ulteriore procedimento, in- vocasse tale emanazione. Così può trovarsi addirittura detto dell'*Uti possidetis: sufficit ei, qui aedi ficare in suo prohibetur*<sup>34)</sup>, ed altre cose simili. In tal riguardo dunque avviene per la duplicità degli interdetti precisamente come per quella delle azioni di divisione:

<sup>33)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny), Vol. III Parte rom. pag. 180 segg.

<sup>34)</sup> L. 3 § 2 D. *uti poss.*, XLIII, 17 (vedi sopra § 1836 a num. 37 pag. 154 (Ediz. ted. pag. 205); § 3 *cod.* (vedi infra § 1836 c num. 55 alla nota 22); § 4 *cod.* (vedi infra § 1837 num. 64 alla nota 83).

anche in quest'ultime basta, che l'attacco formale, la domanda dell'*actio*, venga da una delle parti <sup>35)</sup>, sebbene assai spesso tutti gli interessati sollevino l'azione <sup>36)</sup>. Del resto non manca nemmeno una testimonianza espressa a provare, che un *interdictum duplex* poteva esser domandato da una sola parte. Questa testimonianza trovasi nelle ultime parole della L. 1 § 26 D. *de aq. cott.* XLIII, 20 sopra riferita: *duplex interdictum UTRIQUE competit*, cioè ciascuno dei due ha diritto all'*interdictum duplex*.

Processualmente la *par condicio utriusque litigatoris* comincia con l'emanazione dell'interdetto: per la procedura *ex interdicto reddito* le due parti stanno totalmente alla pari. Nè contraddice alla duplicità di tal procedura il fatto, che essa si risolve in una pluralità di azioni unilaterali. Perocchè non solo tutte queste azioni, come fa rilevare il KRÜGER <sup>37)</sup>, son tenute insieme da quella sola questione, dalla cui decisione dipende il loro esito; ma oltre a ciò ciascuna delle parti ha precisamente lo stesso dovere e lo stesso diritto, che l'altra, perchè si possa in generale venire alla procedura derivante dall'*interdictum duplex*. Di ciò non può dubitarsi riguardo alle sponsioni e restipulazioni bilaterali sulla *vis adversus edictum facta*, messa da ciascuna di esse a carico dell'altra. E non è men vero per la *fructus licitatio* là, dove questa ha luogo, come nell'*Uti possidetis*: ciascuno può e deve fare l'offerta. Il risultato poi della *fructus licitatio*, in forza del quale il maggior offerente ottiene il possesso dell'oggetto della lite fino alla decisione sulle doppie sponsioni, nulla toglie alla parità della posizione, cioè rispetto al vero e proprio contenuto della lite. Soprattutto non è con ciò addossato l'onere della prova al solo avversario a favore del maggiore offerente: malgrado la sua maggiore offerta il maggior offerente, al pari che l'avversario, perde la lite *si non probat, ad se pertinere possessionem* <sup>38)</sup>. Scopo della *fructus*

<sup>35)</sup> L. 13 D. *de iud.* V, 1 = L. 2 § 1 D. *comm. div.* X, 3. L. 43 D. *fam. ercisc.*, X, 2.

<sup>36)</sup> L. 14 D. *de iud.*, V, 1 e i passi in ZIMMERMANN, *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio per la pratica civile), Vol. XXXIV pag. 196 nota 1. — ECK, loc. cit., pag. 142.

<sup>37)</sup> Loc. cit., pag. 90.

<sup>38)</sup> GAI, IV, 167 sq. Cfr. KRÜGER, pag. 91 nota 1.

*licitatio* è unicamente quello, di produrre uno stato regolato di cose durante la lite, il che appunto si ottiene nel modo più semplice per opera delle parti stesse, assumendo l'una di esse in forza della sua maggior offerta la custodia e la cura dell'oggetto della lite pel futuro vincitore<sup>39</sup>). Però il fatto, la cui prova può sola venire in questione, è il possesso dell'oggetto della lite nel momento dell'*interdictum redditum*, non vizioso di fronte all'avversario, affermato da ciascuna delle parti, — fatto, che non risente assolutamente alcuna influenza dalla sorte ulteriore di quell'oggetto. Il dover il maggior offerente, nel caso che sia sconfitto, consegnare quel possesso in un coi frutti percepiti, e pagare la *summa licitationis*<sup>40</sup>), non altera dunque pel rimanente la *par condicio utriusque litigatoris*.

Particolarmente caratteristico per la *par condicio utriusque litigatoris* è, che la procedura *ex duplici interdicto* fa il suo corso regolare, soltanto fintantochè le parti vi concorrono nel modo sopra descritto. Appena una parte cessa dal cooperarvi *non potest res expediri*; ed allora non resta all'altra parte, che domandare l'*interdictum secundarium simplex*: questo, come abbiamo già rilevato più volte, costituisce l'*expediens* indispensabile<sup>41</sup>).

## § 1836 c.

d) A seconda che essi vengono emanati sulla prima domanda, o presuppongono l'emanazione di un altro interdetto:

INTERDICTA PRIMARIA e INTERDICTA SECUNDARIA.

54. Questa distinzione è stata conosciuta con qualche esattezza solo dopo l'interpretazione Studemundiana del manoscritto delle Istituzioni di GAIO IV, 170<sup>1)</sup>, il cui tenore abbiamo già sopra riferito a pag. 161 (Edizione tedesca, pag 215), quale lo si è potuto restituire dal senso del contesto.

<sup>39</sup>) Così a ragione il KRÜGER, loc. cit., pag. 91.

<sup>40</sup>) GAIO, IV, 167.

<sup>41</sup>) Vedi segnatamente sopra § 1836 a num. 40 pag. 170 (Ediz. tedesca pagina 226 seg.).

<sup>1</sup>) Riguardo al rapporto stesso cfr. del resto già RUDORFF, *Edict. perp.* § 247 sotto il num. 4.



Tra le parole staccate, che in prosiegua di tempo poterono esser lette nella pag. 246 del manoscritto veronese, si trova, sebbene non con piena sicurezza a lin. 10: *p. idictum secundarium* e a lin. 13: *secundarium*.

L'espressione *interdictum primum*, per quanto io so, non ci è stata tramandata in nessun luogo, ma non può trovare obiezioni come naturale contrapposto all'espressione *interdictum secundarium*.

Abbiamo testimonianze degli *interdicta secundaria* solo nell'*Ut possidetis*; già rispetto all'*Utrubi* il manoscritto di GAIO ci lascia senza notizie. Ciononostante, secondo quanto abbiamo esposto nel paragrafo precedente, non crediamo di errare ammettendo tali interdetti per tutti gli *interdicta duplicia*. Il corso del procedimento bilaterale derivante da tutti gli interdetti di tale specie presuppone, da un lato che ciascuna delle parti compia un atto, il quale, se la sentenza statuisce contro di lei, debba considerarsi come *vis adversus edictum facta*, e così con quest'atto appunto dia motivo alla parte contraria di invitarla a un procedimento ulteriore, segnatamente a una *sponsio* sull'interdetto emanato; e dall'altro lato che la parte contraria faccia realmente tale invito. L'omissione di quest'atto e di quest'invito non può esser considerata nè come disobbedienza al comando dell'autorità, nè come omissione della *defensio* necessaria: essa non è altro che la manifestazione di fatto, che quella parte non fa uso della possibilità formale offertale dall'*interdictum redditum* di valersi di quel procedimento; — ma s'intende di per sè, che con l'impossibilità qui indicata di venire a un ulteriore procedimento *ex interdicto duplici* la causa non termina, a meno che l'avversario non vi acquiesca. Perocchè in forza dell'*interdictum redditum* anche questi ha la posizione di attore. Mentre in un *interdictum simplex* l'impetrato non può nulla fare di fronte all'impetrante, che malgrado il sufficiente motivo datogli a un *agere ex interdicto*, ometta l'invito alla sponsione o gli altri atti necessari alla continuazione del processo, in un *interdictum duplex* ciascuna parte, sia essa impetrante o impetrato, deve avere appunto nella sua qualità d'attore il diritto di ottenere una decisione del giudice in base all'interdetto emanato. E a questo servono gli *interdicta secundaria* <sup>1a</sup>).

<sup>1a</sup>) Vedi sopra § 1836 a num. 40 pag. 169 seg. (Ediz. ted. pag. 226 seg.).

Però sarebbe stato senza scopo l'accennare nel *secundarium*, che l'impetrato non ha eseguito debitamente i *cetera ex primario*. Perchè è certo, che solo quando ciò era constatato il pretore procedeva all'emanazione del *secundarium*. Ohè anzi, eccettuato solo il *vim facere*, tutti gli altri *cetera*, anche nello stesso *Uti possidetis* così complicato, erano atti, che si svolgevano *in iure*; e il *vim facere* doveva esser provato da ciascuna delle parti, perchè si potesse venire alla *fructus licitatio*<sup>1 b)</sup>: altrimenti era come non avvenuto.

L'effetto degli *interdicta secundaria* non ha per condizione quei fatti, dai quali dipende l'effetto del *primarium*. Purtuttavia niente di più erroneo, che stimarli comandi del pretore pienamente incondizionati<sup>1 c)</sup>.

È indubitato, che nell'*Uti possidetis* l'impetrato di fronte al *secundarium* non può nè sollevare pretese proprie al possesso, nè far richiamo alla viziosità del possesso dell'avversario<sup>2)</sup>.

Ma ciò non esime senz'altro l'impetrante dalla necessità, di dimostrare il proprio diritto al possesso.

Anzi di fronte al possesso di fatto dell'impetrato egli sarà spesso nel caso di doverlo fare. Senza dubbio non v'è bisogno di quella prova, quando l'impetrato stesso dice di essere detentore dell'avversario. E segnatamente non è necessaria, quando l'impetrato, che possiede di fatto, non nega di aver acquistato il possesso giuridico dall'avversario, ma nega, che tale acquisto sia stato vizioso. Perocchè

<sup>1 b)</sup> Vedi sopra § 1836 a num. 45 pag. 199 (Ediz. ted. pag. 266). — Mi sembrano perciò errate le restituzioni del RUDORFF, *Ed. perp.*, pag. 219 sotto il num. 4 e *Note alle Istituzioni del PUCHTA*, § 169 nota 1., e l'affermazione, che, allegando la prima di queste, enuncia il DEMELIUS, *Die Confessio*, pagina 171 nota 1, che solo il *cetera ex interdicto non fecisse* sembri essere il presupposto del *vim fieri veto* nel *secundarium prohibitorium*.

<sup>1 c)</sup> Come fanno il KRÜGER, loc. cit. pag. 99, il BEKKER, *Aktionen* (Azioni), Vol. II pag. 54 nota 5 sotto il num. 3, il MEISCHNER, *Besitz und Besitsschutz* (Possesso e sua tutela), pag. 437, il DEMELIUS, *Confessio*, pag. 170 segg., e il WACH, su v. KELLERS *römischen Civilprozess* (Annotazioni alla Procedura civile romana del KELLER), Annot. 873, il quale parla di un interdetto « *purificato* ».

<sup>2)</sup> GAIUS, IV, 170: — *itaque etsi alias potuerit interdicto UTI POSSIDETIS vincere, si cetera ex interdicto — per interdictum secundarium.* — Bene il KAPPÉYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 166 seg.

con l'omissione dei *cetera ex interdicto* è appunto esclusa per l'impetrato la facoltà di far valere il proprio diritto al possesso: quindi di fronte alla sua confessione di aver acquistato il possesso dall'avversario non resta che ammettere la viziosità di un tale acquisto. Però può anche darsi, che l'impetrante affermi, che il terzo, dal quale l'impetrato ha acquistato il possesso, era suo detentore, e che l'acquisto del possesso, che l'impetrato ha ottenuto da costui, è vizioso, mentre l'impetrato nega almeno la prima cosa <sup>2a</sup>). Tuttavia il fatto, che l'impetrato con l'omissione dei *cetera* ha mancato di far valere il proprio diritto al possesso, non può esimere l'avversario dal provare la circostanza, indispensabile alla propria legittimazione, che quel terzo era suo detentore, e che quindi l'impetrato possiede da lui, e, come è allora di per sè evidente, con possesso acquistato *vitio*. È inoltre possibile, che l'impetrato affermi dal canto suo, di essere detentore di un terzo <sup>2aa</sup>), e anche qui deve incombere all'impetrante la prova, che egli stesso è il possessore giuridico <sup>2b</sup>).

Tanto ove la prova del possesso dell'impetrante non sia necessaria, quanto ove essa sia data, l'impetrato, che ha realmente la *facultas restituendi*, deve consegnare all'impetrante la cosa controversa, — e deve farlo senza dubbio anche quando è semplice detentore, sia dell'impetrante stesso, sia di un terzo <sup>3</sup>).

<sup>2 a</sup>) Vedi infra num. 55 caso 3°.

<sup>2 aa</sup>) Vedi infra num. 55 caso 2.° d e caso 4°.

<sup>2 b</sup>) Il KAPPEYNE, loc. cit., pag. 168 seg. cfr. pag. 176, opina, che nel *restitutorium* l'impetrante debba dimostrare due fatti distinti: primo: che egli non ha il possesso, secondo: che lo ha l'avversario. Riguardo al secondo punto, quanto esporremo più avanti conterrà le ragioni, per le quali siamo della stessa opinione; il primo riteniamo sia errato. Anche giusta il parere del KAPPEYNE, la dimostrazione di questo fatto avrebbe il suo effetto, solo allorchando sia contemporaneamente dimostrato il secondo: ora è evidente, che nella dimostrazione, che l'avversario possiede, è necessariamente contenuta la prova, che l'attore non possiede; per conseguenza una prova speciale di ciò è assolutamente superflua. Invece, com'è indicato nel testo, in date circostanze spetta all'impetrante il dimostrare, che l'avversario non è che suo detentore, oppure che ha acquistato il possesso dal detentore di esso impetrante, cioè da lui stesso.

<sup>3</sup>) Giustamente osserva il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pagina 169 alla nota 1, allegando la L. 9 D. *de acq. V.* VI, 1, che il « *possideat* » di GAI, IV, 170 (nota 4) va inteso in tale ampiezza di significato.

Ora anche quella *facultas restituendi* al momento dell'emanazione del *secundarium restitutorium* non è sempre certa, particolarmente quando si tratti del possesso di un fondo non abitato, che consista soltanto in alcuni atti di disposizione. E poichè essa tuttavia costituisce un requisito indispensabile per la forza obbligatoria del *secundarium*, nel caso della sua incertezza giuridica la sua prova spetta all'impetrante <sup>4)</sup>).

Come negli interdetti restitutorii in generale <sup>5)</sup>, così anche in quest'interdetto colui, *qui dolo fecit, quo minus haberet*, deve rispondere *ac si haberet*. Per l'essenza stessa del rapporto un abbandono della *facultas restituendi* qui rende responsabile, solo se avvenga quando già sussistono i requisiti del *secundarium restitutorium*, quindi non appena, dopo l'emanazione dell'*interdictum primum*, il possessore di fatto ha cominciata l'omissione dei *cetera ex interdicto*. Come è agevole intendere, il fatto del *dolo malo desuisse habere* sarà per lo più negato: certamente è l'impetrante, che deve provarlo.

Viceversa l'impetrato, che non possiede, vien dalla semplice omissione dei *cetera ex interdicto* obbligato a non molestare per l'avvenire l'impetrante nel suo possesso <sup>6)</sup>. Se invece nemmeno l'impetrante possiede il fondo controverso, il *secundarium prohibitorium* è per lui senza oggetto, e per conseguenza disadatto ad obbligare l'impetrato. Perciò, ove il possesso dell'impetrante già non consti, la forza obbligatoria del *secundarium prohibitorium* dipende dalla prova di questo possesso <sup>7)</sup>.

Precisamente in questo punto appare manifesto, come sia fatale il ritenere il *secundarium* un comando incondizionato. Imperocchè allora si deve per questo caso o ammettere parimenti un tale interdetto purificato, o negare affatto, che possa aver luogo un *secundarium*. Al

<sup>4)</sup> GAIO, IV, 170: — *sive possideat restituat adversario possessionem*. — KAPPEYNE, loc. cit., pag. 168.

<sup>5)</sup> L. 157 § 1 D. *de R. I. L.*, 17. Vedi infra § 1837 num. 58 alla nota 19.

<sup>6)</sup> GAIO, l. c.: *sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat*.

<sup>7)</sup> KAPPEYNE, loc. cit., pag. 175 e 178. — GÖPPERT, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Rivista critica trimestrale di legislazione e scienza del diritto), Vol. XIV pag. 546.

primo partito si attiene il DEMELIUS <sup>7 a)</sup>; egli afferma, che contro l'*indefensus* si doveva ottenere ciò, che si sarebbe conseguito col vincere il processo: e cioè che l'attore risultava *neq vi neq clam neq precario possidens*, ed era protetto come tale. Senonchè, anche se l'omissione dei *cetera* potesse valere come mancata *defensio*, non se ne potrebbe mai trarre quella deduzione. Nessuna sentenza infatti ha potere di render senz'altro possessore colui, che non possiede <sup>7 b)</sup>.

<sup>7 a)</sup> *Die Confessio*, pag. 171 nota 1.

<sup>7 b)</sup> Anche il paragone fatto dal KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 99 segg. e approvato dal RUDORFF, *zu Puchtas Institutionen* (Note alle Istituzioni del PUCHTA), § 169 nota 1. con l'*interdictum Quem fundum* contro l'*indefensus possessor* nella *rei vindicatio* provverebbe tutt'al più, che nell'*Uti possidetis* l'*indefensus* perde dal canto suo il diritto derivante dal suo possesso, — e non che l'impetrante, che non possiede, anche allorquando l'impetrato non possiega, debba considerarsi di fronte a questo come possessore. E quando il DEMELIUS crede di eliminare la prova contenuta nelle parole di GAIO, IV, 170 (nota 6) affermando, che con esse è soltanto detto « che deve esser vietata la violenza contro lo stato di possesso », — pare ch'egli dimentichi, che può concepirsi una violenza contro uno stato di possesso, solo dove appunto un tale stato di possesso esista. La L. 52 § 2 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2 da lui citata (*Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri*) parla solo di un divieto della *vis* contro un impetrante, che vuol prender possesso di fatto, in altri termini di un divieto, di cui indispensabile presupposto è appunto quell'*ingredi*, come nel nostro caso è il *possidere* dell'impetrante. Erra il LENEL, *Ed. perp.* pag. 380 sotto il num. 1 in fine (d'accordo in sostanza col RUDORFF, Aggiunta num. 58 al *Recht des Besitzes* (Diritto del Possesso), del SAVIGNY, pag. 636: « per la coazione ai *cetera ex interdicto* ») là dove riferisce quel passo al « tenore restitutorio-proibitorio » degli *interdicta secundaria*. Certamente questi interdetti avevano a seconda dei casi un tenore o restitutorio o proibitorio (vedi infra alla nota 8 seg.); e a nessuna di queste due forme risponde l'interdetto, di cui è menzione in quel passo. Questo infatti continua: *statim enim cedere adversarium et vacuum relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere*; l'interdetto proibitorio, di cui qui si parla, protegge dunque il non possessore, che giusta l'autorizzazione del magistrato s'impadronisce del possesso altrui in forza di un procedimento unilaterale, mentre il *secundarium prohibitorium* presuppone, che l'impetrante abbia il possesso; il *secundarium restitutorium* poi costringe, è vero, il terzo possessore a consegnare il possesso all'impetrante, ma non permette a quest'ultimo d'impadronirsi da sé del possesso (cfr. infra § 1838 e num. 105 dopo la nota 79). Il RUDORFF, loc. cit., osserva incidentalmente, che potrebbe trattarsi di un interdetto proibitorio dato a rinforzo dell'interdetto restitutorio *Quod legatorum*. Ma la circostanza, che VENULEIO ha trattato di quest'ultimo interdetto nel medesimo libro (*Frammenti Vaticani* 90), dal quale è tolta la L. 52, rende poco plausi-

L'altra via è scelta dal MEISCHIEDER <sup>7c)</sup> e, a quanto sembra, dal WACH <sup>7d)</sup>, i quali opinano, che se il convenuto impugna il possesso dell'attore, senza avanzarne egli stesso la pretesa, l'*interdictum primarium*, formalmente bilaterale, viene emanato in realtà con effetto unilaterale. Non v'è bisogno di un'apposita confutazione di questa opinione già per questo motivo, che essa è inconciliabile con la dottrina di GAIO (IV, 170), secondo la quale ha luogo senza distinzione un *secundarium*, non appena una parte ometta i *cetera ex interdicto primario* <sup>7e)</sup>. Del resto è anche evidente, che per l'impetrante possessore una *sponsio ex primario* sarebbe stata senza scopo reale. La sentenza su questa sponsione avrebbe dovuto dipendere dalla prova da parte dell'attore possessore del *possessionem ad se pertinere*. Ora

---

bile l'esistenza di un tale interdetto, di cui non si ha nel resto traccia. Vi sono maggiori indizii per l'interdetto, che viene accordato dopo lo spirare di una *missio* contro il *missus*, che persiste nella detenzione senza averne più il dritto (L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.*, XXV, 5. L. 11 D. *ut legal.*, XXXVI, 3. L. 40 D. *de solut.* XLVI, 3). Però riguardo a questo non solo si parla sempre di un *decedere* o *discedere* dell'impetrato, ma non può nemmeno riferirsi all'impetrante nè l'*induci in possessionem* nè l'*ingredi*. Perciò noi supponiamo, che si tratti piuttosto di un interdetto a tutela di una *missio*, che dia all'immesso la *vacua possessio*, cioè a tutela per es. della *missio ex secundo decreto damni infecti nomine*, o forse a tutela della *missio del plus licitans*, che non possiede, nella *fructus licitatio*. Vedi infra § 1838 e num. 94 nota 2 c. La prima ipotesi è già stata fatta da GUSTAVO LENZ, *Das Recht des Besizes und seine Grundlagen* (Il diritto del possesso e le sue basi), pag. 174 segg. Senza ragione la dichiara inammissibile il RUDORFF, loc. cit., a causa della L. 18 § 15 (non 25) D. *de damn. inf.* XXXIX, 2 e della L. 4 §§ 2-4 D. *ne vis fiat*, XLIII, 4. Cfr. BURCKHARD, *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX titolo 2, § 1680 (testo tedesco lib. XXXIX parte II pag. 574 segg.). — Cfr. sulla L. 52 § 2 cit. nel suo insieme WENDT, nei *Jahrbücher für Dogmatik* (Annali di dogmatica), vol. XXI (Nuova serie vol. IX) pag. 308 segg. — PININSKI, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht* (L'elemento di fatto dell'acquisto del possesso delle cose nel diritto comune), vol. I pagina 34 nota 1.

<sup>7c)</sup> *Besitz und Besitzrecht* (Possesso e diritto del possesso), pag. 437.

<sup>7d)</sup> *Zusatz zu v. KELLERS römischen Civilprozess* (Aggiunta alla Procedura civile romana del KELLER), nota 1129.

<sup>7e)</sup> Mi riesce affatto incomprensibile, come voglia il WACH, loc. cit., distruggere la forza probante di questo passo con l'osservazione, che si può immaginare una *vis ex conventu* unilaterale. Cfr. del resto anche sopra § 1836 a num. 42 nota 11 pag. 182 (ediz. ted. pag. 242 seg.).

quale interesse ha colui, che ha la cosa, ad essere ammesso a questa prova? quale interesse ha l'avversario a promuoverla, una volta che questi riconosce di non aver alcun diritto al possesso e per conseguenza ai *secutoria iudicia*? Sia che l'attore riesca o no a provare il suo possesso, nulla muterà nel rapporto delle parti tra loro. Il procedimento sulla *sponsio* semplice, ove il (possessore) vi comparisca come attore, sarebbe stato senza oggetto, sarebbe stato una scommessa fatta per burla e per talento di contendere <sup>7 f)</sup>.

Giusta il sin qui detto il tenore dei *secundaria* può dunque suppersi all'incirca così:

*Quas aedes, q. d. a., ab illo possides dolo malo fecisti, quo minus possideas, eas illi restituas.*

*Uti eas aedes, q. d. a. ille possidet, quo minus ita possideat, vim fieri veto* <sup>7 g)</sup>.

È di per sè evidente, che l'impetrato, che non possiede, non eseguendo i *cetera ex interdicto primario*, tanto se il possesso dell'avversario sia certo o no, non può sottrarsi al *secundarium prohibitorium*. Potrebbe invece a bella prima sembrare incomprensibile, perchè l'impetrato, che possiede l'oggetto della lite, nel medesimo caso non lo ceda spontaneamente, ma aspetti l'emanazione del restitutorio. Però qui non v'è in realtà nulla di strano, per lo meno in tutti quei casi, nei quali l'impetrante deve ancora fornir la prova del suo antico possesso; e del pari quando il *secundarium restitutorium* contro il presunto *dolo desinens possidere* deve ricevere ancora il suo fondamento con la dimostrazione di questo dolo. Ed anche allorquando già consti l'esistenza dell'obbligo di restituzione da parte dell'impetrato, un disaccordo delle parti circa il contenuto e l'estensione di questo dovere può rendere sommamente desiderabile una decisione dell'autorità giudiziaria.

Nel nostro caso l'impetrante ottiene in seguito all'*Uti possidetis* il *secundarium* come interdetto proibitorio, o come restitutorio, secondochè egli possiede o no il fondo controverso. Il KAPPEYNE <sup>8)</sup> ri-

<sup>7 f)</sup> KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 175 seg.

<sup>7 g)</sup> Nello stesso modo KAPPEYNE, loc. cit., pag. 174.

<sup>8)</sup> *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 173. Vedi anche pag. 170.

tiene, che là dove appariva principalmente indicato il *restitutorium*, si ottenessero ambedue i *secundaria* insieme, e che l'impetrante non potesse mai fare a meno del *prohibitorium*, nè quando egli aveva avuto il possesso fin dal principio, nè quando aveva dovuto farselo rendere dall'avversario. Ma essendo anche in quest'ultimo caso certo, che l'impetrato non può più far valere di nuovo il fatto, che al momento dell'emanazione dell'*interdictum primum* egli stesso aveva diritto alla tutela spettante al *iustus possessor* <sup>9)</sup>, l'impetrante non ha bisogno del *secundarium prohibitorium* per respingere usurpazioni del suo possesso, che sono in contraddizione con l'esclusione dell'impetrato dal far valere quel fatto. Anche quando l'*interdictum primum* è stato svolto come *iudicium duplex*, la forza di cosa giudicata della decisione pronunciata impedisce alla parte soccombente di tornar di nuovo sulla *iusta possessio*, circa la quale la sentenza ha statuito contro di lei: essa deve lasciar indisturbato l'avversario nel suo possesso, a meno che non gli riesca di distruggere il risultato dell'interdetto per mezzo di un'azione petitoria. Contro future turbative poi del possesso spettante al vincitore certamente non serve un *prohibitorium secundarium*, o altro interdetto simile, ma una nuova domanda dell'ordinario *Uti possidetis primum*. Se ora colui, che è rimasto soccombente la prima volta nell'applicazione del medesimo interdetto, tenta di provocare mercè regolare esecuzione dei *cetera* una nuova decisione sulla *iusta possessio*, gli si oppone la forza di cosa giudicata della prima decisione: egli soggiacerà quindi di nuovo alla grave condanna in base del *primum*. E se prevedendo questo esito sfavorevole non eseguisce i *cetera*, si espone ora, cioè in seguito alla nuova domanda dell'*Uti possidetis primum*, al *secundarium prohibitorium*. Anzi un *secundarium prohibitorium* pronunciato a favore del vincitore in base alla forza di cosa giudicata della decisione del *primum* varrebbe, con un effetto eccedente quello della forza di cosa giudicata, anche ad escludere il diritto, che avesse il soccombente in forza di un posteriore acquisto del possesso, allorchando il vincitore rinunciasse di nuovo ad appropriarsi il possesso, sia pure *iniuste*. Lo stesso avviene pel possesso acquistato in forza del *secundarium re-*

<sup>9)</sup> Cfr. KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 102 seg.



*restitutorium*. L'*Uti possidetis* ordinario assicura il vincitore contro future turbative da parte dell'avversario vinto; se questi tenta di far valere nel *iudicium duplex*, svolto da questo secondo *Uti possidetis*, quelle pretese al possesso, che sono rimaste escluse una volta per sempre con l'omissione dei *cetera* nel primo *Uti possidetis*, esso troverà l'opposizione di una eccezione basata su questi precedenti, a somiglianza dell'eccezione della cosa giudicata. Difatti interpretando senza alcuna prevenzione le parole di GAIO IV, 170 se ne desume soltanto, che veniva emanato o il *restitutorium* (*sive possideat, restituat adversario possessionem*) o il *prohibitorium secundarium* (*sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat*).

Il KAPPEYNE <sup>9a)</sup> finalmente fa ancora la domanda: per quanto tempo la parte, contro la quale era accordato l'interdetto secondario veniva privata della facoltà di domandare di nuovo dal canto suo l'interdetto primario? E risponde: « Probabilmente finchè il secondario non fosse estinto per prescrizione, a meno che circostanze speciali non giustificassero, *causa cognita*, una norma diversa ». Ci sembra di poter consentire in tale opinione, riferendo però la prescrizione al diritto di domandare la sponsione *ex interdicto secundario reddito* e di esercitare un'azione in base a tale sponsione <sup>9b)</sup>. Invece non vediamo, perchè dovesse prescriversi il diritto di impetrare il *secundarium*, quando l'avversario non aveva eseguito i *cetera ex primario* <sup>9c)</sup>; e ciò anzi non solo rispetto al *prohibitorium*, ma anche rispetto al *restitutorium*. Dunque fintantochè malgrado l'omissione dei *cetera* da parte di uno dei contendenti l'altro non ha domandato il *secundarium* opportuno, il primo non può, a parer nostro, domandare un nuovo *primarium*.

55. Secondo l'esposizione del KAPPEYNE <sup>10)</sup> il *secundarium restitutorium* ha luogo nell'*Uti possidetis* in tre classi di casi:

1.<sup>a</sup> L'avversario, che ha il possesso in seguito alla sua *plus licitatio*, non eseguisce gli ulteriori *cetera ex interdicto*;

<sup>9 a)</sup> Loc. cit., pag. 180.

<sup>9 b)</sup> Cfr. infra § 1837 b num. 77 dopo la nota 22.

<sup>9 c)</sup> Cfr. ivi num. 81 alla nota 62.

<sup>10)</sup> *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 168 segg.

2.<sup>a</sup> il possessore giuridico ha ottenuto l'*Uti possidetis* contro un individuo, il quale, a detta sua stessa, è soltanto detentore del fondo controverso, e, almeno secondo l'affermazione dell'impetrante, lo detiene per costui;

3.<sup>a</sup> colui, che possiede *iniuste* dall'avversario, ricusa di sperimentare il procedimento *ex interdicto primario*.

Su questi casi di applicazione vi sono ancora da fare le seguenti osservazioni particolari.

1.<sup>a</sup> classe. — Il *plus licitans*, come vedremo più avanti <sup>11)</sup>, otteneva il possesso dell'oggetto della lite, solo allorchando aveva prestato la relativa *satisdatio*. La parte dei *cetera ex interdicto*, a cui ora andava incontro, era la stipulazione delle sponzioni. Potendo questa aver luogo soltanto nel *rerum actus*, se egli non l'eseguiva dando così luogo al *secundarium*, ritardava il disbrigo della causa fino a quell'epoca. Sarebbe quindi affatto consono con noti istituti del diritto romano, che egli, oltrechè al pieno risarcimento di danni, che gli vien intimato per mezzo del *secundarium restitutorium*, dovesse sottostare ancora al pagamento di una pena speciale <sup>12)</sup>; e un mezzo acconcio a tal uopo avrebbe potuto offrirlo la *fructuaria stipulatio*. Il KAPPEYNE <sup>13)</sup> difatti ammette, che in seguito all'omissione degli ulteriori *cetera*, quella cauzione venisse pagata. Però GAIO IV, 166 dice di essa:

*cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat —;*

e questa *pronuntiatio*, giusta la susseguente trattazione, monca ma sufficientemente intelligibile rispetto alla nostra questione, è emanata in base di un procedimento per sponzione, nel quale *iudex requirit, uter eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit*. Perciò è pur sempre dubbio, che il KAPPEYNE abbia ragione nello scorgere nell'emanazione del *secundarium restitutorium* un equivalente del *de possessione pronuntiare*. Certo non parla a favore della sua opinione il fatto,

<sup>11)</sup> Vedi infra § 1838 c num. 94 alla nota 2 c.

<sup>12)</sup> Vedi infra § 1838 d num. 99 alla nota 7.

<sup>13)</sup> Loc. cit. pag. 169.

che, chi si sottrae in un altro modo al procedimento *ex interdicto primario* con l'omissione dei *cetera*, non soffre altro danno, se non di esporci al *secundarium*; così segnatamente il *minus licitans*, che ricusa di stipulare le sponzioni per l'espletamento dell'*interdictum duplex*, sebbene egli cagioni con ciò un uguale ritardo nel disbrigo dell'affare.

2.<sup>a</sup> classe. — Il *secundarium restitutorium* del possessore giuridico contro il suo detentore può aver luogo in quattro modi.

a) Il detentore, il quale, a detta del possessore giuridico da lui riconosciuto come tale, non ha alcun diritto a ritenere più a lungo la cosa affidatagli, per es. il conduttore dopo la presunta estinzione del rapporto di locazione, ricusa purtuttavia di rendere la cosa; il possessore giuridico in luogo dell'azione derivante dal contratto si serve dell'*Uti possidetis* come azione di evacuazione forzata. Il detentore, che fonda il suo rifiuto di restituire la cosa sull'affermazione, che il rapporto, che gliene conferisce la detenzione, non è ancora finito, o sull'affermazione di un diritto di ritenzione, com'è agevole comprendere, non aderirà a seguire i *cetera ex interdicto*. Il risultato del *secundarium restitutorium*, che sarà ora demandato contro di lui, dipende unicamente dalla decisione del giudice sulla ragione del suo rifiuto. Per provocare una tale decisione occorre senza dubbio inserire una apposita *exceptio* nell'interdetto <sup>14)</sup>, oppure, se la ragione del rifiuto era sorta solo dopo l'emanazione dell'interdetto, nella *sponsio ex interdicto* o nell'*actio* derivante da questa *sponsio* <sup>15)</sup>.

Del resto questo caso addotto dal KAPPEYNE richiede, perchè sia completo, un'aggiunta essenziale. Infatti rispetto al *secundarium restitutorium* accanto a chi ricusa di rendere la detenzione a cagione di un diritto di obbligazione, che egli vanta verso il possessore giuridico, bisogna porre colui, che afferma di esercitare con la sua detenzione la *quasi-possessio* di un diritto reale — a meno che per questa *iuris quasi-possessio* non dovesse risultare come forma di pro-

<sup>14)</sup> Arg. L. 3 § 3 D. *uti poss.*, XLIII, 17 (vedi infra sotto la lettera c prima della nota 22). Invece nel caso della L. 20 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2 e della L. 12 D. *de vi*, XLIII, 16 non v'è bisogno di una *exceptio* contro l'interdetto *Unde vi*: la *iusta et rationabilis causa non reddendi* esclude la *vis* del detentore.

<sup>15)</sup> Vedi infra § 1838 b num. 91.

cedimento acconcia un *Uti possidetis utile* tra lui e il *corporis possessor*. Tal'è il caso, come abbiamo veduto sopra <sup>16)</sup>, del quasipossesso delle servitù personali, che conferiscono la detenzione del fondo, semprechè il *corporis possessor* abbia avuto di fatto il godimento del fondo controverso fino all'acquisto, da lui dichiarato vizioso, del quasipossesso da parte dell'avversario. L'*exceptio* contro il *secundarium* del *corporis possessor* sarebbe quindi stata la via indicata segnatamente pel *quasi-possessor* di una *superficies* <sup>17)</sup>. E difatti la troviamo designata nella

L. 3 § 7 i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17 (ULPIAN. lib. LXIX *ad ed.*):  
*dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita POMONIUS quoque probat* <sup>18)</sup>.

Lo stesso deve ammettersi pel caso, in cui di fronte alla *quasi-possessio* di una servitù personale implicante detenzione il *corporis possessor*, che dichiara *iniusta* questa *quasi-possessio*, non può allegare un proprio *uti frui* del fondo controverso <sup>19)</sup>, e per conseguenza la lite circa il possesso tra lui e il *iuris quasi-possessor* non può esser definita per mezzo di un *Uti possidetis utile*.

b) Colui, al quale è stata affidata la detenzione del fondo controverso, impugna la validità del rapporto giuridico, che fonda la detenzione, affermando di essere egli stesso proprietario del fondo. Certo, ove si possa provare tale affermazione, quel rapporto giuridico si addimosta nullo. Purtuttavia questa questione non può venire

<sup>16)</sup> Vedi sopra § 1836 *b* num. 50 pag. 212 seg. (ediz. ted. pag. 283 seg.).

<sup>17)</sup> Così pure pel *iuris quasi-possessor* del *ius in agro vectigali*.

<sup>18)</sup> KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 104, 106. — MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e sua tutela), pag. 437 segg. Di diversa opinione è il DEGENKOLB, *Platzrecht* (Diritto di superficie), pag. 67: egli spiega il *tueri superficiarium* con la concessione dell'*interdictum de superficie*, che il superficiario sarebbe stato costretto a impetrare, per affermare il quasipossesso di fronte alla *corporis possessio*. Cfr. invece anche infra sotto la lett. *c* in fine pag. 235 (ediz. ted. pag. 314).

<sup>19)</sup> Per es. perchè egli aveva prima fatta tenere la cosa in detenzione da un usufruttuario da lui riconosciuto, e dopo la morte di costui un terzo si era impadronito della detenzione come presunto usufruttuario. MEISCHEIDER, loc. cit., pag. 438.

inclusa nella lite sul possesso: è fuori discussione, che la condizione di fatto del fondo controverso è stata fondata da un atto bilaterale, il quale, abbia del resto o no effetti giuridici, ha manifestato senza dubbio la volontà del possessore giuridico di dare a colui, che riceve il fondo, la sola detenzione, e così pure la corrispondente volontà di quest'ultimo di acquistarne solo la detenzione e di acquistarla per l'altra parte. Quella convenzione, ancorchè non valida a fondare un rapporto di obbligazione, è la *causa*, in virtù della quale colui, che ha ricevuto il fondo, ne ha ottenuto di fatto la *possessio*, o per dir meglio la *detentio*. *Nemo autem causam possessionis sibi ipse mutare potest* <sup>20)</sup>. Perciò il detentore deve frattanto restituire il possesso di fatto <sup>21)</sup>. Se egli s'impegna nel procedimento derivante dall'*interdictum primum*, rimarrà perditore; se, prevedendo quest'esito, tralascia i *cetera ex interdicto* senza soddisfare l'impetrante con la restituzione del fondo, questi lo costringerà ora col *secundarium restitutorium* a tale restituzione.

A questi due casi di applicazione del *secundarium restitutorium* contro il proprio detentore adottati dal KAPPEYNE dobbiamo aggiungere altri due.

o) Il disaccordo tra il possessore giuridico e il suo detentore autorizzato al godimento della cosa si riferisce unicamente alla delimitazione delle loro rispettive facoltà di disporne. Il detentore, com'è facile intendere, non s'impegna nella procedura dell'*Uti possidetis*, e nel *secundarium restitutorium* oppone a mo' d'eccezione la sua facoltà di godere della cosa. Il possessore giuridico, il quale non contesta tale facoltà in sè, ma afferma soltanto, che essa non ha l'ampiezza, in cui vuol farla valere il detentore, ha bisogno di una replica in questo senso. Quindi se l'*exceptio* per esempio del conduttore è con-

<sup>20)</sup> Il KRÜGER nella sua ediz. del Codice suppone, come qui si vede, non senza una ragione intima, che la proporzione finale della L. 23 Cod. *de loc.* IV, 65: « *nemo enim sibi iure possessionem mutare potest* », sebbene anche i BASILICI la citino alla L. 23 cit., vada posta alla fine della L. 25 *eod.* (vedi la nota seguente).

<sup>21)</sup> L. 25 Cod. *de loc.* IV, 65 (DIOCLET. et MAXIM. 293): *Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare.*

cepita a un dipresso così: *si non eae aedes Numerio Negidio locatae sunt* —, la replica del locatore dovrebbe dire: *aut si Aulus Agerius Numerium Negidium non prohibet, ne secundum legem locationis habitet, sed ne possideat*. Questo è il caso della L. 3 § 3 D. *uti poss.* LXIII, 17 (ULPIAN. lib. LXIX *ad ed.*):

*Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aequè competere interdictum Uti possidetis placuit, testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret*<sup>22</sup>).

E così pure la L. 3 cit. § 7 i. f. (v. sopra pag. 233) (Ediz. tedesca pag. 310 seg.) va riferita a un caso simile.

d) Com'è noto anche il possesso esercitato per mezzo di un detentore si estingue con la morte del possessore giuridico; l'erede di quest'ultimo deve acquistarlo di nuovo per sè<sup>23</sup>). Per tale acquisto del possesso da parte dell'erede è necessario, che egli si presenti al detentore come erede dell'antico possessore giuridico, e ne sia riconosciuto come tale: così vien fondato tra lui e il detentore un nuovo rapporto di rappresentanza concernente la continuazione del possesso esercitato per mezzo di quest'ultimo. Ora non solo un tal contratto di rappresentanza può esser concluso soltanto sotto la espressa condizione « se il presunto erede dell'antico possessore di-

<sup>22</sup>) Possiamo qui dispensarci dal vedere, se e fino a qual punto queste parole siano interpolate. Il KIPP, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im römischen Civilprocess* (La denuncia della lite come formà di introduzione del processo nella procedura civile romana), pag. 62 seg. nota 33, spiega il *testari* in questo passo, nello stesso modo che il *protestari* della L. 1 § 4 D. *quod legat.*, XLIII, 3 come una « dichiarazione fatta *in iure* nell'intentare l'azione », nel senso del diritto giustiniano come una riserva nell'atto scritto dell'azione. Quest'ultima spiegazione mi sembra giusta; in sostanza questa riserva è una replica anticipata. Invece non saprei dire, come la dichiarazione *in iure*, di cui parla il KIPP, avrebbe potuto avere effetto per la procedura interdittale del diritto classico nel caso della L. 3 § 3 cit., che è il solo che ci importi, altrimenti che nel modo indicato nel testo: essa, a mio parere, non era compresa nella formula dell'*Uti possidetis primum*; e in quella del *secundarium* solo in quanto l'impetrato opponendo una *exceptio* offriva l'occasione di adoperarla come replica. — Cfr. in proposito WENDT, *Das Faustrecht u. s. v.* (Il diritto di difesa privata, ecc.), nei *Jahrbücher* (Annali) di IHERING, volume XXI (Nuova serie vol. IX), § 19 pag. 231-248.

<sup>23</sup>) L. 30 § 5 D. *de a. v. a. p.*, XLI, 2.

mostrerà d'esserne realmente l'erede »; ma questa condizione appunto deve anzi ritenersi sottintesa. In altri termini l'erede dell'antico possessore giuridico, nonostante quella convenzione col detentore, può domandare la restituzione del possesso solo quando dimostri la sua qualità di erede. Il detentore, che la impugna, non vorrà naturalmente impegnarsi nei *cetera* dell'*Uti possidetis* ottenuto contro di lui; e di fronte al *secundarium restitutorium* esigerà la prova suddetta. Ed infatti consegnando il fondo senza essere stato condannato a farlo in base a questa prova, si renderebbe responsabile verso colui, che più tardi riuscisse a dimostrarsi vero erede dell'antico possessore: questi potrebbe citarlo in giudizio, a seconda delle circostanze, o con l'azione derivante dal contratto di obbligazione, in base al quale il defunto gli aveva affidata la detenzione, o in forza della *cautio usufructuaria*, che egli ha prestato al defunto.

È di per sé chiaro, qual grande errore sarebbe l'attribuire qui all'omissione dei *cetera ex interdicto* l'effetto di un completo riconoscimento della pretesa dell'avversario <sup>24)</sup>.

3.° Questo caso può concepirsi non soltanto facendo l'ipotesi, che colui, che possiede *iniuste* dall'avversario, non comparisca al procedimento del *primarium* ottenuto dall'avversario — ma anche supponendo, che egli abbia ottenuto dal canto suo l'*Uti possidetis primarium*, e poi non ne domandi lo svolgimento.

Pel rimanente i requisiti di questo caso non esigono alcuno schiarimento. Esso è come il ponte d'oro, pel quale l'*iniustus possessor* può sfuggire alla *magna alea* dell'*interdictum duplex*, rimanendo impunito, o tutt'al più, ove egli omettesse di domandare un *arbiter*, con l'ammenda di una semplice *sponsio poenalis*.

Abbiamo già veduto <sup>25)</sup>, come anche in questo caso possa divenir necessario per l'impetrante del *secundarium*, il dimostrare il suo antico possesso. Ciò avviene, allorquando l'impetrato contesti, che il terzo, dal quale egli ha acquistato il possesso, sia stato detentore dell'impetrante. E precisamente allora potrebbe darsi, che l'impetrato si sentisse allettato a sperimentare la procedura *cum sponsione* pericolosa anche pel suo avversario.

<sup>24)</sup> Cfr. sopra num. 54 pag. 223 seg. (ediz. ted. pag. 298).

<sup>25)</sup> Vedi sopra num. 54 pag. 223 seg. (ediz. ted. pag. 298).

4.° Finalmente bisogna aggiungere un'ultima classe di casi, di cui non parla il KAPPEYNE: quelli cioè nei quali l'impetrato compare come detentore di un terzo, mentre l'impetrante non vuol riconoscere nè lui come proprio detentore (caso 2 d) nè il terzo come *iuste a se possidens*.

Tra questi va annoverato il caso, in cui l'impetrato solo come rappresentante di un terzo ha acquistato per costui il possesso del fondo da lui detenuto, e l'ha acquistato in un modo, che l'impetrante impugna come vizioso di fronte a sè. Dipoi il caso, in cui il terzo ha ceduto un fondo disabitato alla detenzione dell'impetrato, e l'impetrante attacca gli atti di esercizio di costui come viziosi di fronte a sè. Non credo sia da porre in dubbio, che in questi due casi l'interdetto *retinendae possessionis* possa formalmente aver luogo anche contro il detentore. Ben potrebbe apparire però non del tutto indiscutibile, che un tale interdetto spetti all'antico possessore anche contro il detentore di un fondo abitato, la cui detenzione sia stata a questo trasmessa dal possessore giuridico dopo il suo acquisto, che si afferma illegale, del possesso dall'impetrante. Infatti com'è certo, che questo possessore giuridico sottostà all'*Uti possidetis* di colui, a quo *iniuste possidet*, così è d'altra parte indubitato, che il terzo, che acquista poscia da lui il possesso giuridico, non è esposto all'interdetto *retinendae possessionis* dell'antico possessore, perchè non possiede *iniuste* di fronte a quello. E si può ammettere, che nella stessa posizione si trovi anche il detentore dell'*iniustus possessor* di fronte a colui, da cui quest'ultimo possiede *vitio*. Però non bisogna perder di vista, che quell'*iniustus possessor* si sottrae all'*Uti possidetis* con la trasmissione del possesso giuridico a un'altra persona, ma non coll'affidare la semplice detenzione a un terzo: questi non vien preso in considerazione, che come suo rappresentante nell'esercizio del possesso. Da ciò risulta nello stesso tempo, che di fronte all'antico possessore giuridico la detenzione del rappresentante è affetta dallo stesso vizio, che è inerente al possesso dell'*iniustus possessor*. Nè questa deduzione è infirmata dal fatto, che il detentore del *pro herede* o *pro possessore possidens* non sottostà all'*hereditatis petitio* esperibile contro il suo principale<sup>21)</sup>. Perocchè di fronte a questa azione

<sup>21)</sup> L. 13 § 12 D. *de h. p.*, V, 3. Vedi FRANCKE, *Exegetisch-dogmatischer*



tutto dipende dal titolo del possesso del convenuto, cioè dalla causa di fatto, in forza della quale egli possiede: e questa è pel detentore costituita dal rapporto tra esso e il principale, che ha dato origine alla detenzione, indipendentemente dal titolo del principale. Invece l'*Uti possidetis* di colui, che in realtà non possiede, presuppone soltanto, che il possesso dell'avversario sia vizioso di fronte a lui: e questo è anche il caso pel detentore dell'*iniustus possessor*, posto che esso non faccia che esercitare il possesso di quest'ultimo. Certo in pratica difficilmente l'antico possessore attaccherà con l'*Uti possidetis* il detentore dell'*iniuste a se possidens*, fintantochè egli non sappia bene, se quello non sia per avventura *possessor suo nomine*; e se poi sa, che è semplicemente detentore, dirigerà di regola l'interdetto non contro di lui, ma contro il suo principale. Ciononostante nel diritto classico l'assenza di quest'ultimo, che lo sottraeva alla possibilità di esser citato in giudizio, poteva essere uno stringente motivo di citare invece il suo detentore come tale; e questi allora non aveva ancora facoltà di sfuggire all'obbligo della difesa mercè la *laudatio auctoris*.

Ora quando l'*Uti possidetis* fosse stato ottenuto contro il detentore di un terzo, non era lecito a un tale impetrato di impegnarsi nei *cetera ex interdicto*. Si procedeva per conseguenza al *secundarium restitutorium*. E in questo, come abbiamo già notato <sup>26 a)</sup>, incombe all'impetrante il dimostrare, che egli ha avuto il possesso giuridico dell'oggetto della lite, fino a quando gli è stato sottratto *vizio* dall'avversario o dal suo principale.

56. Se dopo l'emanazione dell'*Uti possidetis* quella parte, che non aveva il possesso di fatto del fondo controverso, tralasciava i *cetera ex interdicto*, all'avversario spettava il *secundarium prohibitorium*, purchè egli avesse dal canto suo il possesso di quel fondo.

È in seguito alla istituzione di quest'interdetto, che il diritto del possesso ha raggiunto il suo pieno sviluppo <sup>27)</sup>.

---

*Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione* (Commentario esegetico-dogmatico sul titolo delle Pandette *De hereditatis petitione*), pag. 172 segg. e pag. 341 seg.

<sup>26 a)</sup> Vedi sopra num. 54 alla nota 2<sup>a</sup> pag. 224 (ediz. ted. pag. 298).

<sup>27)</sup> Cfr. su quanto segue KAPPEYNE, loc. cit., pag. 173 segg.

Creato affinchè la ricerca, iniziata come *duplex iudicium*, per sapere, quale delle due parti meriti protezione di fronte all'altra come legittimo possessore, potesse esser condotta a termine anche nel caso, in cui la parte, che ha il possesso di fatto, si astenga dal dare la sua cooperazione indispensabile all'espletamento della procedura bilaterale, — il *secundarium prohibitorium* in virtù di uno svolgimento affatto naturale è divenuto il mezzo di tutela del possesso contro semplici turbative <sup>27 a)</sup>.

Senza dubbio sarebbe stato in potestà del pretore, il creare a tale scopo un interdetto a parte; e non è certo un'ipotesi troppo ardita il ritenere, che egli avrebbe realmente ciò fatto, se avesse voluto fin dal principio dirigere alla difesa contro semplici turbative la sua nuova creazione di un mezzo di tutela del possesso — se non esclusivamente, tuttavia di pari passo che alla decisione sull'*uter litigantium per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possiderit* <sup>28)</sup>. Invece egli si è acccontentato dell'artificiosa procedura, a cui poteva metter capo l'*interdictum duplex* istituito per quella decisione. Questo fatto può quindi servire a provare inconfutabilmente, che l'introduzione degli interdetti *retinendae possessionis* non mirava, almeno precipuamente, alla difesa contro semplici usurpazioni di fatto del possesso dell'attore.

Pur tuttavia doveva bentosto divenir di per sè manifesto, che tali interdetti rispondevano perfettamente anche a quello scopo. E ciò doveva avvenire non appena un impetrato, che non possedeva di fatto, subito dopo l'emanazione dell'*interdictum duplex* dichiarasse decisamente, che egli dal cauto suo non accampava alcuna pretesa a esser riconosciuto come possessore, e si aveva perciò senz'altro la certezza, che egli non eseguirebbe i *cetera ex interdicto*: qui ogni *quaerere uter possideat* era escluso fin dal principio; l'intera discussione s'aggirava semplicemente su di un divieto di future turbative del possesso dell'attore.

La limitazione della tutela del possesso contro semplici turbative a questa procedura apparentemente complicata tanto meno presen-

<sup>27 a)</sup> Vedi sopra § 1836 b num. 48 pag. 209 (ediz. ted. pag. 278 seg.).

<sup>28)</sup> GAIO, IV, 166 a.

tava degli inconvenienti, dappoichè questa importava con sè un ritardo solo in via eccezionale, quando in realtà essa serviva esclusivamente a quella tutela. Certo l'impetrato non poteva esser costretto a far conoscere immediatamente nella medesima udienza, in cui era stato pronunciato l'*interdictum primum*, se voleva o no sollevare da parte sua pretese al possesso mercè l'esecuzione dei *cetera*. Ma quando egli non pensava punto ad accampare tali pretese, coll'astenersi dal fare un'esplicita dichiarazione in proposito si sarebbe esposto senza necessità all'incomodo, in certi casi non piccolo, di essere poco dopo di nuovo citato *in ius*, per sentir pronunciare l'*interdictum secundarium*. Il suo stesso vantaggio doveva perciò indurlo a una dichiarazione di questo genere. E non appena aveva avuto luogo questa dichiarazione, nulla poteva opporsi all'immediata emanazione del *secundarium* nella medesima udienza <sup>29)</sup>.

Se allora in base al *secundarium prohibitorium* pronunciato l'impetrante afferma una *vis sibi possidenti adversus interdictum facta*, l'impetrato, come già sappiamo, non può contro l'azione derivante dalla *sponsio poenalis* stipulata su tale affermazione far richiamo alla viziosità del possesso dell'avversario e a un diritto, che in considerazione di tale viziosità egli medesimo accampa al possesso del fondo controverso. Secondo il KAPPEYNE <sup>30)</sup> invece non gli sarebbe punto preclusa la difesa: *feci, sed iure feci*, purchè il diritto, a cui egli fa richiamo, non sia il puro possesso. Ciò vuol dire, se bene intendo, che il conduttore potrebbe attribuirsi di proprio arbitrio la facoltà di disporre del fondo locato; che colui, che ha diritto a una servitù, e non si trova nella *iuris quasi-possessio*, sarebbe autorizzato, a usurpare impunemente il possesso altrui in base al suo diritto come tale. Se così fosse, non si saprebbe comprendere, perchè non dovrebbe esser permesso lo stesso al proprietario in forza della sua proprietà. Però salta agli occhi, che il KAPPEYNE travisa sostanzialmente la funzione della tutela del possesso: secondo lui questa tutela non spetta al possessore in forza del suo possesso, ma a ca-

<sup>29)</sup> Lo stesso vale naturalmente pel *secundarium restitutorium*. KAPPEYNE, loc. cit., pag. 179. Vedi infra § 1838 c num. 97 alla nota 67<sup>a</sup> seg.

<sup>30)</sup> Loc. cit., pag. 180.

gione dell'illegittimità dell'usurpazione dell'avversario. Ora, se è anzi allo stesso proprietario vietato di impadronirsi di proprio arbitrio del possesso della sua cosa ricusatogli non *'iniuste*, o di turbare tale possesso, — a quanto maggior ragione non sarà vietato a chi ha un *ius in re aliena*, o a chi ha solo un diritto di obbligazione personale, di fare di suo arbitrio atti di disposizione sul possesso altrui! Un atto di disposizione arbitrario del non possessore non conterrà una *vis* contro il *secundarium prohibitorium*, solo in quanto la *corporis possessio* dell'avversario è limitata dalla sua *iuris quasi-possessio*. Così non cade la *sponsio* pronunciata in seguito a questo interdetto quando per es. il *iuris quasi-possessor* di una servitù di passaggio passa pel fondo, che si trova nel possesso dell'avversario, mantenendosi entro i limiti dell'esercizio del suo diritto. Perocchè il divieto della *vis* si estende solo fin là, dove giunge l'*uti ille possidet*. E s'intende, che in generale non si può parlare di disposizione arbitraria allorquando l'atto, che viene attaccato come tale, è stato eseguito dietro l'autorizzazione dell'impetrante, — tanto se questa autorizzazione sia eseguita in base a un diritto accordato all'avversario, quanto se abbia avuto luogo come un 'permesso non implicante alcuna obbligazione

57. Si è ora generalmente diffusa l'opinione, che anche agli *interdicta simplicia*, per lo meno ai *prohibitoria*, tenessero dietro degli *interdicta secundaria* <sup>31)</sup>. Essa poggia sull'ipotesi, che di fronte all'*interdictum redditum* incombesse all'impetrato una difesa particolare, mancata la quale veniva pronunciato l'*interdictum secundarium*. Il DEMELIUS <sup>32)</sup> designa il contenuto di questa difesa con la sola espressione indeterminata *cetera ex interdicto facienda*; il BEKKER <sup>33)</sup> sembra la scorga nella conclusione della sponsione e restipulazione, senza però indi-

<sup>31)</sup> Il BEKKER, *Aktionen* (Azioni), vol. II pag. 53 seg. nota 5, ammette ciò anche per gli *interdicta exhibitoria* e *restitutoria*. Il DEMELIUS, loc. cit., pagina 169 segg., specialmente pag. 171 nota 2, solo per *prohibitoria*. E così il WACH, *Zu v. KELLERS römischem Civilprocess* (Note alla Procedura civile romana del KELLER), 6.<sup>a</sup> ediz. nota 873, e il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 323 nota 3.

<sup>32)</sup> Loc. cit., pag. 171.

<sup>33)</sup> Loc. cit., pag. 54.

carne l'oggetto; il WACH poi dichiara, che bisogna ritenere, che o la *vis* formale, o un formale *facere adversus edictum* equivalente a questa *vis*, abbia fatto parte di questa difesa obbligatoria, affermando, che nulla parli in contrario, anzi tutto parli a favore di questa supposizione; e qualche cosa di simile sembra sia la supposizione più o meno chiaramente consapevole degli altri due scrittori <sup>34)</sup>.

Già per la teoria da noi propugnata al num. 39 segg. non vi può esser dubbio sul nostro avviso riguardo a questa opinione. Ma anche astrazion fatta da quanto abbiamo ivi esposto sull'impossibilità di ammettere l'esistenza di quella *vis ex conventu* nell'*Uti possidetis*, noi crediamo di poter dimostrare, in diretta contraddizione col WACH, che nulla parla a favore, tutto contro quella difesa obbligatoria.

Contro l'errore di applicare ciò, che GAIO IV, 170 dice dei *cetera ex interdicto Uti possidetis* agli interdetti proibitorii in generale doveva innanzi tutto porre in guardia il fatto, già bene avvertito dal BEKKER <sup>35)</sup>, che GAIO fa menzione degli *interdicta secundaria*, che hanno luogo per l'omissione di quei *cetera ex interdicto* primario, solo là, dove parla dell'*Uti possidetis*. Infatti là solo egli dà la spiegazione: *interdicta, quae secundaria appellantur, quod secundo loco redduntur*: per conseguenza nella parte illeggibile, dove ha trattato della procedura in base agli *interdicta simplicia* a pag. 242 sq. del manoscritto veronese, non è stata fatta parola di *interdicta secundaria*. D'altra parte il senso del contesto mostra, che ciò, che di essi è detto, si riferisce esclusivamente all'*Uti possidetis*.

Un'altra ragione per limitare gli *interdicta secundaria* agli interdetti *retinendae possessionis* desume il BEKKER <sup>36)</sup> dalla circostanza, che in questi v'era un maggior numero di *cetera ex interdicto* da assicurare con gli *interdicta secundaria*, che negli altri *interdicta primaria*. Quest'argomento è rimasto senza influenza, perchè l'oggetto

<sup>34)</sup> Vedi segnatamente DEMELIUS, loc. cit., pag. 162 a metà: « il porre con l'emanazione del *vim fieri veto* condizionato il *confessus* innanzi alla *vis ex conventu*, alla *sponsio* e agli altri *cetera ex interdicto* ».

<sup>35)</sup> Loc. cit., pag. 54 nota 5: « A favore della restrizione sembra parlare il posto ad essi dato da GAIO, ecc. ». Vedi anche LENEL, *Ed. perp.*, pag. 360 nota 5.

<sup>36)</sup> Loc. cit., dopo le parole riferite alla nota 35.

della giusta osservazione, che esso in fondo contiene, è considerato da un falso punto di vista: non l'essere i *cetera ex interdicto* in maggior numero, ma la loro natura essenzialmente diversa è quello che ha qui un'importanza decisiva. Questa diversa natura sta in ciò, che negli interdetti *retinendae possessionis*, o meglio in tutti gli *interdicta duplicia*, per venire all'ulteriore svolgimento della procedura, ciascuna delle parti deve fare qualche cosa anche nella qualità di attore, aggressivamente, come provocatore. Se ciò non vien fatto da ambedue, il procedimento *ex interdicto duplici* resta interrotto. Ed è perchè la lite non può in generale rimanere così troncata, che subentra l'*interdictum secundarium* a mandarla innanzi, e non perchè questo debba servire di coazione ai *cetera ex interdicto*.

Appunto perciò è errato anche il ragionamento del BEKKER, che, poichè, com'è provato, la coazione degli *interdicta secundaria* appariva indispensabile alla pronunziazione della *sponsio* e della *restipulatio*, non è possibile, che i Romani, dopo aver trovato il mezzo di coazione per un caso, restassero a mezza strada, e lasciassero senza protezione altri casi, in cui si presentava lo stesso bisogno.

Negli *interdicta simplicia* difatti non si riscontra assolutamente alcun bisogno, che potesse condurre agli *interdicta secundaria*.

Per gli interdetti restitutorii ed esibitorii ciò risulta, a mio parere, dalle parole di GAIO IV, 165<sup>33a</sup>). Ivi è detto, che all'emanazione di un interdetto imperativo tien dietro la procedura ulteriore, sì quella *per formulam arbitrariam*, che quella *per sponsionem poenalem*, senza l'interposizione di un atto formale di difesa. Nell'udienza, in cui il pretore aveva emanato l'interdetto, l'impetrato non aveva bisogno di far niente altro, che ricevere l'interdetto o personalmente o per mezzo di un rappresentante da lui debitamente autorizzato. Egli aveva la facoltà di escludere la pericolosa procedura *per sponsionem*, domandando in quell'udienza un *arbiter*; se non faceva uso di tale facoltà, senza peraltro soddisfare alle pretese dell'impetrante, allora poteva aspettare tranquillamente, che questi lo invitasse presto o tardi alla *sponsio poenalis* sulla obbligatorietà dell'interdetto emanato e la inosservanza di esso. Solo con quest'invito cominciava per l'im-

<sup>36 a)</sup> Vedi infra § 1838 a num. 89 alla nota 2.

petrato l'obbligo alla difesa; la cooperazione necessaria da parte sua consisteva nell'acconsentire a stipulare la *sponsio* intimatagli dall'impetrante. L'invito, che egli doveva fare all'impetrante, ad obbligarsi di fronte a lui sulla sua restipulazione pel caso, che si verificasse l'ipotesi contraria, senza dubbio non formava che una parte inseparabile dell'adesione alla sponsione: sarebbe stato assurdo, che egli si fosse dichiarato pronto a stringere la sponsione, ma non la restipulazione. Se l'impetrato non aderiva a pronunciare la sponsione propostagli si esponeva alla *missio in bona* <sup>37)</sup>.

Qui non v'è alcun adito a un *interdictum secundarium*. Eppure, almeno secondo l'affermazione dell'impetrante, l'emanazione di un interdetto imperativo ha dato necessariamente luogo a un obbligo giuridico positivo dell'impetrato alla restituzione o all'esibizione. Gli interdetti proibitorii, invece non hanno nemmeno per effetto necessario un obbligo giuridico positivo; ciò avviene soltanto allorchando un tale interdetto sia pronunciato a motivo di uno stato di cose già da prima prodotto da un atto dell'impetrato, e la continuazione di tale stato di cose costituisca una *vis adversus edictum*, dimodochè esso debba esser fatto cessare, e il danno, che è stato eventualmente arrecato *post interdictum redditum* debba esser risarcito. Ma normalmente un interdetto di questa specie ha per effetto principale e necessario soltanto l'obbligo negativo dell'impetrato di astenersi da una *vis* contraria all'editto; l'emanazione dell'interdetto ha per lui lo stesso effetto, che ha una norma di diritto proibitiva dal momento, in cui va in vigore <sup>38)</sup>. Si può quindi ritenere, che, prima che l'avversario affermi, essere avvenuta una violazione del divieto dell'interdetto, non si può in generale parlare di una procedura ulteriore in base a un *interdictum prohibitorium redditum*, precisamente come non si può parlare per esempio di una procedura derivante dal divieto, riposto nella proprietà di un individuo per tutti gli altri, di violare questa proprietà, prima che venga affermata una tale violazione. Se realmente l'intenzione tanto dell'impetrante quanto del pretore interdicente era stata innanzi tutto, che l'impetrato a te-

<sup>37)</sup> Vedi infra § 1838 a num. 90 alla nota 50.

<sup>38)</sup> Cfr. infra § 1837 num. 60 e 61.

nore del divieto intimatogli nell'interdetto si astenesse da ogni atto contrario a tal divieto, ci è lecito ritenere, che ove la condotta dell'impetrato non dia alcun motivo ad affermare una violazione del divieto, ogni pretesa dell'impetrante sia pienamente soddisfatta <sup>39</sup>). Solo quando dopo l'emanazione dell'interdetto veniva fatto dall'impetrato qualche cosa, che l'impetrante prendeva ad impugnare in giudizio come violazione del divieto, era dato motivo a una difesa dell'impetrato. Perocchè allora si doveva procedere innanzi ai giudici giurati a ricercare e decidere, se quel divieto fosse stato realmente violato. Riguardo all'obbligo alla difesa come tale doveva es-

---

<sup>39</sup>) Cfr. SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 249. BETHMANN-HOLLWEG, *Römischer Civilprocess* (Procedura civile romana, vol. II § 98 pag. 346 alla nota 7; pag. 370 seg. — Cfr. però WACH, nota 879 a su KELLERS *Römischer Civilprocess* (alla Procedura civ. rom. del KELLER), e infra § 1837 num. 60 alla nota 45 segg. Lo PFERSCHÉ, *Interdicti*, pag. 19, dice: « L'autore dopo l'emanazione dell'interdetto si trova nella più penosa situazione: la questione giuridica non è ancora definita, ed egli non sa ancora quale aspetto assumerà la situazione di fatto. Egli deve di nuovo esporsi alla resistenza del convenuto, forse a un conflitto violento, sol per poter cominciare veramente il process: ». Sventurato impetrante! « In generale (continua lo PFERSCHÉ), la protezione concessa con gli interdetti proibitorii è assai manchevole, anzi le turbative e le violazioni sembrano essere addirittura permesse prima dell'emanazione dell'interdetto ». Ma, a prescindere che spesso oltre al proibitorio v'è un interdetto restitutorio, che cosa impedisce all'interessato di domandare subito un interdetto proibitorio? « Il convenuto può impunemente impedire a chicchessia di godere della via o del fiume pubblico » (e su ciò nota 2: « naturalmente evitando gli attacchi personali, che costituiscono una iniuria »), « se l'altro non ha domandato un interdetto. Può affidare impunemente l'ordine del pretore nella immissione per rifiutata *cautio legatorum servandorum* o *damni infecti* » (ma la *missio* non è un ordine al detentore dell'oggetto dell'immissione, bensì un'autorizzazione data dall'impresso) « e tanto più a lungo, quanto più egli indugia a domandare l'interdetto ». Ma ha l'impresso bisogno di interporre tale indugio? È vero che lo SCHMIDT opina, che all'impresso sia qui permessa la violenza; senza dubbio però la violenza secondo l'opinione dominante (?) non sarebbe vietata al convenuto ». Senonchè il *vim vi repellere* è ammesso soltanto come repressione di attacchi *arbitrarii*; ora l'attacco dell'*immissus* avviene in forza dell'autorizzazione del pretore. « Questo sarebbe, a mia scienza, l'unico caso, in cui il diritto romano avrebbe permessa l'autodifesa contemporaneamente ad ambedue le parti in rapporti privati ». Dalla osservazione testè fatta si scorge come questo tentativo, di condurre *ad absurdum* l'opinione dominante, sia giunto esso stesso *ad absurdum*.



sere affatto indifferente, che l'impetrato negasse in generale l'atto *adversus edictum*, di cui gli era fatto carico, o che contestasse, che tale atto da lui ammesso fosse contrario all'interdetto, e per qualsiasi ragione, per esempio sia impugnando la legittimazione attiva dell'avversario, sia adducendo a sua difesa una *exceptio*, o dichiarando l'atto affatto innocuo: in tutti i casi il fatto imputatogli come contrario all'interdetto offriva la base voluta per la sponsione necessaria alla istruzione dei giudici giurati. Quale scopo poteva qui avere una *vis ex conventu*?

O era essa forse destinata, in un senso affatto opposto, ad evitare « che si potesse afferrare sulla strada il primo venuto e trascinarlo innanzi al pretore, per ivi domandare l'emanazione di un « interdetto proibitorio » senza andare incontro ad alcuna *poena temere litigandi*?<sup>40)</sup>. Ma se qualcuno, la cui legittimazione attiva fosse irrefragabile, avesse ottenuto un interdetto proibitorio, senza che dallo impetrato vi fosse stato dato motivo, per esempio un cittadino avesse ottenuto un interdetto popolare, è difficile che l'impetrato si sentisse spinto ad eseguire una *vis ex conventu*: egli avrebbe certo dovuto perdere senza scampo la sponsione, che giusta l'opinione da noi combattuta vi andava congiunta. E se ora, cioè non avendo luogo quella *vis* formale, fosse stato ripetuto l'interdetto « purificato » come *interdictum secundarium*, — quale protezione o quale soddisfazione avrebbe ciò procacciato all'impetrante per l'infondata citazione mosagli col *primarium*? È forse il bando, sotto il quale secondo l'opinione da noi difesa il *primarium* pone l'imputato, più insopportabile in qualsiasi minimo rapporto, che potesse esserlo quello del *secundarium*? Eppure un divieto espresso per legge continua certamente imprescritto fintantochè la legge è in vigore; perchè dovrebbe sembrar strano, che un divieto, che va in vigore solo con la dichiarazione verbale del pretore a una persona determinata, e anche allora solo condizionatamente, una volta pronunciato continui ad aver effetto in questo modo imprescrittibilmente? Se poi non esistevano

---

<sup>40)</sup> Cfr. KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 107, dove le parole citate vengono riferite all'*Uti possidetis*, e WACH, loc. cit., nota 873 pag. 379 in fine e seg.

nemmeno i requisiti necessari nella persona dell'impetrante per la efficacia dell'interdetto, l'impetrato avrebbe potuto eseguire senza alcun timore (*impune*) un atto reale tale, che col verificarsi di quei requisiti sarebbe caduto sotto l'interdetto come *vis adversus edictum facta* <sup>41)</sup>. Ma se finora non aveva avuto alcun motivo di eseguire un atto di questa specie, è difficile, che anche ora potesse avere interesse ad eseguirlo. Senza dubbio egli se ne sarebbe perciò astenuto nel maggior numero dei casi. Come dunque doveva ora un interdetto « purificato » venire a proibirgli un tale atto?! Sarebbe assai più facile comprendere, che al contrario un *interdictum secundarium* avesse qui proibito incondizionatamente all'impetrante, di vietare all'avversario quell'atto, che aveva voluto vietare per mezzo del *primarium*! Ma non v'è traccia alcuna di un tale *secundarium* contro l'impetrante. Oltredichè per quei casi, nei quali risultava la legittimazione attiva dell'impetrante pel *primarium*, non poteva assolutamente essere istituito per l'impetrato attaccato infondatamente con esso un *secundarium* contro l'impetrante del primo. Ad ogni modo un *secundarium* di tal natura diretto contro l'impetrante di un *interdictum simplex* appartenerebbe a un genere di mezzi di tutela giuridica affatto diverso da quello dei *secundaria* nell'*Utī possidetis*, di cui abbiamo notizia da GAIUS.

Del resto l'*actio iniuriarum* forniva, a mio parere, la tutela necessaria contro una *in ius vocatio* infondata, che mirasse ad ottenere un interdetto, e in specie un interdetto proibitorio. A tal uopo bastava, che l'impetrato, in conformità con la sua condotta reale, dichiarasse, che egli non pensava punto a commettere l'atto, che l'interdetto doveva vietargli. Perocchè se l'avversario persiste ciò non ostante nel domandare l'interdetto, ciò non può derivare da altra intenzione, se non di manifestare diffidenza contro la persona dell'impetrato: è quindi facile provare qui l'*animus iniuriandi*. Il fatto poi, che per altri casi di attacchi calunniosi innanzi al tribunale v'erano ancora speciali *poenae temere agentium*, non vale ad attestare, che qui l'*actio iniuriarum* non bastasse <sup>42)</sup>.

41) Vedi per es. L. 1 § 2 D. *de via publ. et it. publ. ref.*, XLIII, 11. L. 3 § 2. L. 4 § 1. L. 5 § 1 D. *de it. actug. priv.*, XLIII, 19. L. 1 §§ 15, 17, 18 D. *de ag. cott.* XLIII, 20. L. 1 § 11. L. 3 pr. D. *de riv.*, XLIII, 21.

42) Di diverso parere il KRÜGER, loc. cit., pag. 107 nota 1. — Giustamente

Finalmente l'opinione, che in ogni interdetto, o almeno in ogni interdetto proibitorio, ove l'imputato rimanesse affatto passivo, non si potesse proseguire il processo se non per mezzo di un *secundarium*, conduce, come il BEKKER <sup>43)</sup> ha assai bene avvertito, a un *circulus inextricabilis*. Infatti che cosa si sarebbe dovuto fare, se l'impetrato rimaneva inattivo anche di fronte al *secundarium*? Si doveva ripetere il vano tentativo con un *tertiarum*? e così di seguito sino all'infinito? E se dopo il *secundarium* non v'era bisogno di un nuovo interdetto, da che è giustificata la necessità del *secundarium* stesso dopo un *interdictum duplex*?!

### § 1837.

#### *Requisiti generali nella persona del convenuto* <sup>1)</sup>.

Già in un altro luogo abbiamo notato, che tutti gli interdetti restitutorii ed esibitorii e taluni dei proibitorii parlano all'impetrato in seconda persona <sup>2)</sup>, mentre altri interdetti proibitorii gli parlano in terza persona <sup>3)</sup>, altri ancora non lo designano punto, anzi sono concepiti a suo riguardo affatto impersonalmente <sup>4)</sup>. Però questa diversità della

---

il KAPPEINE accenna anche al giuramento di calunnia, che l'impetrato, almeno in certe circostanze, poteva esigere dall'avversario. Vedi GAIO, IV, 176 e segnatamente la L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4 riguardante un interdetto proibitorio. Cfr. infra § 1838 num. 87 alla nota 95. Lo PFERSCHKE, *Interdetti*, pag. 20 ritiene inammissibile il giuramento di calunnia malgrado la L. 15 cit., allegando che esso secondo GAIO, IV, 181, al pari che il *iudicium calunnia*, non ha luogo là, dove viene applicata la *poena restipulationis*. Ma questa può applicarsi, solo quando si procede alla *sponsio*, cioè solo quando viene affermata l'inosservanza dell'interdetto emanato: qui ora non si tratta che dell'emana-zione dell'interdetto.

<sup>43)</sup> Loc. cit.

<sup>1)</sup> SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 151-180. La persona del *reus*.

<sup>2)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 15 (ediz. ted. pag. 21).

<sup>3)</sup> Per es. gli interdetti *de itinere actuque privato* (LENEL, *Ed. perp.* § 250 sotto il num. 1), *de itinere actuque privato reficiendo* (ivi sotto il num. 2), *de aqua cottidiana et aestiva* (ivi § 251), *de fonte* (ivi § 253), *Utrubi* (ivi § 264).

<sup>4)</sup> Tali sono gli interdetti *de loco sacro* (LENEL, § 235), *ne quid in via publica fiat* (ivi § 237 sotto il num. 2), *ut via publica etc. ire agere liceat* (ivi

dicitura, nella stessa guisa che non influisce sulla necessità di pronunciare l'interdetto alla presenza dell'impetrato o del suo rappresentante perchè possa esser fatto valere giudizialmente <sup>5)</sup>, così non ha alcuna importanza in rapporto al contenuto dell'obbligo, che per l'impetrato deriva dall'istituzione dell'interdetto nell'editto <sup>6)</sup>. Questo contenuto si determina secondo il tenore della formula interdittale nel suo insieme e secondo la sua interpretazione:

Gli interdetti imperativi fondano, dati i requisiti designati nell'editto, un obbligo giuridico *positivo* dell'impetrato.

Negli interdetti *restitutori* quei requisiti sono determinati in assai vario modo.

Nei due interdetti *de vi* <sup>7)</sup> troviamo designato un atto dell'impetrato appartenente al passato, oppure un atto di tal genere della sua famiglia: *Unde — tu illum vi deieicisti aut familia tua deieicit.*

Un atto illecito commesso da un terzo con la consapevolezza dell'impetrato è il requisito dell'*interdictum fraudatorium*: *Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit etc.* <sup>8)</sup>.

Nulla importa riguardo a questo interdetto, se vi sia o no arrie-

§ 238), *de loco publico fruendo* (ivi § 239), *de via publica etc. reficienda* (ivi § 240), *ne quid in flumine publico etc. fiat* (ivi § 242 sotto il num. 1), *ut in flumine publico navigare liceat* (ivi § 243), *de aqua ex castello duocenda* (ivi § 251 pag. 385), *de remissionibus* (ivi § 257 sotto il num. 1), *de liberis duocendis* (ivi § 262). Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 151 seg. nota 1 pag. 210 seg.

<sup>5)</sup> L. 1 § 3 D. h. t.

<sup>6)</sup> Giustamente osserva lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 152 nota 1, che l'interdetto *de itinere privato* non muterebbe punto di significato, se invece di dire: *Quo itinere actuque privato hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto* — dicesse: *Quo itinere etc. ille hoc anno nec vi nec clam nec precario a te usus est, quo minus ita utatur, vim fieri veto.*

<sup>7)</sup> L. 1 pr. D. *unde vi* XLIII, 16. CIC., *pro Caec.* XIX, 55. LENEL, § 245. L'interdetto *Unde vi* (non armata) nella sua antica forma conteneva ancora le parole: *aut procurator tuus* (CIC., loc. cit.); queste scomparvero più tardi, allorchè il mandato, l'autorizzazione, l'approvazione per la deiezione furono parificati all'atto diretto di deiezione. L. 1 §§ 12 e 14. L. 3 § 10 D. *unde vi* XLIII, 16. L. 152 §§ 1 sq. D. *de R. I.* L. 17. — LENEL, loc. cit., pag. 371 sotto il num. 2. Cfr. infra § 1833 num. 85 alla nota 60 segg.

<sup>8)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. LENEL, loc. cit. § 268.

olimento dell'impetrato, o si verifichi o no in lui un certo stato determinato <sup>8 a)</sup>).

Il *possidere* dell'impetrato, o il *dolo malo fecisse* che questo suo *possidere* sia cessato, è richiesto negli interdetti *Quorum bonorum* <sup>9)</sup>, *Quod legatorum* <sup>10)</sup>, *Quem fundum* <sup>11)</sup>, e sicuramente anche nell'interdetto *Quam hereditatem* <sup>12)</sup>. E sì nei due primi, che nell'ultimo, il possesso deve avere una qualificazione determinata, deve cioè aver luogo *pro herede* o *pro possessore* <sup>12 a)</sup>, oppure *legatorum nomine* <sup>12 b)</sup>.

Alquanto più ampiamente è concepita la legittimazione passiva per l'interdetto *de praecario*; essa suona: *Quod precario — habes* <sup>13)</sup>. Si riferisce anche a quel precarista, che non è possessore o quasi possessore giuridico, ma soltanto detentore. Anch'essa è estesa al *dolo malo fecisse, ut desineres habere*.

In altri casi l'obbligo derivante dall'interdetto è fatto dipendere da un *factum inmissum habes*. Così negli interdetti *de via publica* <sup>14)</sup>, *de flumine publico* tanto *ne peius navigetur* <sup>15)</sup> quanto *ne aliter aqua fluat* <sup>16)</sup>, e *de cloaca publica* <sup>17)</sup>. Qui è obbligato, non colui, che ha eseguito sulla cosa il cambiamento, che deve esser fatto sparire, ma colui, che tiene la cosa così cambiata.

<sup>8 a)</sup> L. 15 D. *de vi*, XLIII, 16. L. 10 §§ 19-21 D. *quas in fraud. cred.*, XLII, 8. Di diversa opinione riguardo all'*interdictum fraudatorium* è lo SCHEY nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), vol. XIII pag. 169, il quale lo ammette soltanto contro il *corporis possessor*, non ammettendolo nemmeno contro il *dolo desinens possidere*, — a mio parere in aperta contraddizione col tenore dell'interdetto.

<sup>9)</sup> L. 1 pr. D. *quor. bon.*, XLIII, 2. LENEL, loc. cit., § 227.

<sup>10)</sup> Ivi § 228. Cfr. L. 1 §§ 8-10 D. *quod legat.*, XLIII, 3.

<sup>11)</sup> LENEL, § 248. Cfr. ULP., *Inst. fragm. Vindob.* § 4 (ed. KRUEGER).

<sup>12)</sup> LENEL, § 229. Cfr. ULP., loc. cit.

<sup>12 a)</sup> L. 1 pr. D. *quor. bon.*, XLIII, 2. Per l'interdetto *Quam hereditatem* questa qualificazione risulta dal fatto, che esso è diretto contro colui, che sarebbe il vero convenuto per la *hereditatis petitio*.

<sup>12 b)</sup> Cfr. L. 1 §§ 4-6 D. *quod legat.*, XLIII, 3.

<sup>13)</sup> L. 2 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26. LENEL, loc. cit., § 258.

<sup>14)</sup> L. 2 §§ 37-42. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. LENEL, § 237 sotto il num. 3.

<sup>15)</sup> L. 1 § 19 D. *de flumin.*, XLIII, 12. LENEL, § 241 sotto il num. 2.

<sup>16)</sup> L. un. § 11 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13. LENEL, § 242 sotto il num. 2.

<sup>17)</sup> L. 1 § 15 D. *de cloac.*, XLIII, 23. LENEL, § 254.

L. 2 § 37 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (ULP. lib. LXVIII ad ed.):

*Hoc interdicto (sc. de via publica) non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit, sed is, qui factum habet: et est hoc utilius, quia is potest restituere, qui factum immissum habet.*

L. 1 § 22 D. *de flum.* XLIII, 12 (ULP. eod.): *Haec verba « factum habes » vel « immissum habes » ostendunt non eum teneri, qui fecit vel immisit, sed qui factum immissum habet. denique LABEO scribit, si auctor tuus aquam derivaverit, te teneri hoc interdicto, si ea tu utaris.*

Il significato dell'*habere* risulta ohiaramente dalla:

L. 2 cit. § 38 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8:

*Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit.* Esso designa dunque il tenere di fatto una cosa pel proprio godimento, sia ciò possesso o quasipossesso giuridico, o semplice detenzione, o sia finalmente quel rapporto puramente di fatto che è il solo possibile su ciò che ha attinenza coi *flumina publica*, perchè questi non possono andar soggetti a rapporti di proprietà e quindi nemmeno di possesso giuridico. Non potrebbe — mi sia lecita ancora questa osservazione particolare — rientrare nel concetto, in cui è qui usato l'*habere*, quella detenzione, che è unicamente un *ministerium dato alienae possessioni* e non procaccia contemporaneamente al detentore un godimento proprio, com'è la detenzione dell'amministratore. Nel caso di una tale detenzione risponde quindi solo colui, pel quale essa viene esercitata. Appunto l'esclusione dell'obbligo di un detentore, che da questa detenzione non ha godimento proprio, è a mio parere il senso delle parole: *iure possessionis frui*, le quali, secondo ciò che abbiamo detto, non possono evidentemente venir limitate al rapporto tutelato giuridicamente del possesso e quasipossesso giuridico. Perciò il § 42 della L. 2 cit. là, dove tratta della legittimazione passiva, aggiunge al « *qui possideat* » anche « *vel habeat* ». È abbastanza indifferente, che noi riteniamo questo « *vel habeat* » messo a completare il « *possideat* », aggiunto cioè copulativamente, o lo consideriamo come una locuzione più precisa, che comprende anche il *possidens*, posta a designare tutte le persone, contro le quali può venir diretto l'interdetto.

Però sebbene questi interdetti vengano pronunziati contro chi tiene la cosa come tale, pure l'obbligo di costui è diverso, a seconda che il *factum immissum* sia fatto da lui stesso, e rispettivamente pel suo comando o con la sua approvazione, oppure egli tenga semplicemente la cosa, su cui ha avuto luogo il *factum immissum*. Nel primo caso egli risponde anche per le spese della ripristinazione e pel pieno risarcimento dei danni, nel secondo caso è tenuto soltanto alla *patientia* <sup>17 a)</sup>.

Gli interdetti, che si riferiscono a un *factum immissum habere* mancano dell'aggiunta del *dolo malo desinere habere*. Pur tuttavia la giurisprudenza romana sul precedente di LABEONE <sup>18)</sup> fa responsabile anche colui, che ha dolosamente cessato di *habere*.

L. un. § 13 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13 (ULP. lib. 68 *ad ed.*):

*In hoc interdicto restitutorio non est iniquum, ut LABEO ait, venire etiam, quod dolo malo factum est, quo minus haberes.*

L. 2 § 42 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (ID. *cod.*):

*Hoc interdictum locum habet etiam adversus eum, qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet: et mihi videtur vera LABEONIS sententia.*

<sup>17 a)</sup> L. 2 § 43 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. Vedi sopra § 1836 a numero 35 pag. 149 (ediz. ted. pag. 196).

<sup>18)</sup> Sembra, che C. AQUILIO GALLO non conoscesse ancora il *dolo malo desinere possidere* come causa generale di responsabilità. È ciò che si deve ritenere, se la forma della *stipulatio Aquiliana* senza l'aggiunta: « *dolove malo fecisti quo minus possideas* » tramandataci nella L. 18 § 1 D. *de acceptil.* XLVI, 4 è la primitiva, e quella contenente l'aggiunta, quale si trova nel § 3 I. *quib. mod. obl. toll.* III, 29, è una forma completata dalla giurisprudenza romana in base allo sviluppo compiutosi nel diritto. — LEIST, nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXVII, tit. I § 1598 d num. 78 (testo ted. libro XXXVII parte I pag. 394 seg.). — SCHRADER, *Ad Inst.*, loc. cit., pag. 575 *ad v. possedisti*. Cfr. però anche le osservazioni che fa dall'altro lato il KRÜGER al § 3 cit. — Sull'opinione di LABEONE, riguardo al *dolo malo desinens possidere*, vedi inoltre L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4. L. 7 § 4 D. *de trib. act.*, XIV, 4. L. 24 D. *de nox. act.*, IX, 4. L. 1 § 12 D. *si quis om. c. test.*, XXIX, 4. Cfr. LEIST, *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXVII, tit. I § 1598 d num. 78 (ediz. ted. pag. 396 seg.). — DEMELIUS, *Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione), pag. 188 alle note 1-3. — PERNICE, *Labeone*, vol. II pag. 255 alla nota 3.

Perciò quando in seguito divenne opinione generale, che negli interdetti

*semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet* — 19),

non parve più necessario mutare la formula tradizionale degli interdetti in discorso, per dare adito a quella estensione della sua applicazione richiesta dall'equità. — ULPIANO anzi andò anche più in là, e fece rispondere almeno con un interdetto utile colui, *qui opus fecit*, anche quando *sine dolo malo habere desiit*, semprechè, s'intende, non subentrasse a lui un terzo come attuale detentore dell'*opus*; tenne cioè responsabile l'esecutore dell'*opus*, che abbandonava quest'*opus bona fide*.

L. 2 § 39 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.*):

*Unde Ofilius putat, eum, qui pro derelicto reliquit id opus, quod fecit, si viam publicam corrumpit et reliquit* <sup>19 a)</sup>, *non teneri hoc interdito: non enim habet, quod fecit. sed an in eum actio debeat dari, videbimus. et puto, utile interdictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat* <sup>19 b)</sup>.

Finalmente in un'ultima classe di interdetti restitutorii il requisito necessario nella persona dell'impetrato è designato col neutro: *quod factum est*. Così negli interdetti *de loco sacro* <sup>20)</sup>, *Quod vi aut*

<sup>19)</sup> L. 157 § 1 D. *de R. I. L.*, 17. Che questo passo nel suo contesto originario si riferisse agli interdetti, è provato dalla sua iscrizione: « ULP., libro LXXI (non LXX) *ad ed.* » messa in correlazione col *principium*, che noi ritroviamo come *lex geminata* nella L. 11 § 7 D. *quod vi* XLIII, 24. — SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 159 seg.

<sup>19 a)</sup> *et reliquit* del M. Lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 15 nota 6, vuol cancellare come superflue anche le parole: *si viam publicam corrumpit*, e, a mio parere, con ragione, poichè dalla causola dell'interdetto: *quo ea via idve iter deterius sit fiat* — risulta di per sè, che in generale non sorge un obbligo, quando alcuno ripara una strada pubblica.

<sup>19 b)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 158 nota 9 e la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XV pag. 63 seg. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 367 nota 14.

<sup>20)</sup> L. 2 § 1 D. *de interd.* XLIII, 1. L. 2 § 19 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 § 1 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. LENEL, loc. cit., § 235.



*clam* <sup>21)</sup>, *demolitorium* <sup>22)</sup>). Per la giurisprudenza romana non vi fu alcun dubbio, che nell'interdetto *Quod vi aut clam* quelle parole non stessero a designare innanzi tutto colui, che ha eseguito l'atto, di che è questione, oppure il cui schiavo lo ha eseguito per sè o pel suo padrone, oppure per mandato del quale, o per mandato del cui rappresentante l'atto è stato eseguito.

L. 5 §§ 8, 11, 12, 14 D. *quod vi*, XLIII, 24 (ULP. lib. LXXI <sup>23)</sup> *ad ed.*):

§ 8. *Haec verba « quod vi aut clam factum est » ait Mucius ita esse « quod tu (fecisti ins. M) aut tuorum quis (fecit ins.) aut tuo iussu factum est ».* — § 11. *Si quid servus meus fecit: non ob id mecum actio est, sed si id meo nomine aut suo fecit: nam si tuum servum mercennarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine, ob id non tecum, sed mecum, cuius iussu aut <sup>24)</sup> nomine id opus a servo tuo factum fuerit, agendum erit hoc interdicto.* § 12. *Similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed (cum eo ins.), cuius nomine iusserit, haec actio est. nam si procurator tutor curator duumvir municipii, quod eius nomine ageret(ur ins. M.), cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo, qui ita iusserit. et si tibi mandavero, ut opus fieri iuberes, et in ea re mihi parueris, mecum, inquit, non tecum erit actio.* § 14. *Et hoc iure utimur, ut, sive ego fecissem sive fieri iussi, interdicto Quod vi aut clam tenear <sup>25)</sup>.*

L. 20 § 7 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (ULP. lib. LXXI, *ad ed.*):

*Adversus ipsum quoque <sup>26)</sup>, qui opus fecit vel factum ratum habuit interdicto locus erit.*

In questi casi la ripristinazione dell'antico stato è fatta a spese dell'impetrato <sup>27)</sup>. Ma le parole *factum est* obbligano anche colui, che

<sup>21)</sup> L. 1 pr. D. *quod vi*, XLIII, 24. LENEL, loc. cit. § 256.

<sup>22)</sup> L. 20 pr. § 3 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. LENEL, loc. cit., § 257 sotto il num. 2.

<sup>23)</sup> Il manoscritto fiorentino legge erroneamente: *libro septuagesimo*. Vedi LENEL, *Ed. perp.*, pag. 387 nota 3.

<sup>24)</sup> *iussu aut* del. M.

<sup>25)</sup> Vedi inoltre L. 6, L. 13 §§ 6 sq., L. 14, L. 15 § 2 *eod.*

<sup>26)</sup> *quoque* del. M.

<sup>27)</sup> L. 16 § 2 D. *quod vi*, XLIII, 24. Vedi infra il testo dopo la nota 28.

ha in sua mano l'opus, in tale qualità, sebbene alla sola *praestatio patientiae*.

L. 15 pr. D. *quod vi*, XLIII, 24 (ULP. lib. LXXI, *ad ed.*):

*Semper adversus possessorem operis hoc interdictum competit, idcircoque, si quilibet inscio vel etiam invito me opus in fundo meo fecerit, interdicto locus erit.*

L. 7 pr. *eod.* (ID. *eod.*):

*Si alius fecerit me invito, tenebor ad hoc, ut patientiam praestem.*

L. 13 § 7 *eod.* (ID. *eod.*):

JULIANUS ait: *si colonus arborem, de qua controversia erat, succiderit vel quid aliud opus fecerit, si quidem ius suum domini id factum sit, ambo tenebuntur, non ut patientiam praestent, sed ut impensam quoque ad restituendum praebant: si autem dominus non iusserit, colonus quidem tenebitur, ut patientiam et impensam praestet, dominus vero nihil amplius quam patientiam praestare cogendus erit.*

L. 14 pr. *eod.* (JULIAN. lib. LXVIII *digestorum*):

*Nam et si servus meus ignorante me opus fecerit, eumque vendidero vel manumisero, mecum in hoc solum agi poterit, ut patiar opus tolli etc.*

Anche questa estensione della legittimazione passiva fu ammessa da LABEONE, come riferisce ULPIANO <sup>23</sup>):

L. 5 § 13 *eod.*: *Et cum interdictum sit scriptum « quod vi aut clam factum est », non ita « quod vi aut clam fecisti » latius porrigi quam ad has personas, quas supra (L. 5 cit. §§ 8, 11, 12 vedi sopra pag. 254 ediz. tedesca pag. 338 seg.) numeravimus, LABEO putat.*

Ed essendo nel *qui fecit* compreso anche colui, *cuius iussu vel nomine opus factum est* la legittimazione passiva per l'interdetto *Quod vi* si trova riassunta nella seguente:

L. 16 § 2 D. *eod.* (PAUL. lib. LXVII *ad ed.*):

*In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet, ne fecit, patientiam tantum debet.*

In modo affatto analogo è inteso il *factum est* nell'*interdictum de-*

---

<sup>23</sup>) Così a ragione la Glossa alla L. 5 § 13 h. t. *ad v. memoravimus (numeravimus) id est ad omnem possessionem, saltem ad patientiam: ut infra eod. L. competit (16), § fin. (2).*

*molitorium*. Il denunziato, che costruisce contro il divieto e possiede, *is, qui fecit et possidet*, risponde per il ripristinamento a proprie spese<sup>29)</sup>; e così pure quel denunziato, il quale dopo aver continuato l'*opus* proibito aliena il fondo, *is qui fecit nec possidet*<sup>30)</sup>. Inoltre l'acquirente del fondo, sul quale era già stata continuata la costruzione contrariamente al divieto, è tenuto alla *patientia destruendi*<sup>31)</sup>.

Nell'interdetto restitutorio *de loco sacro* è ovvio che si può applicare la stessa interpretazione soltanto a un *immissum*: per un *factum in loco sacro* può rispondere soltanto l'esecutore come tale; un possesso del *locus sacer* è inconcepibile.

59. Per ciò che riguarda gli interdetti *esibitorii*, l'unico che mira all'esibizione di cose, cioè l'*interdictum de tabulis exhibendis* è rivolto contro colui, *penes quem* queste *tabulae sunt*<sup>32)</sup> di quelli che mirano all'esibizione di uomini l'interdetto *de liberis exhibendis* è rivolto contro colui, *apud quem* si trova il figlio di famiglia<sup>33)</sup>, l'interdetto *de homine libero exhibendo* contro colui, che *dolo malo retinet* quest'uomo li-

<sup>29)</sup> Vedi BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX, tit. II § 1678 num. 16 (testo ted. lib. XXXIX pag. 197 segg.). Per denunziato io intendo qui anche l'acquirente di un fondo, contro cui ha avuto luogo la *operis novi nuntiatio*, ne sia egli informato o no: egli è vincolato dalla *nuntiatio*. L. 8 § 7, L. 23 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. — BURCKHARD, *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX tit. I num. 38 (ediz. ted. lib. XXXIX pag. 208 segg. num. 38).

<sup>30)</sup> Ivi num. 37 (ediz. ted. pagina 202 segg.). La L. 23 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 vv.: — *is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est* — non pone il possesso come requisito dell'obbligo derivante dall'*interdictum demolitorium*; essa vuol soltanto dire, che il denunziato, il quale ha alienato il fondo senza edificare contrariamente al divieto, non risponde per la continuazione della costruzione operata dall'acquirente.

<sup>31)</sup> BURCKHARD, loc. cit., XXXIX num. 37 (ediz. ted. pag. 204 segg.). Tuttavia erra lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 160 nota 14, allegando in suo appoggio la L. 22 cit. *O. N. N.*, XXXIX, 1. Può valere invece come prova la L. 22 *eod.*, inquantochè secondo questa l'erede del denunziato è tenuto alla *patientia destruendi*, non perchè è erede di chi ha eseguito l'*opus*, ma perchè è possessore dell'*opus* costruito contrariamente al divieto.

<sup>32)</sup> L. 1 pr. D. *de tab. exh.*, XLIII, 5. LENEL, *Ed. perp.* § 232.

<sup>33)</sup> L. 1 pr. D. *de lib. exh.*, XLIII, 30. LENEL, § 262.

bero <sup>34)</sup>. Del tenore dell'interdetto *de liberto exhibendo* non abbiamo notizia <sup>35)</sup>.

ULPIANO spiega il *penes aliquem esse* là, dove tratta dell'interdetto *de tabulis exhibendis*, quindi come espressione dell'antico linguaggio giuridico usata nelle formule <sup>35 a)</sup> nel libro LXVIII del suo Commentario all'editto:

L. 3 §§ 2-4 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5:

*Si tabulae testamenti apud aliquem depositae sunt a Titio, hoc interdicto agendum est et cum eo, qui eas detinet, et cum eo, qui deposuit.* § 3. *Proinde et si custodiam tabularum aedituus vel tabularius susceperit, dicendum est, teneri eum interdicto.* § 4. *Si penes servum tabulae fuerint, dominus interdicto tenebitur.*

Nel libro LXXI di quel Commentario parlando dell'interdetto *de liberto exhibendo* definisce il *penes* contrapponendolo all'*apud aliquem esse* di quest'ultimo interdetto:

L. 63 D. *de V. S. L.*, 16: « *Penes te* » *amplius est quam* « *apud te* »: *nam apud te est, quod qualiter qualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur.*

L'*apud aliquem esse* viene dunque usato per ogni rapporto, in forza del quale alcuno è in condizione di tenere presso di sè una cosa o un uomo libero; il concetto più intensivo (*amplius*) del *penes aliquem esse* designa invece un rapporto di possesso e può quindi essere applicato solo riferendosi a cose (compresi naturalmente gli schiavi). Del resto nulla importa, se a questo rapporto vada congiunto l'*animus possidendi* e la tutela interdittale, o se esso sia un puro rapporto di detenzione, anzi semplicemente un rapporto, che non dia nemmeno l'uso e il godimento della cosa al detentore: tutti questi casi sono compresi nel *quodam modo possidere* <sup>35 b)</sup>, come ri-

<sup>34)</sup> L. 1 pr. D. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29. LENEL, § 261.

<sup>35)</sup> Cfr. LENEL, § 263.

<sup>35 a)</sup> Vedi ora il GRADENWITZ, *Zum Wörterbuche der classischen Rechtswissenschaft* (Contributo al Vocabolario della scienza giuridica classica), alla parola *Penes*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista di storia del diritto della fondazione Savigny), parte rom. vol. VIII pag. 282 seg. e pag. 300 segg.

<sup>35 b)</sup> Il GRADENWITZ, loc. cit., pag. 301, opina, che la norma di ULPIANO sia una di quelle, che calzano nel caso, pel quale sono escogitate, ma ven-

sulta indubbiamente dalla L. 3 §§ 2 sq. *de tab. exhib.*, XLIII, 5 cit., se non vogliamo porre ULPIANO in contraddizione con sè stesso<sup>36</sup>). Dall'altro lato appare evidente, che il *penes aliquem esse* è più comprensivo che il *factum immissum habere* di taluni interdetti restitutorii per due riguardi. Innanzi tutto — se con la nostra spiegazione<sup>37</sup>) di quest'ultimo concetto abbiamo colto nel segno — in ciò, che questo *habere* non si può applicare a quel detentore, a cui non spetta la facoltà di godere o di far uso della cosa<sup>38</sup>). E in secondo luogo perchè il *penes* si riferisce anche a quel possessore giuridico, che fa detenere la cosa da un terzo. Basta la possibilità pratica dell'esibizione<sup>38 a)</sup>).

Il significato del *retinere* nell'interdetto *de homine libero exhibendo* può esser parificato a quello dell'*apud aliquem esse* nell'interdetto *de liberto exhibendo*<sup>38 b)</sup>). Però in quel interdetto è richiesto un *dolo malo retinere*<sup>39</sup>) di un uomo indubbiamente libero<sup>40</sup>). Per la qual cosa

gono enunciate in una forma generale, a cui non possono pretendere. Infatti, egli osserva, il depositario non ha un possesso nel senso giuridico, e se qui non si prende la parola *possessio* nel senso di possesso giuridico, sparisce il concetto, che si è voluto esprimere. È certo invece, che non può porsi con questi il rapporto senza tutela interdittale e senza detenzione del *precario dans* (e del pignorante), che porta all'usucapione, mentre è anch'esso altrove designato con *penes*. L. 15 D. *de prec.* XLIII, 26 (POMPON., lib. XXIX *ad Sabin.*) — *placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discessit animo possessione*. Cfr. RUDORFF, *zu. v. SAVIGNY'S Besitz* (Aggiunte al Possesso del SAVIGNY), aggiunta num. 48.

<sup>36</sup>) Così a ragione lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 156 seg. nota 7 contro la diversa opinione di CUIACIO, *ad L. 23 (Eum, qui aedes)*, § 2 D. *de usurp.* XLI, 3 e del DIRKSEN, *Manuale alle parole penes e possidere* § 2. (Invece nei *Paratitla ad Cod.* VIII, 8 *de lib. exh.* CUIACIO dice soltanto, che *penes aliquem esse* viene usato solo per le cose, e non anche per gli uomini liberi come *apud aliquem*; e non afferma, che *penes aliquem esse* presupponga l'*animus domini*).

<sup>37</sup>) Vedi sopra num. 58 pag. 252 seg. (ediz. ted. pag. 334 seg.).

<sup>38</sup>) Di diversa opinione lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 156 alla nota 7.

<sup>38 a)</sup> Cfr. DEMELIUS, *Exhibitionspflicht* (L'obbligo della esibizione), pag. 171 seg.

<sup>38 b)</sup> Cfr. L. 1 § 3 D. *de lib. exh.* XLIII, 30: *Si vero mater sit, quae RETINET, etc.* Inoltre vedi L. 3 § 5 *eod.*

<sup>39</sup>) L. 3 §§ 2, 3, 4, 5, 6. L. 4 pr. §§ 1, 2 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29.

<sup>40</sup>) L. 3 cit., § 7.

nell'ipotesi, che l'uomo libero, di cui si tratta, *non sine calliditate neque bona ac probabili ratione circumventus vel seductus vel sollicitatus est*, l'interdetto è ammesso anche allorchando costui *volens retinetur* <sup>41)</sup>. L'interdetto *de liberto exhibendo* invece può essere adoperato contro colui *apud quem* il figlio di famiglia *sua sponte est*, solo allorchè quegli affermi di avere *patria potestas* sul figlio di famiglia <sup>42)</sup>. Infatti, ove egli non accampi un suo diritto a ritenerlo, il restare il figlio di famiglia presso di lui costituirà una violazione del diritto dell'avversario, solo quando ciò avvenga contro la volontà del figlio; se questi resta per volontà propria, senza coazione da parte di colui, presso il quale si trova, è unicamente il figlio di famiglia, che viola il diritto della patria potestà. Se invece colui, presso il quale dimora il figlio di famiglia, accampa un diritto di patria potestà su di esso, egli viola con ciò il diritto di chi ha realmente la patria potestà, anche allorchando il figlio resta volontariamente presso di lui: e infatti anche nel caso opposto egli non lo lascerebbe andar via; la volontà del figlio qui non ha alcuna importanza: esso non ha *liberam facultatem abeundi vel remanendi* <sup>42 a)</sup>.

<sup>41)</sup> L. 3 cit., § 5.

<sup>42)</sup> L. 5 D. *de lib. exh.* XLIII, 30 (VENULEIO, lib. IV *interdictorum*): *Si filius sua sponte apud aliquem est, inutile hoc interdictum erit, quia filius magis apud se, quam apud eum est, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi haberet: nisi si inter duos, qui se patres dicerent, controversia esset, et alter ab altero exhiberi eum desideraret.* DEMELIUS, *Exhibitonspflicht* (L'obbligo dell'esibizione). pag. 247 seg.

<sup>42 a)</sup> Lo PFERSCHÉ, *Interdicte* pagina 152, dice, che l'interdetto non è inutile « quando ambedue le parti affermano la patria potestà e vogliono dirimere la loro lite domandando l'uno contro l'altro (!) l'interdetto *de liberis exhibendis* (come? dipende ciò dalla volontà dell'impetrato? e in quale altro modo può l'impetrante far definire quella lite?), nel fare il che naturalmente (!) il difetto di legittimazione passiva apparisce da ambedue le parti noto e riconosciuto (!). » Come è ammissibile che le parti non tengano conto della legittimazione passiva? Lo PFERSCHÉ, loc. cit., nota 1. aggiunge come spiegazione: « L'andamento normale sarebbe veramente questo: il figlio di famiglia vien portato innanzi al tribunale da una delle parti mercè una *in ius vocatio*, e là vien manifestato il desiderio della *ductio*; per decidere su questo si procede o semplicemente alla *notio praetoris* (L. 3 § 3 h. t.) oppure, se un terzo si oppone al « *ducere* », all'interdetto *de liberis ducendis*. Questa procedura poteva parere in certo modo sconveniente, ed esser

Negli interdetti *de tabulis exhibendis* e *de liberis exhibendis* al *pones aliquem* e all'*apud aliquam esse* è espressamente parificato il *dolo malo eius factum esse, ut desinerent esse*<sup>43)</sup>, e il *quo minus apud eum esset*<sup>44)</sup>. Nell'interdetto *de homine libero exhibendo* una corrispondente estensione della responsabilità del convenuto contraddirebbe allo scopo dell'interdetto.

60. Secondo l'opinione dominante<sup>41 a)</sup>, gli interdetti *proibitorii* fondano per sè stessi unicamente un obbligo giuridico *negativo* dell'impetrato, cioè l'obbligo di non fare ciò, che l'editto proibisce. Fra i loro requisiti edittali non bisogna in alcun modo porre, che da parte dell'impetrato sia già stato fatto qualche cosa, che debba dar luogo a un obbligo di contenuto positivo. Questi interdetti anzi per principio fondamentale hanno effetto soltanto per l'avvenire<sup>41 b)</sup>.

perciò preferito l'andamento, di cui parla la L. 5 cit. ». Ciò non ha bisogno di esser confutato, come non occorre confutare la susseguente affermazione basata sulla premessa riferita: « Per ciò che riguarda la configurazione processuale, in tali casi il *iudicium secularium* doveva restar sempre senza effetto, mancando da ambedue le parti la *facultas exhibendi* (anche nell'impetrato, che pretendeva alla patria potestà, e presso il quale dimorava il figlio di famiglia<sup>f</sup>); perciò esso veniva forse del tutto omezzo. Nemmeno la sponsione « *si contra edictum non exhibuisti* », a rigore, mancando la *facultas exhibendi*, conduceva a una condanna. Però se così era secondo la L. 5 cit., il giudice doveva contentarsi della forma della sponsione a favore della funzione pregiudiziale del processo di cui trattavasi nel caso concreto ». Tale argomento è in verità un cattivo sostegno per l'affermazione, che ci sono interdetti *proibitorii* « nei quali secondo il loro sviluppo storico la lite non s'aggira su una violazione di fatto della norma del divieto », cioè da un lato quelli relativi a cose pubbliche, che non contengono un *vim fieri veto*, dall'altro lato gli interdetti bilaterali pag. 153).

<sup>43)</sup> L. 1 pr. D. *de tab. exh.*, XLIII, 5. LENEL, *Ed. perp.*, § 232. Nella L. 1 § 11 D. *de tab. exh.* la lezione tramandataci è corrotta; la più semplice è la correzione del MOMMSEN, che invece di *et legge nec*. L'HALOANDER cancella il *sine*. Cfr. lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Proced. interdittale), pag. 158 nota 9.

<sup>44)</sup> L. 1 pr. D. *de lib. exh.*, XLIII, 30. LENEL, loc. cit., § 262.

<sup>41 a)</sup> Vedi KELLER, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI pag. 305 segg., *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana), § 76 G.<sup>a</sup> ediz. pag. 382 seg. dopo la nota 879. SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 49 segg., pag. 55 segg. sotto la lettera C, pag. 152 seg., pag. 196 segg. sotto il num. II. BETHMANN-HOLLWEG, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana), vol. II § 98 pag. 370 seg.

<sup>41 b)</sup> Cfr. sopra § 1836 c num. 57 pag. 24 (ediz. ted. pag. 325).

A questa opinione il WACH oppone quanto segue<sup>45)</sup>: « Ad ogni modo già nella domanda dell'interdetto è riposta l'affermazione, che gli atti dell'avversario adempiono i requisiti del divieto (*interdictum prohibitorium*), ed inoltre la coazione alla *vis ex conventu* (BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie) pag. 48) non mira che ha dimostrare, che tali atti sono contrarii all'*interdictum redditum* e quindi all'editto. Di qui i numerosi passi, che parlano di *interdictum teneri*, *interdictum competere*, *interdicto conveniri posse*, *interdictum locum habere etc.*, di qui la frequente questione, quali specie di atti cadano sotto la proibizione, quale *vis* sia fatta « *impune* ».

Se bene intendo il brano qui citato, il WACH direbbe, che giusta l'affermazione dell'impetrante già prima dell'emanazione dell'interdetto deve aver avuto luogo un atto dell'impetrato, che se avvenisse dopo l'emanazione sarebbe contrario all'interdetto. Però di fronte al tenore degli interdetti proibitorii tramandatoci non si può, col riferirli alla coazione a una *vis ex conventu*, avere una base valida per l'ipotesi del WACH. Imperocchè, anche se fosse possibile dimostrare quella presunta *vis ex conventu* negli interdetti proibitorii, la sua necessità proverebbe all'opposto, che questi interdetti colpiscono solamente quegli atti, che avvengono dopo la loro emanazione, sebbene unicamente *ex conventu*; non si sarebbe mai potuto dare a un atto reale commesso prima dell'emanazione dell'interdetto l'impronta di atto contrario all'interdetto per mezzo di una sentenza, che dichiarasse contraria all'interdetto una *vis ex conventu post interdictum redditum facta*.

Nè maggior valore di prova hanno a favore del WACH le frasi delle fonti da lui citate: queste possono spiegarsi ugualmente bene, tanto partendo dalla sua opinione, quanto partendo dall'opinione dominante. Infatti è ben lecito intendere per *vis impune facta* e simili un atto dell'impetrato eseguito *post interdictum redditum*, che non è contrario all'interdetto<sup>45 a)</sup>. Analogamente l'*interdicto prohibi-*

<sup>45)</sup> *Annotazioni* al KELLER, loc. cit., pag. 383, annotazione 879 a. Della stessa opinione è lo PFERSCHÉ, *Interdiete*, pag. 10, pag. 19 seg., pag. 125-139.

<sup>45 a)</sup> Vedi i passi citati sopra § 1836 e num. 57 nota 41 pag. 247 (ediz. ted. pag. 328.).



torio teneri può intendersi nel senso, che un certo atto eseguito *post interdictum redditum*, perchè contrario all'interdetto, rende responsabile l'impetrato<sup>46)</sup>; e tanto più plausibile è tale interpretazione là, dove si parla di quell'obbligo dell'impetrato come di un obbligo futuro<sup>46 a)</sup> Nello stesso senso può esser preso l'*interdicto conveniri posse*<sup>47)</sup>; e così l'*interdictum locum habet*<sup>48)</sup>, l'*interdicto locus est*<sup>49)</sup>, e l'*interdictum competit*<sup>50)</sup>. Difatti molti dei passi delle fonti, che contengono

---

<sup>46)</sup> Vedi per es. L. 4 § 1 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4 (SCHMIDT, loc. cit. pagina 111 alla nota 25). L. 1 § 25 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20. L. 1 §§ 8, 10 D. *de mort. inf.* XI, 8. L. 1 §§ 3, 4, 5, 8 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13. L. 2 §§ 13, 26, 27, 28, 33 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. Senza alcuna necessità lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 59 nota 42, vuol riferire la L. 2 §§ 27, 28 cit. XLIII, 8 per le parole *immissum habere* e *factum habere*, non all'interdetto proibitorio, di cui alla L. 2 cit. § 20, ma al restitutorio citato solo al § 35 *ead.* Certo non vale a spiegare l'applicazione di quelle espressioni quel che dice lo PRERSCHKE, loc. cit., pag. 157, che cioè « la differenza tra l'*immissio* (§ 26) e l'*immissum habere* (§ 27) ivi è pel momento (?) messa in disparte ». Ben si addimostrano invece quelle espressioni affatto giustificate, e così l'*immissio* del § 26, se vengono riferite ad atti, che hanno avuto luogo *dopo* l'emanazione dell'interdetto, e quindi contengono un *adversus edictum fecisse*. Cfr. infra num. 63 pag. 278 seg. alla nota 81<sup>a</sup> segg. (ediz. ted. pag. 372 seg.). — Precisamente lo stesso è per le parole della L. 1 § 3 *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13: *non omnis ergo, qui immisit aut qui fecit, tenetur, sed qui faciendo vel immittendo effecit aliter, quam priore aestate fluxit, aquam fluere, e ita demum interdicto quem teneri, si mutetur aquae cursus per hoc, quod factum est § 8: Is autem hoc interdicto tenetur, qui aliter fecit fluere, quam priore aestate fluxit.* Cfr. L. 1 cit. § 12: *superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. — si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum (quo ins. M.) et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercbitur.*

<sup>46 a)</sup> L. 2 § 27 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 § 8 D. *de mort. inf.* XI, 8. L. 1 § 5 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13 *citt.*

<sup>47)</sup> Vedi per es. L. 2 cit. § 2 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8, a meno che il passo di cui si tratta non sia un glossema.

<sup>48)</sup> Vedi per es. L. 8 § 5 D. *si serv.*, VIII, 5. L. 1 § 8 D. *de mort. inf.* XI, 8. L. 2 §§ 4, 28, 30 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8. L. 1 § 2 D. *de fonte* XLIII, 22.

<sup>49)</sup> L. 2 § 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 § 15 D. *de flum.*, XLIII, 13 e su quest'ultimo frammento SCHMIDT, loc. cit., pag. 111 nota 27. L. 1 § 4 D. *de migr.*, XLIII, 32.

<sup>50)</sup> Vedi per es. L. 1 § 1 D. *ne quid in loco sacro*, XLIII, 6. L. 2 §§ 6, 8. L. 14 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 3 § 3 D. *uti poss.*, XLIII, 17. L. 14 D. *de iniur.*, XLVII, 10. L. 3 § 5 D. *de it. actiq. priv.*, XLIII, 19. L. 1 § 25

tali frasi, designano gli atti colpiti dall'interdetto come futuri<sup>51)</sup>, op

*de aq. coll.*, XLIII, 20. L. 1 § 12 D. *de flum.*, XLIII, 12. L. 3 § 10 D. *de riv.*, XLIII, 21. L. 1 § 4 D. *de arb. caed.*, XLIII, 27.

Nè è diverso il caso per quei passi citati dallo PFERSCHKE, *Interdicte*, pagina 153 segg. non indicati nelle note precedenti, i quali secondo l'opinione di questo autore accennerebbero a un atto passato del convenuto contrario al divieto, cioè per la L. 2 §§ 15, 29 D. *ne quid in loco publico*, XLIII, 8. L. 1 § 7 D. *de flum.*, XLIII, 13. L. 1 § 1 D. *ut in flum. publ.*, XLIII, 14. L. 3 §§ 2, 4, 9 D. *uti poss.*, XLIII, 17. L. 9 D. *de relig.*, XI, 7. L. 1 § 3 D. *de mort. inf.*, XI, 8. L. 2 § 23 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20. Questi frammenti si riferiscono o a un atto eseguito *post interdictum redditum* o a un atto avvenuto prima dell'emanazione dell'interdetto, ma però tale, che la continuazione del suo effetto è considerata contraria al divieto. Cfr. infra num. 68. La L. 18 D. *si serv.*, VIII, 5 invece non va messa con questi; essa secondo il posto che occupa nella compilazione, — secondo cioè l'unico punto di partenza, che abbiamo, per stabilire a che cosa abbia rapporto — si riferisce alla *negatoria in rem actio* e non all'*interdictum de aqua ducenda*, sebbene quest'ultima ipotesi sembri assai verosimile allo stesso PFERSCHKE, loc. cit., pag. 158 seg.

<sup>51)</sup> Così per es. L. 1 § 15 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20 (*impune ei vis fiet*). L. 4 § 1 D. *de it. acti. priv.*, XLIII, 19 (*impune ei vis fiet*). L. 1 § 2 D. *de via publ. refic.*, XLIII, 11 (*impune vim patietur*). L. 1 § 8 D. *de mort. inf.*, XI, 8 (*non tenebor hoc interdicto si iure te non patiar*). L. 1 § 3 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13 (*et si quod aliud villi aecolae ex facto eius, qui convenitur, sentient, interdicto locus erit*). § 6 *eor.* (*Sunt qui putant, excipiendum hoc interdicto « quod eius ripae muniendae causa non fiet »*). — Il fatto, che anche riguardo a interdetti restitutorii si parla di un *impune fieri*, che in essi naturalmente precede la domanda dell'interdetto, non può nulla mutare al rapporto che ha l'*impune fieri* negli interdetti proibitorii. Di diversa opinione è lo PFERSCHKE, loc. cit., pag. 130 alla nota 6 il quale cita in proposito GAIO, IV, 154. PAOLO, V, 6, 7 e L. 21 § 1 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. Il detto scrittore cita inoltre la L. 3 § 8 D. *de riv.*, XLIII, 21 e la L. 1 § 23 D. *de cloac.*, XLIII, 23. Qui è detto che nel riparare un acquedotto o una cloaca non v'è bisogno di osservare una *operis novi nuntiatio*, perchè una volta che il pretore vieta con l'istituzione di un interdetto ogni turbativa di tali riparazioni, sarebbe assurdo che chi fa una riparazione potesse esserne impedito con una denuncia. Ora lo PFERSCHKE opina che « non si saprebbe vedere perchè l'interpretazione e la pratica dovessero vietare l'impedimento di fatto. Che poi la denuncia per acquedotti e cloache era sempre inammissibile e inefficace, e non soltanto dopo la domanda degli interdetti *de rivis*, e *de cloacis*, è allo stato delle cose quasi sottinteso ». Qui è evidente, che lo PFERSCHKE confonde l'inefficacia della *nuntiatio* con un divieto della medesima, che in realtà non esiste. Vedi sopra § 1836 a num. 38 pag. 159 seg. alla nota 56 segg. (Testo ted. pag. 212 seg.).

pure come atti, che l'impetrato vuol eseguire<sup>52</sup>), o che impediranno un atto, che l'impetrato si propone di compiere<sup>53</sup>).

Soltanto la L. 1 § 9 D. *Ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13, che, come indica il luogo, in cui si trova, parla dell'interdetto proibitorio *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit*, presenta qualche difficoltà. Essa dice:

(U.L.P. lib. LXVIII *ad ed.*) *Hoc interdictum cuius ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum, qui deneget, ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet.*

La lezione del manoscritto fiorentino qui riprodotta è senza dubbio corrotta nella parola *deneget*. Ora due dei migliori manoscritti della Vulgata, cioè il *Codex Parisinus* num. 4458 (Y) e il *Codex Collodonianus*, ora appartenente a T. MOMMSEN (C) leggono invece: *id egit*. Questa lezione presenta ad ogni modo il tempo del verbo voluto dall'*ut flueret, cum ius non haberet*. Ciò però non basta punto a sanare questo passo: non è lecito scorgere nell'*omnes*, che è affatto indeterminato, il contrapposto a colui, *qui id egit etc.*<sup>53 a</sup>). Tuttavia questi *omnes* non possono venir più precisamente determinati altrimenti che o con: *qui in flumine etc. faciunt aut in id flumen etc. im-*

<sup>52</sup>) Vedi per es. L. 2 § 7 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (*Si quis quod in publico loco positum habuit, reficere voluit, hoc interdicto locum esse, ARISTO ait, ad prohibendum eum reficere*). L. 1 § 4 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13 (*Si quis ex rivo tecto per apertum ducere velit vel contra, qui ante aperto duxit, nunc aperto velit, interdicto teneri placuit.*). Cfr. anche L. 1 § 11 D. *de riv.*, XLIII, 21. L. 5 § 10 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. L. 4 § 1 D. *de it. actus priv.*, XLIII, 19.

<sup>53</sup>) Vedi per es. L. 1 § 15 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20 (*si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit ducere, impune ei vis fiet*). L. 1 § 8 D. *de mort. inf.*, XI, 8 (*si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor hoc interdicto, si iure te non patiar.*).

<sup>53 a</sup>) A ciò finora non si è posto mente. Cfr. lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 161, il quale mette senz'altro il § 9 dopo il § 12 h. l., e lo riferisce quindi all'interdetto restitutorio, mentre lo PFERSCHÉ, loc. cit., pag. 158, certo con ragione dichiara, che sarebbe addirittura falso quel che il § 9 verrebbe così a dire dell'interdetto restitutorio, che cioè esso abbia luogo solo contro colui *qui id egit, ut aliter aqua fluat*, poichè senza dubbio esso richiede un *factum sive immissum habere* (L. 1 cit. § 11), ma non sente da parte sua, che precisamente dal suo punto di partenza è inconcepibile l'applicazione dell'interdetto proibitorio *adversus omnes*.

*mittunt, o con: qui in flumine etc. factum sive quid in id flumen immissum habent.* Se accettiamo la prima aggiunta l'*id egit* starebbe a designare un atto, che è stato commesso dopo l'emanazione dell'interdetto proibitorio in contraddizione con esso, e l'*hoc interdictum competit* designerebbe per conseguenza anche qui l'obbligo derivante da un atto contrario all'interdetto. Se accettiamo la seconda aggiunta, allora il § 9 citato parla dell'interdetto restitutorio, quindi ha sofferto una trasposizione dal suo luogo, dopo il § 12, dove si trovava originariamente. A favore di questa seconda ipotesi parla la circostanza che il § 10 di questo passo deve senza dubbio aver operato la detta trasposizione<sup>53 b)</sup>.

61. L'opinione dominante può innanzi tutto addurre a sua giustificazione il linguaggio concorde delle fonti, che addita come scopo degli interdetti proibitorii un divieto.

GAIO, IV, 140: *Vocantur — interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat.*

§ 1 I. *de interd.*, IV, 15: — *prohibitoria sunt, quibus vetat aliquid fieri, velut vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripave eius aliquid fieri, quo peius navigetur.*

THEOPHILUS ad h. l.: *Kai prohibitoria mèn èστιν, εν οἷς κωλύει τι γίνεσθαι · οἷον, ἠπάλλει τις ἐπιέναι και τὴν οὐσταν παρ' ἐμοὶ διαταρράττειν νομὴν · προσῆλθον ἐγὼ τῷ πραίτωρι, τὴν τοῦ ἀντιδικου διεγούμενος ἀπειλήν, εἶπον δὲ ἐμαυτὸν ἀπεπιλίπλω; νέμισθαι · και ἀπεφῆνατο ὁ πραίτωρ οὕτως λέγων, Sine vitio possidenti vim fieri veto. τουτίστι, τῷ νεμομέ ωδῖχα ελαττώματος βίαν γίνεσθαι κωλύω. Ἡ και ἐστ' ὅτε τις ἠβούλετο λείψανον, αὐτῷ διαφέρων, εἰσγαγεῖν και ἀπο-*

<sup>53 b)</sup> Vedi infra num. 67 alla nota 31. — Su quei passi, i quali dichiarando apparentemente imprescrittibile il diritto a domandare certi interdetti proibitorii, e indicando così come prescrivibile il diritto a domandarne certi altri, richiedono implicitamente — poichè la prescrizione non può cominciare prima che vi sia un motivo di domandare l'interdetto — che preceda una violazione del divieto edittale (PFERSCHKE, *Interdicta*. pag. 140 alla nota 1), vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 6 segg.; e sulla L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17 che sembra accordare l'*Uti possidetis* o il *secundarium prohibitorium*, che ne deriva, solo *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit*, vedi ivi alla nota 14 segg.

ἴσθαι ἐν τῷ τόπῳ, ἔνθα δίκαιον ἦν αὐτῷ ἀποτίθεσθαι • δοθήσεται αὐτῷ προιβιτόριον ἐντέρδιτον κατὰ τοῦ βουλομένου ἐπέχειν αὐτόν. Ἦ καὶ ἡβούλητό τις ἐν σάκρῳ τόπῳ οἰκοδομῆν, ἢ καὶ ἐν δημοσίῳ ποταμῷ ἢ καὶ ἐν ὄχθῃ αὐτοῦ κατασκευάσειν τι, δι' οὗ κατασκευάσματος χείρονα ἐποίει τὸν τοῦ ποταμοῦ πλοῦν • κἄν ταῦτα δοθήσεται προιβιτόριον ἐντέρδιτον.

A ciò corrisponde il tenore di tutti gli interdetti proibitorii a noi noti. Come divieti essi vogliono per essenza loro aver effetto sul futuro come tale.

Certo anche un divieto può estendere il suo effetto al presente o al passato, però solo in quanto esso proibisca la continuazione di uno stato esistente, di un cambiamento avvenuto. Ora noi non conosciamo alcun interdetto proibitorio, che ciò faccia pur una volta. Nè, per quanto sappiamo, la scienza del diritto romano ha dato a tali interdetti un'interpretazione, secondo la quale essi in seguito a un fatto appartenente al passato o al presente dovessero far capo addirittura al comando di un atto positivo, cioè segnatamente al ristabilimento del pristino stato, e al risarcimento del danno sofferto prima dell'emanazione dell'interdetto <sup>54)</sup>.

Troviamo particolarmente accentuato il carattere di esclusivo riferimento al futuro nell'interdetto *Ne quid in loco publico fiat*. Mentre l'editto nega espressamente ogni mezzo di tutela per un *opus* già eseguito senza opposizione <sup>51a)</sup> *in loco publico*, la giurisprudenza dichiara l'interdetto ammissibile anche quando al tempo della sentenza sulla *sponsio ex interdicto reddito* non sia ancora eseguito alcun *opus*, e quindi l'*adversus edictum factum*, che forma l'oggetto di quella *sponsio*, consista soltanto in atti di preparazione per quell'*opus* <sup>54b)</sup>.

L. 2 pr. §§ 17 sqq. D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (ULP. libro LXVIII *ad ed.*):

*Prætor ait: « Ne quid in loco publico facias inve eum locum im-*

<sup>54)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 56 segg. Cfr. infra § 1838 e num. 104.

<sup>51 a)</sup> Cioè tanto senza un divieto, che fondi l'interdetto *Quod vi aut clam* e senza una *operis novi nuntiatio*, quanto senza una domanda dell'interdetto proibitorio *Ne quid in loco publico fiat*. BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX tit. I § 1672 b num. 39 (ediz. ted. pag. 227) e § 1673 a num. 60 (ediz. ted. pag. 409). — PFERSCHÉ, loc. cit. pag. 134.

<sup>54 b)</sup> Vedi infra § 1838 e num. 104 alla nota 48 segg.

*mittas, qua ex re quid illi damni detur, praeter quam quod lege, senatus consulto, edicto decretove principum tibi concessum est DE EO, QUOD FACTUM ERIT, INTERDICTUM NON DABO* ». — § 17. *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium etc.* — § 18. *SI TAMEN ADHUC NULLUM OPUS FACTUM FUERIT, OFFICIO IUDICIS CONTINETUR UTI CAVEATUR NON FIERI: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.* § 19. *Locorum sacrorum diversa causa est: in loco enim sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur. hoc propter religionem* <sup>55</sup>).

L. 7 eod. (JULIAN. lib. XLVIII dig.):

*Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverit, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.*

E poichè quella decisione è motivata con le parole: *quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium*, e le è contrapposto come esempio del contrario l'interdetto restitutorio *de loco sacro*, essa esprime con piena chiarezza la distinzione fondamentale tra gli interdetti proibitorii da una parte e i restitutorii dall'altra. La L. 7 cit. conferma questa distinzione: ciò che avviene *dopo l'interdictum redditum*, non ciò che avviene *prima* dell'emanazione dell'interdetto, sottostà all'azione del divieto.

Precisamente nello stesso modo vien designata la distinzione tra l'interdetto proibitorio:

*In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto* <sup>56</sup>)

e l'interdetto restitutorio:

*Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in (id ins.)* <sup>57</sup>)

<sup>55</sup>) *Pei loca sacra* v'è infatti oltre un interdetto proibitorio anche un interdetto restitutorio, L. 2 § 1 D. *de interd.*, XLIII, 1. L. 1 § 1 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. LENEL, *Ed. perp.* § 235.

<sup>56</sup>) L. 1 pr. D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13.

<sup>57</sup>) SCHMIDT, *loc. cit.*, pag. 155 nota 6.

*flumen ripamve eius immisum habes, si ob id aliter aqua fuit, atque uti priore aetate fluxit, restituas* »<sup>58</sup>).

Infatti di quest'ultimo è detto nella L. 1 § 12 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.*):

*Hoc interdictum restitutorium proponitur: superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. si quid igitur iam factum est per hoc interdictum restituetur: si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum (quo ins. M.) et si quid post interdictum red- ditum fuerit factum, coercebitur.*

E invero sarebbe sommamente strano ammettere, che il pretore negli interdetti proibitorii si servisse della forma del divieto, non tanto per proibire qualche cosa per l'avvenire, quanto piuttosto per annullare, merchè l'obbligo dell'impetrato a una prestazione positiva, degli effetti di atti già avvenuti. Non si potrebbe rinvenire allora un'antitesi sostanziale tra lo scopo di questi interdetti e quello degli interdetti restitutorii, e sarebbe dipeso unicamente dal capriccio dell'edificante, che venisse scelta a tutela di un dato stato di fatto l'una o l'altra forma di interdetto. Se così fosse, come si spiegherebbe il fatto, che negli interdetti proibitorii rimaneva totalmente preclusa all'impetrato la possibilità di sottrarsi al pericolo della *sponsio* domandando un *arbiter*?<sup>58 a)</sup> E perchè poi sarebbero state istituite per parecchi rapporti due specie di interdetti insieme?<sup>59)</sup> Certamente

<sup>58)</sup> L. 1 cit., § 11.

<sup>58 a)</sup> Vedi infra § 1838 *d num.* 99 alla nota 6 segg.

<sup>59)</sup> Come per *loca sacra e religiosa* (vedi sopra *num.* 55); per le vie pubbliche (L. 2 § 20 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8: *In via publica itinereve publico facere immillere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto*; — L. 2 § 35 *eod.*: *Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.* § 36: *Hoc interdictum ex eadem causa proficiscitur, ex qua et superius, et tantum interest, quod hoc restitutorium, illud prohibitorium est.* — LENEL, *Ed. perp.* § 237 *num.* 2 e 3); per i fiumi pubblici, e tanto a beneficio della navigazione (L. 1 *pr. D. de flum.*, XLIII, 12: *Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.* L. 1 § 19 *eod.*: *Quod in flumine publico ripave eius fiat (factum leg. SCHMIDT, loc. cit., pag. 155 nota 6) sive quid in id flumen ripamve eius immisum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas.* § 20 *eod.*: *Superius interdictum prohibitorium est, hoc restitutorium, ad eandem causam pertinens.* — LENEL, *loc. cit.*,

deve stimarsi un puro caso, che l'autitesi tra le due diverse specie si trovi nelle fonti enunciata unicamente per gli interdetti a tutela di un corso d'acqua pubblico<sup>60</sup>); in realtà non solo esiste la medesima antitesi per tutti gli interdetti, che concorrono in simil modo, ma questa va considerata in generale quale differenza caratteristica tra gli interdetti proibitorii e i restitutorii.

In diretta contraddizione con questa teoria lo PFERSCHE dice a pag. 138: « Se si parte dal principio, che i passi citati (cioè L. 2 §§ 36 sq. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. L. 1 §§ 20 sqq. D. *de flum.*, XLIII, 12 e L. 1 § 12 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13), abbiano voluto far notare la differenza pratica tra gli interdetti proibitorii e i restitutorii — applicati indipendentemente<sup>60 a)</sup> — non bisogna esser propensi ad attribuire a questi passi una portata maggiore, e a dare alle loro parole un senso più ampio di quel che è per l'appunto necessario. I due primi passi dicono soltanto, che l'applicazione degli interdetti in rapporto alla legittimazione passiva è diversa, il terzo passo fa rilevare, che l'interdetto proibitorio non ha

---

§ 241), quanto pel mantenimento del corso delle acque (vedi sopra alla nota 56 segg. LENEL, loc. cit., § 242); per le cloache pubbliche, per le quali v'era un interdetto restitutorio formulato e un proibitorio promesso (L. 1 § 15 D. *de cloac.*, XLIII, 23: *Quod in cloaca publica factum sive (ea) immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas. item ne quid fiat immitaturve, interdicam.* LENEL, loc. cit., § 254). Così è anche per il possesso, che vien protetto tanto con interdetti proibitorii quanto con interdetti restitutorii. Non però per la *missio ventris* nè pel possesso di un acquedotto (L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. L. 1 § 1 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20). Vedi in proposito sopra § 1836 a num. 46 pag. 202 seg. (ediz. ted. pag. 269 seg.). Di diversa opinione il KELLER, *Römischer Civilprocess* (Procedura civile romana), nota 867.

<sup>60</sup>) Nella L. 1 § 12 cit. D. *ne quid in flum publ.*, XLIII, 13. Vedi sopra dopo la nota 58 pag. 268 (ediz. ted. pag. 358). Lo PFERSCHE, *Interdicte*, pagina 138, opina che ULPIANO nella L. 2 §§ 36 sq. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 e nella L. 1 §§ 20 sq. D. *de flum.*, XLIII, 12 (vedi nota precedente) debba evidentemente aver detto in origine la stessa cosa, che noi leggiamo ancora nella L. 1 § 12; e che ciò che manca sia stato cancellato dai compilatori.

<sup>60 a)</sup> Cioè, se bene intendo, in un'applicazione che non sia quella, che hanno nel corso della procedura di remissione. Cfr. PFERSCHE, pag. 64 segg. BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX, tit. I § 1673 a num. 60 (ediz. ted. pag. 408 segg.).



effetto contro i mutamenti compiuti, che contro questi è invece impiegato l'interdetto restitutorio, mentre il proibitorio viene in acconcio quando nulla è ancora accaduto. Da questo passo, ove lo si interpreti senza prevenzioni, non v'è da desumere altri dati; soprattutto esso non contiene alcun cenno sulla questione, se l'interdetto proibitorio presupponga o no una legittimazione passiva prima della sua emanazione ».

Similmente, secondo lo PFERSCHE, pag. 135 seg., dalla L. 2 pr. D. *ne quid in loco publico* XLIII, 8<sup>60 b)</sup> risulta « soltanto che il *ne quid in loco publico* non può essere un interdetto *de eo quod factum est*, e che lo stesso vale anche per i rimanenti interdetti proibitorii. L'espressione *de eo quod factum est* può designare soltanto lo scopo dell'interdetto restitutorio ricusato, nello stesso modo che si potrebbe chiamare il proibitorio un interdetto *de eo quod faciendum est*, che cioè tutela contro future violazioni. Ma sulla questione capitale, per qual motivo cioè venga accordata questa protezione giuridica per futuro, nulla risulta dai passi esaminati (L. 2 cit. § 17 e L. 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8) ». Purtroppo nemmeno lo PFERSCHE dice nulla in proposito; e noi non possiamo dare altra risposta a tale quesito, se non questa: motivo principalmente dell'interdetto proibitorio *de loco publico* è il timore di atti futuri, che danneggino l'impetrante.

E secondo la L. 1 § 12 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13 dobbiamo scorgere quale motivo principalmente dell'interdetto proibitorio *de flumine publico* appunto il timore di atti futuri della specie vietata.

Ora se tale timore di fronte a una determinata persona è sufficiente alla legittimazione passiva di essa in questi due interdetti, non si capisce, perchè ciò non dovrebbe bastare ugualmente negli altri interdetti proibitorii. Non è che un espediente consigliato da un estremo imbarazzo, l'affermare, come fa lo PFERSCHE (pag. 138 seg.), « che i passi adottati, sui quali l'opinione dominante si è principalmente fondata o potrebbe fondarsi », « non contengono norme generali, ma debbono essere interpretati limitatamente ai casi concreti ». Al con-

<sup>60 1)</sup> Vedi sopra pag. 266 (ediz. ted. pag. 356).

trario tanto la L. 2 § 17 D. XLIII, 8 quanto la L. 1 § 12 D. XLIII, 13 accennano anzi, come abbiám già detto, alla fondamentale antitesi tra interdetti proibitorii in generale e interdetti restitutorii in generale.

62. Nè a tale principio contraddice punto quel che ci è riferito di due interdetti proibitorii, che essi in certe date circostanze sono anche restitutorii, e cioè dell'interdetto *ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est* e dell'interdetto *de aqua cottidiana*<sup>61</sup>).

Con ciò si vuol soltanto dire, che il divieto della *vis* di fronte alla *ventris nomine missa* e a colui, che nell'ultimo anno prima dell'emanazione dell'interdetto *de aqua cottidiana* ha derivato una volta l'acqua in modo non vizioso, ha il suo effetto anche allorquando a quella vien sottratta una cosa da lei già tenuta, che appartiene alla massa ereditaria oggetto dell'immissione, o quando a quest'ultimo è frattanto andato perduto il quasipossesso non vizioso della servitù d'acquedotto. Nemmeno qui si verifica in alcun modo un obbligo dell'impetrato a una prestazione positiva qualsiasi; gli viene unicamente proibito di impedire alla *ventris nomine missa* la presa di possesso della cosa, all'antico quasipossessore della servitù d'acquedotto l'ulteriore esercizio di tale servitù. Del resto è anche superfluo osservare, che nella formula degli interdetti in discorso non v'è neppure una sillaba, che accenni all'avvenuta perdita della detenzione o del possesso; la sola ragione, per cui questi interdetti possono estendersi anche al caso della perdita si è, perchè il loro tenore è così generale, che abbraccia anche questo caso.

Lo stesso naturalmente deve dirsi di tutti quegli interdetti proibitorii, i quali, come sopra abbiamo visto<sup>62</sup>), possono avere un effetto recuperatorio.

Così pure solo in apparenza la L. 2 § 6 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 contiene un'eccezione al nostro principio:

(ULP. lib. LXVIII *ad ed.*) *Cum quidam velum in maeniano immissum haberet, qui*<sup>63</sup>) *vicini liminibus officiebat, utile interdictum com-*

<sup>61</sup>) L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. L. 1 § 1 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20 vedi sopra § 1836 a num. 46 pag. 202 (ediz. ted. pag. 269).

<sup>62</sup>) § 1836 a num. 46 pag. 203 (ediz. ted. pag. 271).

<sup>63</sup>) *quo scr. M.*

*petit: « ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus Gaii Seii officias ».*

Un tale ha munito il suo balcone di una tenda da sole, di una cosiddetta *marquise*, che, per servire al suo ufficio, deve venire abbassata nello spazio sovrastante a una piazza o a una strada pubblica <sup>64)</sup>, ma abbassata toglie la luce al vicino. L'interdetto appositamente formulato per quest'ultimo ad ovviare a tale inconveniente non ordina punto, come una lettura superficiale del testo potrebbe far credere, di togliere la tenda: se questa rimane tirata su, nulla importa all'impetrante, che essa stia o no in quel balcone: giacchè in tale posizione non pregiudica in alcun modo il suo bisogno di luce. E nemmeno potrebbe essergli di pregiudizio in tal rapporto, che essa, a mo' d'esempio, venisse abbassata durante la notte. Ciò che gli reca danno è, che la sua abitazione è resa oscura in seguito all'abbassamento della tenda durante il giorno, il che, già s'intende, non avviene una volta per tutte, ma si ripete a seconda del bisogno, mentre di notte, e quando il cielo è nuvoloso, la tenda resta alzata. Appunto quest'abbassamento della tenda durante il giorno vien proibito per l'avvenire con quell'interdetto <sup>65)</sup>. — Solo interpretando così la L. 2 § 6 cit. si capisce, perchè invece dell'interdetto formulato nell'editto *Ne quid in loco publ. fiat vel immittatur* venga dato un *interdictum utile* <sup>65 a)</sup>. L'*immittere* proibito con questo non è per sua natura che qualche cosa di passeggero, simile per esempio alla sospensione di bandiere. Però mentre per la sospensione di una bandiera nelle ri-

64) Cfr. L. 2 cit. § 3.

65) Della stessa opinione è lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 60. Lo PFERSCHÉ, loc. cit., pag. 113 seg. nota 3, stima tale interpretazione « un po' gretta »; egli opina che « essendo la tenda qualche cosa di mobile, i Romani — debbono aver considerato il lasciarla spiegata come un atto ripetuto continuamente, ed aver dato subito all'interdetto un effetto restitutorio indiretto ».

65 a) Lo stesso dice lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 20. La Glossa (*ad h. l. r. utile*) trova la ragione per l'*interdictum utile* in ciò, *quia in suo, non publico facit, licet extendatur in publico: quia in suo usque ad coelum liberum esse debet*. Secondo tale parere anche di fronte al disegnato innalzamento di un avanzo di fabbrica stabile sporgente su di una piazza pubblica potrebbe aver luogo solo un *interdictum utile*, in recisa contraddizione con l'editto: *neve in eum locum quid immittas*.

correnze consuete non verrebbe dato un interdetto — sebbene anche una bandiera possa scemar luce al vicino in modo assai sensibile —, il collocamento di una *marquise*, che si apre nello spazio sovrastante a un *locus publicus*, e il cui uso implica una molestia arrecata al vicino oltre i limiti generalmente ammessi, offre sufficiente motivo di intervenire in soccorso di quest'ultimo. Dall'altro lato anche per la dichiarazione espressa dell'editto:

*de eo quod factum erit interdictum non dabo*<sup>66</sup>) — non si può supporre che questo *interdictum utile* sia diretto alla rimozione della tenda. Non si può negare l'effetto recuperatorio all'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* unicamente in quei casi, in cui col ristabilimento del pristino stato *urbs ruinis deformatur*<sup>67</sup>). Certo è il timore che permettendo la demolizione di edifici la città venisse deturpata, che può avere indotto il pretore a rifiutare già da prima espressamente un interdetto *de eo, quod factum erit*; ma una volta ciò avvenuto, quella considerazione del legislatore non ha più valore pel caso pratico: altrimenti si dovrebbe dare l'interdetto anche allorquando vengono eseguite costruzioni illecite in luoghi pubblici al di fuori della città. Il motivo giuridico positivo, pel quale non è ammesso l'interdetto formulato nell'editto per un cambiamento già avvenuto, sta solo nella circostanza:

*quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium*<sup>68</sup>).

Ancor meno può trarci in inganno e farci dubitare del nostro principio la L. 17 § 2 D. *si serv*, VIII, 5:

(ALFENUS lib. II dig.) *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur*<sup>69</sup>) *quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere*

<sup>66</sup>) L. 2 pr. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (vedi sopra pag. 266 (ediz. ted. pag. 356)).

<sup>67</sup>) Così fanno, a quanto ci fa sapere lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 60 nota 43, le *Rechtssprüche der Juristenfakultät zu Rostock* (Decisioni della Facoltà di Giuristi di Rostock) (Berlino 1846) pag. 111, che io non posso consultare.

<sup>68</sup>) L. 2 cit. § 17 (sopra pag. 266 seg. (ed. ted. pag. 356 seg.)). Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 59 seg.

<sup>69</sup>) *consulebat* scr. M.

*oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*

Qui infatti non è punto designato l'interdetto, per mezzo del quale alcuno può domandare la rimozione di un letamaio collocato in loco pubblico, quando il suo muro ne venga reso umido. E secondo quanto abbiamo sopra esposto è assolutamente inammissibile vedere indicato in questo frammento l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat*, come fa il GLÜCK<sup>70)</sup>: quest'interdetto è anzi espressamente negato per opere già fatte. Nè si sarebbe meglio nel vero pensando con la Glossa<sup>71)</sup> all'interdetto restitutorio tramandatoci nella L. 2 § 35 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8.

ULP. lib. LXVIII ad ed.:

*Practor ait: « Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas ».*

Perocchè è innanzi tutto affatto arbitrario limitare a una via pubblica l'espressione della L. 17 § 2 cit. « *in loco publico* » usata in modo affatto generale. E anche chi volesse ciononostante permettersi un tale arbitrio, non potrebbe applicare qui l'interdetto restitutorio citato: non ci vien detto, che il letame che inumidisce il muro del fondo attiguo peggiori la via nel senso dell'interdetto, cioè la via per passare<sup>72)</sup>; e certo ciò di per sè non risulta.

Finalmente limitando ALFENO l'interdetto, di cui vuol realmente parlare, al *locus publicus*, risulta anche da ciò chiaro, che egli non può pensare all'*Uti possidetis*. Infatti se motivo dell'interdetto fosse

<sup>70)</sup> In questo *Commentario*, vol. X § 673 nota 80.

<sup>71)</sup> *ad h. l. v. per interdictum*). *Scilicet ne quid in loco publico fiat, ut infra, ne quid in loco publ. L. II secundum quosdam. Imo per secundum: quod est, ut factum destruat, ut infra, ne quid in loco publ. L. II § ait praetor, quod in via (§ 35).*

<sup>72)</sup> Cfr. L. 2 §§ 32 sq. D. *de loco publ.*, XLIII, 8: *Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad comueandum corrumpatur, hoc est ad eundem vel agendum, ut cum plana fuerit, clivosa fiat vel ex molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex siccā. § 33: Scio tractatum, an permittendum sit specus et pontem per viam publicam facere: et plerique probant interdicto eum teneri: non enim oportere eum deteriorem viam facere. Sintende senz'altro, che questi precetti, che trattano dell'interdetto proibitorio *Ne quid in via publica fiat* vanno estesi anche all'interdetto restitutorio *de via publica*.*

una turbativa del possesso del muro, esso dovrebbe essere ugualmente applicabile, anche quando quel letamaio fosse situato su di un fondo privato vicino, e in specie sul fondo del convenuto. Ma nella permanenza del letamaio non è riposta una turbativa del possesso ulteriore del muro reso umido in seguito all'esser stato ivi collocato tale letamaio: il possessore ora possiede appunto il muro umido<sup>73)</sup>. — È appunto quel limitare al letamaio posto *in loco publico* l'interdetto in discorso, che ci dà la spiegazione della sua natura: quest'interdetto può essere soltanto l'*interdictum Quod vi aut clam*. Infatti « colui, contro il quale è diretta la proibizione, o che ha agito clandestinamente di fronte all'interdetto *Quod vi aut clam* dato per un *opus in publico*, non può mai addurre a sua difesa, che egli agisce *in suo* »<sup>74)</sup>. Chi invece colloca un letamaio in un fondo privato, che si trova nel suo possesso, non ha bisogno di curarsi del divieto del vicino, e perciò nel collocare il letamaio può anche non agire con una clandestinità, che lo espone all'interdetto<sup>75)</sup>. Per conseguenza il *cogere vicinum ut sterculinum tol'at* avviene in forza non di un interdetto proibitorio, ma di un interdetto restitutorio.

63. Per contro noi riconosciamo, che certi interdetti proibitorii possono obbligare a una prestazione positiva.

Tal'è inuanzi tutto il caso dell'interdetto di remissione, in forza di una ragione tutta speciale. La remissione infatti in tanto mantiene espressamente la denuncia, in quanto il denunziante dimostri il suo *ius prohibendi*. Poichè essa adunque ripete in tale ipotesi il divieto

<sup>73)</sup> Così vediamo, che anche la L. 19 pr. D. *de S. Pr. U.*, VIII, 2 per l'inumidimento del mio muro in seguito al modo, in cui il vicino fa uso del suo *tepidarium*, dà contro il vicino non l'*Uti possidetis*, ma la *negatoria in rem actio* (*posse prohiberi = non iure habere*).

<sup>74)</sup> STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam* (La dottrina della *operis novi nunciatio* e dell'interdetto *Quod vi aut clam*), pag. 472 sotto. Lo PFERSCHÉ, *Interdiete*, pag. 112 seg., riferisce la L. 17 § 2 cit. all'*Uti possidetis*, ritenendo, che il vicino con lo stabile collocamento del letamaio invada il possesso dell'altro anche pel futuro, cioè dopo l'emanazione dell'interdetto.

<sup>75)</sup> Cfr. STÖLZEL, loc. cit., pag. 431: Terzo. — L'inumidimento del muro, almeno secondo il concetto di ALFENO, non contiene un'invasione nei confini reali del possesso del vicino.

privato espresso nella denuncia, retroagendo al momento dell'eseguita denuncia, obbliga l'impetrato a demolire tutto quello, che ha costruito tra la denuncia e l'emanazione dell'interdetto in contraddizione col diritto di proibizione del denunziante <sup>75 a)</sup>).

Di gran lunga più importante è il fatto, che in una grande classe di interdetti proibitorii sorge un obbligo positivo dell'impetrato, allorchando egli prima dell'emanazione dell'interdetto ha prodotto uno stato di cose, la cui permanenza dopo l'emanazione si manifesta contraria al divieto. Perocchè essendogli con l'interdetto vietata per il futuro appunto quell'influenza di fatto, che egli esercita in forza della continuazione di quello stato di cose, non potrà ottemperare al divieto in altro modo, che facendo cessare tale stato di cose.

L. 3 § 9 D. *uti poss.*, XLIII, 17:

(ULP. lib. LXIX *ad ed.*). *Si vicinus meus in parte IN PABIE TE meo tectoria habet et in parte sua* <sup>76)</sup>, *Uti possidetis mihi efficaax est, ut ea tollere compellatur.*

Un tale ha apposto l'intonaco in parte sulla parete posseduta dal vicino. Questi ottiene contro di lui l'*Uti possidetis*, e poichè, come senza dubbio possiamo ammettere, l'altro *cetera ex interdicto facere non vult*, ottiene subito dopo l'*interdictum secundarium*, che essendo diretto contro un nonpossessore gli vien dato in forma proibitoria. L'impetrato per ottemperare al divieto, deve ora rimuovere l'intonaco dalla parete dell'impetrante, altrimenti commette contro di lui una *vis* contraria all'editto.

S'intende però, che l'estensione di un interdetto proibitorio a uno stato di cose già verificatosi prima dell'emanazione dell'interdetto è possibile solo in quei casi, in cui un tale interdetto vieta non un atto come tale, ma una turbativa o un impedimento arrecato all'impetrante dall'impetrato, che sarebbe riposto appunto nella continuazione di quello stato.

<sup>75 a)</sup> Vedi in proposito BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX, tit. I § 1673 num 50 e 58 (ediz. ted., pag. 305 seg. e pag. 390 seg.).

<sup>76)</sup> Il MOMMSEN, *ad h. l.*, avverte, che « sua » non va riferito a « parte », ma va con *tectoria* come apposizione, vuol dire cioè i *tectoria* della parete del vicino.

Ora ciò fanno — oltre l'*Uti possidetis* già mentovato col relativo *interdictum secundarium* proibitorio, e l'analogo interdetto *de superficialibus* — segnatamente gli interdetti: *ne vis fiat ei, qui legatorum, quae ventris, qui damni infecti nomine in possessionem missus missave est; de mortuo inferendo; de sepulchro aedificando; ut via publica itinereve publico ire agere liceat; de loco publico fruendo; de via publica et itinere publico reficiendo; ut in flumine navigare liceat; de ripa munienda; de itinere actuque privato; de itinere actuque privato reficiendo; de aqua cottidiana et aestiva; de aqua ex castello ducenda; de rivis; de fonte; de fonte reficiendo; de cloaca privata; de arboribus caedendis; de glande legenda; de liberis ducendis; Utrubi; de migrando*, e finalmente anche il *Salvianum*. Questi sono tutti interdetti che contengono un *vim fieri veto*<sup>77)</sup>, in altri termini sono appunto quelli, che vietano un certo modo di agire precisamente in quanto esso contiene una *vis* di fronte a un certo atto, che l'impetrante si propone di fare o a una facoltà a questo spettante di disporre della cosa<sup>78)</sup>.

Ed infatti in varii fiammenti è ben lecito intendere il *prohibere* nel senso suesposto di un impedimento contrario all'interdetto, prodotto dal continuare di uno stato già verificatosi per opera dell'impetrato<sup>79)</sup>.

L. 1 §§ 3, 8, 10 D. *de mort. inf.*, XI, 8:

(ULP. lib. LXVIII ad ed.) § 3: *Item si mihi in fundum via debeat, in quem fundum inferre volo, et VIA PROHIBEAR, hoc interdicto posse me experiri placuit, quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor: idque erit probandum, et si alia servitus debeat.* § 8: *Aedificare videtur prohibere, et qui PROHIBET EAM MATERIAM CONVEHI, quae aedificatio necessaria sit. proinde et si OPERI NECESSARIOS PROHIBUIT QUIS VENIRE, interdictum locum habet, et si MACHINAM ALLIGARE QUIS PROHIBEAR, si tamen eo loci prohibeat, qui servitutem debeat: ceterum si in meo loco velis machinam ponere, non tenebor interdicto, si iure te non patiar.* § 10: *Is, qui id agit, ut LABATUR SEPULCHRUM, hoc interdicto tenetur.*

<sup>77)</sup> Cfr. sopra § 1836 a num. 37 nota 40 pag. 152 (ediz. ted. pag. 202 seg.). Senza dubbio va posto con questi anche l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui missus est* (di cui non conosciamo il tenore) nelle sue varie applicazioni. — Vedi anche SCHMIDT, loc. cit., pag. 63 nota 48.

<sup>78)</sup> Cfr. § 1836 a num. 37 pag. 153 (ediz. ted. pag. 204).

<sup>79)</sup> Cfr. del resto infra num. 65 nota 98 pag. 283 (ediz. ted. pag. 379).



Senza dubbio il *via prohibere* del § 3, come pure il *prohibere materiam convahi*<sup>80)</sup>, il *prohibuisse operi necessarios venire* e il *machinam alligare prohibere* del § 8 possono interpretarsi come uno sbarramento della via o del luogo, un averlo reso inaccessibile permanentemente, per es. con steccati, fossi o simili<sup>80 a)</sup>. Del pari si può assai bene scorgere nell'*id agere, ut labatur sepulchrum* un atto con effetto costante, il quale comprometta la solidità del sepolcro già cominciato oppure già condotto a termine, quale sarebbe per es. lo scavamento in vicinanza di esso di un fosso, che ne scopra le fondamenta, o al-cunchè di simile<sup>81)</sup>.

Sulla stessa linea del divieto della *vis* può stare anche il divieto di un *immittere*, ove un impianto già fatto abbia anche pel futuro l'effetto che venga immesso cattivo odore o umidità nel modo vietato. Così va intesa la

L. 2 §§ 26, 27, 28, 29 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8:

(ULP. lib. LXVIII *ad ed.*). § 26. *Si quis cloacam in viam publicam immitteret, exque ea re minus habilis via per cloacam*<sup>81 a)</sup> *fiat, teneri eum LABEO scribit: immississe eum videri.* § 27. *Proinde et si fossam quis in fundo suo fecerit, ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur; immissum enim habere etiam tunc videri.* § 28. *Idem LABEO scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: NERVA autem melius scribit, utrumque teneri. plane si fundus viam publicam contingat, et ex eo aqua derivata deteriorem viam faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habeas, eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum: si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri: eum enim videri factum habere, qui usum*<sup>81 b)</sup> *eius aquae habeat.*

<sup>80)</sup> Così pure nella L. 4 pr. § 1. L. 5 pr. § 1 D. *de it. actug. priv.*, XLIII, 19. L. 3 § 10 D. *de riv.*, XLIII, 21.

<sup>80 a)</sup> Parimenti va inteso come un impedimento permanente il *prohibitum esse*, che secondo la L. 8 § 5 D. *de relig.*, XI, 7 fa sì che *interdictum de mortuo inferendo competat*. Vedi infra § 1838 num. 82 nota 1<sup>b)</sup>.

<sup>81)</sup> Cfr. BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 75.

<sup>81 a)</sup> *per cloacam* del M.

<sup>81 b)</sup> *qui ius scr.* M.

*idem NEEVA scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius, qui tecum experitur, cum vicino experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris, neque per te stet, quo minus arbitrato aotoris cum vicino experiaris. § 29. Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re, de ea re interdicto uti*<sup>81 c).</sup>

64. Resta però sempre fermo, che uno stato di cose già verificatosi può cadere sotto l'effetto di un interdetto proibitorio, solo allorquando esso sia stato prodotto da un atto positivo dell'impetrato medesimo. Poichè solo a questa condizione l'impedimento, che il continuare di quello stato di cose cagiona all'impetrante riguardo a un determinato atto, può esser considerato come una *vis adversus edictum facta*. Non è così, quando lo stato di cose in discorso ha avuto origine già da un fatto dell'autore dell'impetrato, per es. da un fatto della persona, di cui questi è erede<sup>32)</sup>: qui l'interdetto proibitorio è inapplicabile contro quest'ultimo.

<sup>81 c)</sup> Lo PFERSCHÉ, loc. cit., pag. 112 alla nota 3, opina, che il § 29 ammetta l'interdetto *Ne quid in via publica facias neve immittas* solo come eccezione. Ciò però ch'egli dice, che la forma dell'interdetto « veramente non è concepita in vista di una violazione commessa con atti isolati », mi sembra inconciliabile col concetto del *facere*. Inoltre la L. 2 cit. § 9 non nega l'interdetto *Ne quid in loco publico facias* per la ragione ammessa dallo PFERSCHÉ, ma perchè gli atti in essa indicati non sono diretti contro il *locus publicus* stesso, non sono un *facere immittere in eo*. Nè tampoco è dalla L. 2 cit. § 30 ammesso l'interdetto come eccezione. *Hoc interdictum etiam ad ea, quae pascuntur in via publica et deteriolem faciant viam, locum habet*. Anzi il poter esser proibito per suo mezzo anche un *pecoris appulsus* dannoso alla via pubblica è una conseguenza necessaria del contenuto edittale dell'interdetto. — Del dovere dell'impetrato, ammesso dallo PFERSCHÉ come sottinteso, di prestar cauzione in tali casi per la futura astensione da tali atti, io non so vedere nelle fonti alcuna traccia. Cfr. infra § 1838 e num. 104 dopo la nota 60<sup>d</sup>. E per di più oscuro, come ritenga lo PFERSCHÉ, pag. 113 dopo la nota 2, che giusta la L. 2 § 7 D. XLIII, 8 la riparazione della prima opera deve contraddire alla « cauzione da imporre », dappoichè « qui non si può tendere col *prohibitorium* — alla rimozione di ciò ch'è stato fatto prima dell'interdetto ». Perocchè appunto per questa ragione l'impetrante, che ottiene l'interdetto dopo l'esecuzione della prima opera, nell'azione derivante dalla sua *sponsio* sarebbe respinto, in quella dell'impetrato derivante dalla *restipulatio* sarebbe condannato; nè sarebbe in alcun modo qui aperto l'adito a un *iudicium seculorium*, nel quale solo potrebbe venire imposta una cauzione di questa specie. Vedi § 1838 e num. 104 dopo la nota 47.

<sup>32)</sup> Vedi infra § 1837 num. 67 alla nota 39 (ediz. ted. pag. 391).

L. 3 § 4 D. *uti poss.*, XLIII, 17:

(ULP. lib. LXIX *ad ed.*) *Item videamus, si auotor 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*<sup>83)</sup> *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.*

Certamente colui, che trae le mie viti sui suoi alberi mi impedisce l'*uti mea possessione arbitrio meo*; poichè malgrado quello spostamento le viti continuano a restare nel mio possesso come parte del fondo da me posseduto. Il divieto ottenuto contro di lui, di non porre impedimento al mio stato di possesso, lo obbligherà quindi a sciogliere le viti dai suoi alberi e a renderle alla mia libera disposizione. Il suo avente causa invece col solo fatto, che egli lascia le mie viti legate ai suoi alberi non viola in alcun modo il divieto di porre impedimento, a che io disponga liberamente del mio campo. Egli commetterà una *vis adversus edictum*, solo quando malgrado l'interdetto *Uti possidetis* o l'interdetto secondario proibitorio emanato contro di lui m'impedisca di sciogliere le viti dai suoi alberi e di riportarle nel mio fondo<sup>84)</sup>.

Ciò posto, è facile scorgere, quale decisione debba avere la tanto discussa questione, se sia applicabile l'*Uti possidetis*, quando il muro del vicino rigonfia di più di un mezzo piede nella mia area. Infatti già a bella prima quest'interdetto proibitorio si palesa inapplicabile là, dove il rigonfiamento non è stato prodotto da un atto positivo del vicino: è evidente, che egli non m'impedisce in alcun modo l'*uti mea possessione*. Oltre di che non è punto vero, che un vicino sia di per sè obbligato verso l'altro a mantenere il suo muro in buono stato; altrimenti non sarebbe necessario domandare una *cautio damni infecti* per sicurtà contro un danno temuto. Ma anche quando e dove esiste

<sup>83)</sup> *eum debere* del M., e così il POTHIER. Lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 62, legge: *aut te uti in eum*.

<sup>84)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 62. — BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 79.

un obbligo di un vicino verso l'altro alle riparazioni, l'inadempimento di tale obbligo nel caso di bisogno di riparazioni non cagionato da un atto positivo del primo non cadrebbe mai sotto l'*Uti possidetis* come impedimento recato all'altro con un « atto d'omissione »<sup>85</sup>: il non togliere colposamente un impedimento, che ha luogo senza l'opera nostra, non è un impedimento fatto da noi. Appunto questa differenza — analoga alla differenza tra *culpa in non faciendo* e *culpa in faciendo* — tra il non ovviare a un impedimento, che vien da parte di un terzo e il non ovviare a quello, che vien causato da un nostro proprio atto positivo, come per es. dal menare bestiame al pascolo, ammuccchiare sabbia ai nostri confini e simili, non è stata avvertita dal BRUNS, quando<sup>86</sup>) pone lo sporgere del muro alla pari con casi di quest'ultima specie. — Tuttavia anche là, dove il rigonfiamento del mio muro è stato prodotto da un mio proprio atto positivo, non posso essere costretto alla riparazione con l'*Uti possidetis*. Perocchè il muro, che rigonfia nell'area del vicino, rimane nel mio possesso: io lo posseggio appunto con quel rigonfiamento; mentre viceversa l'oggetto del possesso del vicino ne è stato sminuito; precisamente come quando io ho già costruito illecitamente nella mia casa uno sporto, che ingombra la sua area. Nello stesso modo che in quest'ultimo caso, com'è noto, non soccorre l'*Uti possidetis*<sup>87</sup>),

<sup>85</sup>) Come opina il BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 73 e pagina 80.

<sup>86</sup>) Loc. cit., pag. 71 segg., pag. 80.

<sup>87</sup>) L. 3 §§ 5 sq. D. *uti poss.*, XLIII, 17 (ULP., lib. LXIX *ad ed.*): *Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud Cassium relatum, utriusque esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.* § 6. LABEO quoque scribit: *ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdictis tecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegatur, an, quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdicto tecum sic « uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est »?* Cfr. su questo frammento lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 63 seg., il quale a nota 49 propone di leggere « *at* » invece di « *an* ». — WITTE, *Das interdictum U. p.* (L'interdetto *Uti possidetis*), pag. 103 segg. — BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 81 seg. In nessun caso « l'inutile » del § 5 può esser cambiato con CUIACIO e il MOMMSEN in « *id utile* » o in altro modo simile.

così non può soccorrere nemmeno in quello <sup>88)</sup>; e difatti le fonti nominano come azione adatta all'uopo solo la *negatoria in rem actio* <sup>89)</sup>.

65. Se dunque gli interdetti proibitorii per massima fondamentale hanno effetto solo pel futuro, è facile comprendere, che i loro requisiti, in quanto concernono l'impetrato, non occorre si riferiscano al passato o al presente.

Difatti noi troviamo requisiti della persona dell'impetrato in rapporto al passato o al presente, secondo la restituzione del LENEL, soltanto nei seguenti interdetti proibitorii:

*de ripa mudienda* <sup>90)</sup>:

*si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est, aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdatur —;*

*de cloaca privata* <sup>91)</sup>:

*— cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet —;*

*ne vis fiat aedificanti* <sup>92)</sup>:

*si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quo minus satisdatur —;*

*de arboribus caedendis* <sup>93)</sup>:

*Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas —;*

*Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas —;*

*de glande legenda* <sup>94)</sup>:

*Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat —;*

88) Cfr. RANDA, *Der Besitz* (Il possesso), 3.<sup>a</sup> ediz. pag. 183 nota 63.

89) L. 14 § 1. L. 17 pr. D. *si serv.*, VIII, 5. Cfr. BRUNS, loc. cit., pag. 73 alla nota 3.

90) LENEL, *Ed. perp.*, § 244.

91) Ivi § 254.

92) Ivi § 257 sotto il num. 3.

93) Ivi § 259 sotto i num. 1 e 2

94) Ivi § 260.

9) Ivi § 265.

*de migrando* <sup>95)</sup>:

*Si his homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta importata ibi nata factae essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est, et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quo minus solvatur etc. --*

Con questi va posto anche il *Salvianum* <sup>96)</sup>, di cui però non conosciamo il tenore. Probabilmente in esso era espresso il fatto del contratto di pegno tra impetrato e impetrante e della seguita illazione come pure la circostanza, che il soddisfacimento dell'impetrante non ha avuto luogo, ma che però non è stato reso impossibile da lui.

Dalle formule qui riportate si scorge chiaramente, che anche quei requisiti della persona dell'impetrato appartenenti al passato o al presente non consistono se non in atti dell'impetrato, che vengono ora impugnati nei loro effetti come contrarii all'interdetto.

S'intende di per sè, che in generale sarà stato domandato un interdetto proibitorio soltanto là, dove il contegno dell'impetrato faceva temere appunto il verificarsi di uno stato di fatto, che doveva esser proibito con l'interdetto, cioè allorquando v'erano da temere da parte sua degli atti di turbativa, o quando egli minacciava addirittura di tali atti. Perciò non di rado è detto di un interdetto proibitorio, che esso ha luogo, quando alcuno *vuol* eseguire un certo atto <sup>97)</sup>; e si capisce, come TEOFILO cita a mo' d'esempio le minacce dell'avversario quale motivo dell'*Uti possidetis* <sup>98)</sup>. Tuttavia di fronte al completo silenzio delle formule degli interdetti non può porsi in dubbio, che ciò non costituiva un requisito *giuridico* dell'emanazione dell'interdetto. E per vero sarebbe stato un grande errore, porre tra i requisiti giuridici una precedente minaccia. Come lo SCHMIDT <sup>93 a)</sup>

<sup>96)</sup> Ivi § 266.

<sup>97)</sup> Vedi sopra num. 60 nota 52 pag. 264 (ediz. ted. pag. 352). TEOFILO, ad § 1 I. *de interd.*, IV, 15, i. f. (vedi sopra num. 61 pag. 265 (ediz. ted. pag. 355)).

<sup>98)</sup> Ad § 1 I. *de interd.*, IV, 15) (vedi sopra num. 61 pag. 265 (ediz. ted. pag. 355)). Certo un *prohiberi* designato come motivo di un interdetto proibitorio può bene spesso essere usato a significare minacce. Cfr. sopra numero 63 alla nota 79 pag. 277 (ediz. ted. pag. 371).

<sup>93 a)</sup> Loc. cit., pag. 152 seg.

giustamente osserva, chi avesse avuto l'accortezza di non far prima una minaccia, avrebbe potuto ledere gli interessi di terzi col fare opere su di un *locus publicus*, senza essere esposto a un'azione; poichè, com'è noto, in questo caso non vien dato un interdetto restitutorio <sup>99)</sup>.

Contro il pericolo di un'infondata *in ius vocatio* notificata allo scopo di ottenere un interdetto proibitorio v'era, come sopra abbiamo veduto <sup>100)</sup>, la garanzia dell'*actio iniuriarum*.

66. Resta ora a vedere, se, ed eventualmente fino a che punto, è tenuto da un interdetto l'avente causa di colui, il quale avrebbe potuto esser citato con successo con quell'interdetto.

Prendiamo innanzi tutto a considerare il caso del successore universale.

Semprechè un interdetto restitutorio, giusta il suo tenore conforme all'editto, ha per requisito un atto dell'impetrato appartenente al passato, come l'*Unde vi* <sup>1)</sup>, o la conoscenza da parte dell'impetrato di un atto illecito commesso da un terzo, come l'*interdictum fraudatorium* <sup>2)</sup>, esso non può esser domandato contro l'erede dell'impetrato. Per la prima ragione vengon meno segnatamente quegli interdetti restitutorii, che contengono espressamente l'alternativa del *dolo malo fecisse, ut desineretur possideri* <sup>3)</sup> o simili, oppure in cui una tale alternativa è sottintesa <sup>3 a)</sup>, in quanto l'una cosa o l'altra dev'essere fatta valere <sup>4)</sup>.

Parimenti essi non si trasmettono passivamente nell'erede, ove l'altra alternativa sia diretta semplicemente a un *possidere*, come nell'interdetto *Quem fundum* <sup>5)</sup>, o a un *factum immisum habere*, come negli interdetti *de via publica, de flumine publico e de cloaca publica* <sup>5 a)</sup>.

<sup>99)</sup> L. 2 pr. §§ 17 sqq. L. 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (vedi sopra num. 61 pag. 266 seg. (ediz. ted. pag. 356 seg.).

<sup>100)</sup> § 1836 c num. 57 pag. 247 (ediz. ted. pag. 329 seg.).

1) Vedi sopra num. 58 pag. 249 seg. (ediz. ted. pag. 332).

2) Ivi pag. 249 (ediz. ted. pag. 332 seg.).

3) Ivi pag. 250 (ediz. ted. pag. 333 seg.).

3 a) Ivi pag. 252 seg. (ediz. ted. pag. 336 seg.).

4) SCHMIDT, loc. cit., pag. 163 sotto la lettera a in fine

5) LENEL, *Ed. perp.*, § 248 sotto il num. 1 in fine.

5 a) Vedi sopra num. 58 pag. 250 (ediz. ted. pag. 334).

Se l'erede possiede, o ha il *factum immisum* in suo potere, allora egli è tenuto perchè possiede o ha la cosa, non perchè è erede <sup>6)</sup>. Invece là, dove la legittimazione passiva richiede un *possidere* qualificato, come il *pro herede vel pro possessore possidere* nel *Quorum bonorum* e *Quam hereditatem* <sup>7)</sup>, il *legatorum nomine possidere* nel *Quorum legatorum* <sup>8)</sup>, quegli interdetti non sono senz'altro applicabili contro gli eredi del primitivo legittimato, ma possono bensì applicarsi contro di quelli, quando posseggono: perocchè quella qualificazione del possesso come tale passa all'erede <sup>9)</sup>. A quanto sembra, era controverso tra i giuristi romani, se anche la qualificazione del *precario habere* si trasmetta all'erede, e possa quindi aver l'uogo l'*interdictum de precario* contro l'erede possessore del precarista. Secondo CELSO l'erede del precarista non subentra nel precario <sup>10)</sup>; PAPIANUS opinava che ad ogni modo l'interdetto *de precario* non sia senz'altro applicabile contro l'erede (possessore) <sup>11)</sup>; e anche una sentenza di

<sup>6)</sup> Cfr. L. 42 § 2 D. *de nox. act.*, IX, 4: *Hae actiones (sc. noxales) — competent — adversus successores, sed non quasi in successores, sed iure domini.* SCHMIDT, loc. cit., pag. 163 nota 16. — L. 2 § 38 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (sopra pag. 251 (ediz. ted. pag. 334 seg.)) v.: « *vel hereditate* ». — In questo modo va anche intesa la L. 1 § 10 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13; vedi infra num. 67 in principio. Come nel § (9) precedente manca senza dubbio qualche cosa (vedi sopra num. 60 dopo la nota 53.<sup>a</sup> pag. 264 seg. ediz. ted. pag. 353 seg.), così è possibile, che qui manchino le parole: *non quasi in successores, sed quia habent* o simili. Di diversa opinione lo PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 143 e 157, che riferisce questo frammento agli interdetti prohibitorii.

<sup>7)</sup> Vedi sopra num. 58 nota 12.<sup>a</sup> pag. 250 (ediz. ted. pag. 333).

<sup>8)</sup> Ivi nota 12.<sup>b</sup>.

<sup>9)</sup> Riguardo alla *possessio pro herede* e *pro possessore* L. 13 § 3 D. *de H. P.*, V, 3 (NERATIUS, *libro sexto membranarum scripsit, vel ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedissee. Idem esse libro septimo ait, etiamsi putavit heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.* L. 13 cit. § 11 *eod.* (su questo ultimo frammento FRANCKE, *Commentario*, pag. 163 segg.); riguardo alla *possessio legatorum nomine* L. 1 § 10 D. *quod legat.*, XLIII, 3 (*Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores.*) SCHMIDT, loc. cit., pag. 164.

<sup>10)</sup> L. 12 § 1 D. *de prec.*, XLIII, 26: *Precarii rogatio — ad heredem autem eius, qui precario rogavit, non transit. quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est.*

<sup>11)</sup> L. 11 D. *de div. temp. praescr.* XLIV, 4: *Cum heres in ius omne defuncti*



PAOLO<sup>12)</sup>, certo assai corrotta nella forma tramandataci, viene dai più intesa nel senso, che quell'interdetto non possa aver luogo contro l'erede possessore del precarista<sup>13)</sup>. ULPIANO invece ammette l'interdetto contro di lui<sup>14)</sup>; e quest'ultima opinione approvata apertamente da DIOCLEZIANO<sup>15)</sup>, deve considerarsi come l'opinione accettata da GIUSTINIANO.

Negli interdetti contenenti un « *quod factum est*<sup>16)</sup> » è invalsa presso i Romani una varia trattazione. ULPIANO seguendo il precedente di LABEONE dà l'interdetto *Quod vi aut clam* anche contro l'erede di chi ha commesso il *vi aut clam factum*<sup>17)</sup>. ULPIANO medesimo invece aderisce all'opinione, che discordando da LABEONE voleva data contro l'erede di chi costituisce malgrado l'*operis novi nuntiatio* non l'*interdictum demolitorium*, ma un'*actio in factum*<sup>18)</sup>. Per l'interdetto

---

*succedit, ignoratione sua defuncti vilia non excludit, veluti cum sciens alienum illum illo (clam ille scr. M.) vel precario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit etc.*

<sup>12)</sup> R. S. V, 6, 12: *Heres eius, qui precarium possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri possidere: nullae enim preces eius videntur adhibitae. et ideo persecutio eius rei semper manebit, nec interdicto locus est.*

<sup>13)</sup> Cfr. su tutti questi passi *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio per la pratica civile), vol. LIX pag. 239 segg.

<sup>14)</sup> L. 8 § 8 D. *de prec.*, XLIII, 26: *Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut, sive habet, sive dolo fecit, quo minus haberet, vel ad se perveniret, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum perveniret.*

<sup>15)</sup> L. 2 Cod. *eod.*, VIII, 9: *Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifeste declaratur.*

<sup>16)</sup> Vedi sopra num. 58 pag. 253 segg. (ediz. ted. pag. 338 segg.).

<sup>17)</sup> L. 5 §§ 8 sq. D. *quod vi, aut clam factum est*, XLIII, 24 (ULP., lib. LXXI (non LXX) ad *ed.*): *Haec verba « quod vi aut clam factum est » ait MUCIUS ita esse « quod tu (fecisti ins. M.) aut tuorum quis aut tuo iussu factum est ».* § 9 LABEONEM autem ait, *plures personas contineri his verbis. nam ecce primum heredes eorum, quos enumerat MUCIUS, contineri, putat. L. 15 § 3 eod. (Id. eod. lib.): Hoc interdictum in heredes ceterosque successores datur in id, quod ad eos pervenit.*

<sup>18)</sup> L. 20 § 8 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1: *Plane si quaeratur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est, LABEONEM existimasse in id, quod ad eum pervenit, dumtaxat dari oportere vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quo minus perveniret. nonnulli putant, in factum esse dandam, quam interdictum. quod verum est. Questa lezione del manoscritto fiorentino invece di quella, che dopo « *putant* » pone « *tam* », è confermata dal cosiddetto TIPUCITUS ad*

*de loco sacro*, che appartiene anche a questa classe di interdetti, la questione può presentarsi solo rispetto a un *immissum*: l'obbligo dell'erede nei casi in discorso si limita all'*id quod ad eum pervenit*, e un *pervenire ad heredem* è inconcepibile per costruzioni fatte in *loco sacro* <sup>18 a)</sup>).

Per quell'erede di chi era originariamente esposto all'interdetto, il quale è tenuto perchè possiede o ha la cosa in suo potere, la misura, in cui egli è obbligato, si determina semplicemente secondo l'estensione di questo possesso o di questa potestà di disporre della cosa <sup>18 b)</sup>. E ciò vale anche allorquando il possesso o la potestà di disporre non lo obbligano come tali, ma solo in forza di una qualificazione trasmissibile per eredità. Perciò uno tra più eredi del *possessor pro herede* o *pro possessore* per es. è obbligato *in solidum* di fronte al *Quorum bonorum*, se ha conseguito il possesso idealmente indiviso di cose appartenenti all'eredità <sup>19)</sup>. Lo stesso è per uno tra più eredi di colui, che avrebbe potuto esser citato col *Quorum legatorum*, e così pure per uno tra più eredi del precarista.

Da ciò risulta di per sè evidente l'obbligo dell'erede, il quale *dolo malo fecit, ut desineret possidere*, ecc. Nel precario ci è attestato, che

---

Basil., LVIII, 10, 20 § 8: *κατὰ δὲ κληρονοµῶν οὐχ ἡ παραγγελία δίδεται, ἀλλ'εἰς τὸ περιελθόν ἢ περὶ τοῦ ἀποτελέσματος ἀγωγὴ καὶ εἰς τὸ κατὰ δόλου μὴ περιελθόν*. A tale stregua sono da rettificare SCHMIDT, loc. cit., pag. 167 sotto e GIESSENER, *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto civile e procedura), Nuova Serie vol. VIII pag. 36, STÖLZEL, *Operis novi nunciatio*, pag. 211 e BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX tit. I § 1672 a numero 37 nota 64 (ediz. ted. pag. 201 nota 64).

<sup>18 a)</sup> L. 38 D. de R. I. L, 17: *Siculi poena ex delicto defunoti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset*. — Vedi anche sopra num. 58 in fine pag. 256 (ediz. ted. pag. 342).

<sup>18 b)</sup> L. 9 de vi, XLIII, 16: *Si plures heredes sunt, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenerit, tenetur. qua de causa interdum in solidum tenebitur is (qui ex parte tantum heres est: mempe in solidum tenebitur is ins. M.), ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit*.

<sup>19)</sup> Arg. L. 55 D. de R. V., VI, 1: *Si possessor fundi ante iudicium acceptum duobus heredibus relicto decesserit, et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet*. FRANCKE, *Commentar über den Pandectentitel de Hered. Pet.* (Commentario sul titolo delle Pandette *De hereditatis petitione*), alla L. 13 § 3 D. de H. P., V, 3 pag. 151.

si andava ancora più in là, poichè l'erede era tenuto anche allorchè aveva dolosamente fatto sì, *quo minus ad eum perveniret*<sup>20</sup>); e certo nulla vieta di ammettere l'estensione di quest'obbligo non solo a tutti i casi, in cui l'erede è responsabile di un *dolo malo fecisse, quo minus haberet*, ma del pari a tutti quelli, in cui è responsabile di un *dolo malo possidere vel habere desiisse*. Possiamo tralasciar d'indagare, se in quest'ultimo caso vi fosse per ciò bisogno di una aggiunta alla formula dell'interdetto, come ritiene lo SCHMIDT<sup>21</sup>). Come abbiamo veduto negli interdetti diretti a un *factum immissum habere*, secondo la giurisprudenza l'obbligo per un *dolo fecisse, quo minus haberetur* era sottinteso, nè occorre che vi fosse un'apposita aggiunta all'interdetto<sup>22</sup>); tanto più può ciò essere stato ammesso riguardo all'obbligo derivante da un *dolo malo fecisse, quo minus haberetur*<sup>23</sup>).

L'obbligo fondato sul *factum est* di un interdetto si trasferisce all'erede del soggetto dell'atto, giusta il principio fondamentale dei diritti pretorii *ex maleficio* al risarcimento di danni<sup>24</sup>), soltanto riguardo a ciò, *quod ad eum pervenit*. Anche qui il *dolo malo fecisse, quo minus perveniret* è parificato al *pervenisse*<sup>25</sup>). E a far valere tale obbligo in un *vi aut clam factum*, come abbiamo già veduto, serve l'interdetto stesso, in un *factum* contro una *operis novi nuntiatio* serve

<sup>20</sup>) L. 8 § 8 D. *de prec.*, XLIII, 26 (vedi sopra nota 14).

<sup>21</sup>) *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 166.

<sup>22</sup>) Vedi sopra num. 58 pag. 252 seg. (ediz. ted. pag. 336 seg.).

<sup>23</sup>) Cfr. L. 25 § 8 D. *de H. P.*, V, 3: « *Perinde* » inquit (sc. *senatus consultum ab anno 129 p. Chr. n.*) « *condemnandos, quasi possiderent* ». Merito, nam is, qui dolo fecit, quo minus possideret, ut possessor condemnatur; accipies sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere etc. L. 1 § 12 D. *si quis om. causa testam.*, XXIX, 4: *Sane quaestionis fuit, utrum is demum dolo malo facere videatur, quo minus possideat, qui per dolum eam possessionem dimittat, quam aliquando habuit, an vero is quoque, qui hoc ipsum malitiose fecit, ne ab initio possidere inciperet. LABEO sibi videri ait, non minus delinquere eum, qui non incipiat possidere, quam eum, qui desinat: quae sententia optinet.*

<sup>24</sup>) FRANCKE, *Beiträge* (Contributi), pag. 34 segg. SCHMIDT, loc. cit., pagina 166.

<sup>25</sup>) Ciò è attestato espressamente per l'*Unde vi* nella L. 2 D. *unde vi*, XLIII, 26 (vedi nota seguente); la generalizzazione di tale norma agli altri casi può ritenersi come ammissibile di per sè stessa.

invece un'*actio in factum*. Parimenti l'erede del deiciente è esposto non all'*Unde vi*, ma a un'*actio in factum*<sup>26</sup>); e così l'erede di colui il quale come *consciis fraudis in creditores* sarebbe stato esposto all'*interdictum fraudatorium*<sup>27</sup>). A sua volta l'erede del precarista risponde per il dolo di quest'ultimo in forza dell'interdetto de *precario* nell'ampiezza indicata<sup>28</sup>). Nei casi, pei quali ci mancano testimonianze, deve quindi essere stato dato ugualmente o un'*actio in factum*, o una formula d'interdetto adattata alle circostanze, in altri termini un *interdictum utile*<sup>29</sup>).

In quanto la possibilità di fatto dell'esibizione costituisce il requisito per la legittimazione passiva in un interdetto esibitorio, va applicato per analogia per la trasmissibilità di questa legittimazione all'erede quanto abbiamo osservato riguardo a quegli interdetti restitutorii, la cui legittimazione passiva consiste in un semplice *possidere*<sup>30</sup>). Se l'erede di chi era originariamente esposto a un interdetto esibitorio è in condizione di poter esibire, egli è certamente tenuto di fronte all'interdetto, però non come erede, ma in forza di quella sua condizione. Ove il *de cuius* si sia messo *dolo malo* nella

<sup>26</sup>) L. 1 § 48 D. *unde vi*, XLIII, 16 (ULP., lib. LXIX *ad ed.*): *Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit* L. 2 *eod.* (PAUL., lib. LXV *ad ed.*). *dolove malo eorum factum est. quo minus perveniret.* L. 3 *eod.* (ULP., lib. LXIX *ad ed.*) pr.: *Quod est, et si quis armis deiectus est, quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur: sufficit enim non in lucro versari eum heredem, non etiam damnum subire.* § 18 (dell'erede di colui, che uti frui prohibuisse dicitur); *Heres quoque simili modo debet in factum actionem suscipere in id, quod ad se pervenit.* È a tale stregua che va intesa la L. 35 pr. D. *de O. et A.*, XLIV, 7 (PAUL., lib. I *ad ed. praet.*): *honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto Unde vi et similibus;* le parole: *interdicto Unde vi* significano: *ex causa interdicti U. V.* Di diversa opinione lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 167, che vi scorge l'accenno al fatto, che nel caso in discorso si faceva uso anche della forma interdittale.

<sup>27</sup>) L. 10 § 25 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8: *Haec actio heredi ceterisque successoribus competit: sed et in heredes similesque personas datur.* LENEL, *Ed. perp.* § 268 pag. 399 nota 1.

<sup>28</sup>) L. 8 § 8 in f. D. *de prec.*, XLIII, 26; vedi sopra nota 14.

<sup>29</sup>) SCHMIDT, loc. cit., pag. 167

<sup>30</sup>) Vedi sopra pag. 285 (ediz. ted. pag. 381) alla nota 6.

condizione di non poter esigere, l'erede risponde solo per l'*id, quod ad eum pervenit*. Anche qui possiamo ammettere come mezzi a far valere quest'obbligo un *interdictum utile* o un *actio in factum*.

67. In quegli interdetti *proibitorii*, i quali relativamente all'impetrato non hanno requisiti concernenti il passato o il presente, naturalmente non si può parlare di una trasmissione passiva nell'erede: essi possono essere ottenuti contro chiunque; e nulla rileva, che si sia avuto motivo di ottenerli già contro colui, di cui l'attuale avversario è erede, e che non si sia profittato di ciò. Fa quindi meraviglia, che il manoscritto fiorentino sembri enunciare la trasmissibilità passiva nell'erede per un interdetto proibitorio di questa specie, cioè per l'interdetto *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat etc.*

L. 1 § 10 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.*) *Hoc interdictum et in heredes competit.*

Possiamo però ritenere col MOMMSEN, che questa proposizione si trovi fuori di posto, probabilmente per lo sbaglio di un amanuense, e vada messa dopo la L. 1 cit. § 12: essa si riferisce all'interdetto restitutorio *de flumine publico*. E tanto più è lecito ammetterlo, poichè probabilmente lo stesso deve essere avvenuto con la proposizione precedente (L. 1 cit. § 9)<sup>31</sup>).

I requisiti positivi appartenenti al passato o al presente, che al-

---

31) Vedi sopra num. 60 in fine pag. 264 seg. (ediz. tedesca, pag. 353 seg.). Non vedo alcuna ragione per ammettere con lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 161 « una modificazione fatta dai compilatori, indifferenti di fronte a questa distinzione ». Chè anzi la L. 1 § 12 cit. mostra, che i compilatori sentivano benissimo la differenza in discorso. E poi anche se ciò non fosse, che cosa poteva indurli a una modificazione per lo meno oziosa dell'estratto di ULPIANO? Il WITTE, *Das interdictum U. p.* (L'interdetto *Uti possidetis*), pagina 124 seg., opina, che la L. 1 § 10 cit. parli del passaggio del vincolo fondato dall'interdetto per l'impetrato agli eredi di questo; e che « *interdictum* » qui significhi « le azioni basate sull'interdetto ». Vedi contro ciò infra § 1838 num. 88 alla nota 17.<sup>a</sup> Lo PFERSCHE, *Interdicte* pag. 143, vede in questo frammento una prova per ammettere, che come nel diritto giustiniano, così anche nel diritto classico si poteva ottenere con un interdetto proibitorio una condanna dell'erede in forza di un atto del *de cuius* contrario al divieto. Però non disconosce questa verità, che « la difficile questione della trasmissibilità passiva nell'erede non può esser risolta in modo completo e soddisfacente sulla base di questo passo isolato ».

cui interdetti prohibitorii stabiliscono rispetto all'impetrato <sup>32)</sup>, a quanto possiam vedere, passano tutti negli eredi di colui, nel quale essi si riscontrano. Segnatamente si trasmette il credito per cauzione ricevuta e del pari l'effetto della mora *in accipienda cautione*, che sono alternativamente una condizione necessaria dalla parte dell'impetrato per l'applicazione degli interdetti *de ripa munienda* <sup>33)</sup> e *Ne vis fiat aedificanti* <sup>34)</sup>; si trasmette nell'erede la proprietà della casa, nella quale una cloaca privata si scarica dalla casa dell'impetrante, come requisito dell'interdetto *de cloaca privata* <sup>35)</sup>; la proprietà del fondo, in cui ha le radici l'albero, che sporge sul fondo altrui, insieme con l'effetto dello *stare per dominum, quo minus illa arbor adimatur vel coerceatur*, come requisito degli interdetti *de arboribus caedendis* <sup>36)</sup>; la proprietà del fondo, su cui cadono i frutti dell'albero dell'impetrante, come requisito dell'interdetto *de glande legenda* <sup>37)</sup>, e finalmente si trasmettono il debito delle mercedi e l'ipoteca sull'inventario, che costituiscono la legittimazione passiva pel *Salvianum* <sup>38)</sup>. Ne consegue, che i suunominati interdetti possono essere ottenuti anche contro l'erede di colui, contro il quale si sarebbero dapprima potuti ottenere. Cionondimeno neppur qui è lecito parlare di una trasmissione passiva degli interdetti negli eredi. Certo non se ne può parlare fintantochè la legittimazione passiva è collegata alla proprietà di un fondo. Perocchè non appena l'erede aliena questa proprietà o la perde in altro modo, non è più esposto all'interdetto: egli dunque è obbligato di fronte all'interdetto, non nella qualità di erede, ma nella qualità di proprietario del fondo, sebbene quest'ultima egli certo rivesta in forza dell'esser divenuto erede, salvo il caso che la proprietà del fondo con l'adizione dell'eredità non passi direttamente a un terzo in forza di un legato non sottoposto nè a condizione nè a termine. Ma anche là, dove la legittimazione passiva

<sup>32)</sup> Vedi sopra num. 65 pag. 282 seg. (ediz. ted. pag. 377 seg.).

<sup>33)</sup> Ivi alla nota 90.

<sup>4)</sup> Ivi alla nota 92.

<sup>35)</sup> Ivi alla nota 91.

<sup>36)</sup> Ivi alla nota 93.

<sup>37)</sup> Ivi alla nota 94.

<sup>38)</sup> Ivi alla nota 96.

poggia su di un rapporto d'obbligazione, nel quale l'erede entra in modo che non può perderlo se non con l'estinzione di esso, come negli interdetti *de ripa munienda* e *Ne vis fiat aedificanti*, l'espressione « trasmissione passiva dell'interdetto nell'erede » è impropria a designare quell'entrare dell'erede nella legittimazione passiva. Per l'efficacia dell'interdetto conferito contro l'erede è affatto indifferente, che esso avrebbe potuto essere già dato contro il *de cuius*. Anche quando quest'ultimo con una disposizione di cose stabile ha impedito all'impetrante di rafforzare una riva o di proseguire una fabbrica, l'erede sarà obbligato in forza dell'interdetto emanato solo contro di lui soltanto quando impedisca all'impetrante di demolire quelle costruzioni, quando non presti la *patientia destruendi* <sup>39)</sup>. Ciò deriva senz'altro dall'essenza degli interdetti proibitorii, la cui emanazione produce in ogni dato caso unicamente l'obbligo di astenersi per l'avvenire da taluni atti.

Ma le fonti non parlano qui pur tuttavia di una trasmissione passiva dell'interdetto nell'erede?

A bella prima certo sembra che così faccia la l. 1 § 6 D. *de migr.* XLIII, 32 rispetto all'interdetto *de migrando*:

ULP., lib. LXXIII *ad ed.*: *Hoc interdictum perpetuum est et in successores et successoribus dabitur.*

Tale apparenza però non regge a un più attento esame. Dimostriamo più avanti <sup>40)</sup>, come l'imprescrittibilità stabilita da quelle parole, nel senso in cui ULPIANO l'intende, non si riferisca alla possibilità di ottenere l'interdetto, ma alla facoltà di domandare la *sponsio poenalis* per una violazione dell'interdetto, che tenga dietro alla sua emanazione. E con ciò s'accorda precisamente quanto era detto in origine nelle susseguenti parole di questo passo, che cioè non è necessario ottenere di nuovo contro l'erede l'interdetto già ottenuto contro colui, al quale questi è succeduto, per poter costringere alla *sponsio poenalis ex interdicto* quest'erede a causa di un impedimento da lui frapposto all'impetrante, che voleva portar via le *invecta et*

<sup>39)</sup> Vedi sopra num. 64 alla nota 82 pag. 279 (ediz. ted. pag. 374).

<sup>40)</sup> Vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 12.

*illata* non mai o non più vincolate all'erede per la mercede dovuta <sup>41)</sup>; e viceversa gli eredi del conduttore, che aveva già ottenuto l'interdetto contro il locatore, possono costringere alla sponzione il locatore per una violazione dell'interdetto, senza ottenerlo di nuovo per conto loro <sup>42)</sup>).

In altri termini ULPIANO ha parlato della *sponsio ex interdicto red-dito*. In ciò è senza dubbio riposta un'eccezione all'andamento regolare delle cose, secondo il quale l'emanazione di un interdetto proibitorio, finchè non sia stato eseguito un atto contrario all'editto, non avviene che a personale beneficio dell'impetrato, e obbliga solo l'impetrato personalmente. Ma tale eccezione si comprende senza difficoltà. Infatti l'obbligo giuridico di permettere al conduttore l'allontanamento delle *invecta et illata* non vincolate dal pegno non sorge punto con l'emanazione dell'interdetto: esso deriva già dal contratto di locazione, secondo il quale il locatore è tenuto a lasciare al conduttore libera disposizione delle cose dell'inventario, che non gli sono state pignorate <sup>42 a)</sup>).

Ora l'imprescrittibilità e la trasmissibilità nell'erede da ambedue le parti, corrispondenti a tale origine, si esplicano anche nella forma, che quell'obbligo ha ricevuto mercè l'interdetto. Di una trasmissione della legittimazione passiva per l'interdetto *de migrando* si potrebbe invece parlare tutt'al più in rapporto alla *mora accipiendi* rispetto alla mercede dovuta (v. : *aut per te stat, quo minus solvatur*); ma anche questa *mora* qui non rappresenta una causa di effetti positivi ma unicamente una causa dell'annullamento del diritto di pegno e di ritenzione sulle *invecta et illata*.

Quella legittimazione poggia o sul fatto, che l'oggetto della lite non appartiene alle cose assegnate all'impetrato come pegno per la mercede dovuta e quindi non v'è mai stato un diritto di pegno nè di ritenzione dell'impetrato su di esso; o sul fatto che il debito

<sup>41)</sup> Vedi infra § 1838 num. 88 alla nota 18 a.

<sup>4)</sup> Vedi infra § 1838 num. 88 alla nota 14. Cfr. sopra § 1835 num. 12 nota 21 pag. 66 (ediz. ted. pag. 87).

<sup>42 a)</sup> L. 33 sq. D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2. DERNBURG, *Das Pfandrecht* (Il diritto di pegno, vol. II pag. 337 alla nota 14; LO STESSO *Pandekten*, volume I § 268 alla nota 15.



della mercede è estinto o assicurato, e quindi più non esiste un diritto di pegno nè di ritenzione dell'impetrato<sup>43</sup>). È indubitabile, che il diritto alla mercede e il diritto di pegno si trasmettono nell'erede, ma ciò non ha qui nulla che fare: qui si tratta del fatto puramente negativo, che quei diritti non esistono<sup>43 a)</sup>. Ora una trasmissione di rapporti giuridici non esistenti è inconcepibile.

Ancor meno si può dedurre la trasmissione passiva dell'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus* ed dalla l. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei, qui in possess.*, XLIII, 4<sup>44</sup>).

(ULP., lib. LXXII, *ad ed.*): *Hanc actionem, excepta legatorum missione, intra annum competere et non postea, sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem similesque personas dabitur, nisi in id, quod ad eos pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata.*

Infatti la concessione della *missio legatorum servandorum nomine* secondo l'editto non presuppone alcun requisito nella persona del-  
l'onerato.

È ciò che ULPIANO (lib. LII *ad ed.*) fa rilevare espressamente nella l. 1 § 1 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4:

*Non exigit praetor, ut per heredem stet, quo minus caveat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quo minus ei caveatur. quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, hoc est [abest ins. sec. BAS.] is, a quo legatum fideive commissum relictum est omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est, per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur. non tamen et satisfactio debet offerri legatario, sed sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desideret.*

<sup>43</sup>) Vedi sopra num. 65 alla nota 95 pag. 283 (ediz. ted. pag. 378).

<sup>43 a)</sup> Questo è appunto ciò che lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 162, non ha distinto.

<sup>44</sup>) Come fa lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 162; e così il BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario*. Serie dei libri XXXIX e XL parte II (ediz. ted. pag. 580 segg.).

Di qui si scorge, che l'interdetto promesso al legatario immesso nel possesso non può nel suo tenore, a noi peraltro non tramandato, aver presupposto il requisito: *si per heredem stat, quo minus legati nomine satisfacetur*, o alcunchè di simile. Perciò tale interdetto non è diretto unicamente contro l'onerato, ma anche contro ogni terzo, che impedisca al legatario immesso, sia la presa di possesso, sia la libera disposizione delle cose dell'eredità. Per conseguenza s'intende certo di per sè, che esso può esser diretto anche contro l'erede dell'onerato, ma non perchè succede a quest'ultimo, bensì perchè nemmeno egli deve impedire al legatario l'effettuazione della *missio*.

Pur tuttavia il dimostrare, che la l. 1 § 8 non può parlare della trasmissione passiva dell'interdetto nell'erede, non può soddisfar pienamente, fintantochè noi non riusciamo a spiegare, che cosa essa voglia in realtà dire.

Il BURCKHARD <sup>45)</sup> dà la spiegazione seguente. « La l. 1 § 8 cit. parte dal fatto, che colui, a cui vien intimato il divieto — come fa rilevare espressamente la l. 3 § 2 *ead.* in rapporto alla *missio ventris nomine* — ha la scelta tra l'*actio in factum* <sup>46)</sup> e l'interdetto. La prima azione essendo penale, egli, come di regola, non può sperimentarla nè dopo un anno, nè contro gli eredi: egli è quindi in tali casi limitato all'interdetto, il quale mirando solo a rimuovere l'opposizione fatta contro la presa di possesso, e comandando che tale presa di possesso non venga impedita, può essere impetrato in ogni tempo e contro chicchessia, quindi anche contro gli eredi di colui, contro il quale era stata accordata la *missio*. L'impedimento ciò malgrado interposto, che dà luogo all'*actio in factum* penale, fonda qui l'*actio ex interdicto*. Ma nella *missio legatorum servandorum causa*, il cui scopo è di far conseguire la cauzione domandata, la cosa prende una configurazione diversa, che negli altri casi. Anche quando il defunto o il suo erede stesso ha già opposto resistenza alla presa di possesso, l'interdetto, a cui tale impedimento dà diritto, e quindi in generale il *venire in possessionem*, può tuttavia essere evitato, ove venga rag-

<sup>45)</sup> Loc. cit.

<sup>46)</sup> Cioè l'azione promessa nella legge 1 pr. D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4, e di cui si parla nei paragrafi seguenti di questo frammento.

giunto lo scopo a cui tende la *missio*, cioè la prestazione della *cautio legatorum servandorum causa*: quindi non appena viene offerta la cauzione, la *missio* e l'interdetto, che serve alla sua effettuazione, perdono la loro base. L'*actio in factum* pel *quanti res est* fondata su quell'impedimento non viene però per tal ragione a mancare. Ora nel caso che sia passato un anno dall'impedimento, o che colui, che lo ha interposto, sia morto, se venisse qui applicato il principio vigente negli altri casi, che l'*actio in factum intra annum competit nec in heredem datur*, il *dolus* manifestatosi in quell'impedimento rimarrebbe impunito: l'avversario allora non sarebbe esposto all'*actio in factum*, perchè questa va in prescrizione e non è data contro l'erede, e l'interdetto, che oltre alla *poena sponsionis* avrebbe per effetto l'*in possessione esse pati*, e che non ha quelle qualità della prescrittibilità e della non trasmissibilità nell'erede, potrebbe essere da lui scansato solo ch'egli offra ad esso la prestazione della cauzione. Per questa ragione — che non si riscontra nelle altre *missiones* nominate nella l. 1 § 2 *eod.* accanto alla *missio legatorum servandorum causa*, cioè nelle *missiones rei servandae causa* e *ventris nomine* — vien fatta una eccezione per la *missio legatorum servandorum causa*: *tunc actio (scil. in factum) et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare INTERDICTUM satisfactione oblata*.

Ma nel dare questa sottile spiegazione il BURCKHARD s'è lasciato ingannare dall'apparenza, giacchè ha creduto che l'*evitare interdictum satisfactione oblata* fosse un modo di favorire colui, che era esposto all'interdetto o all'*agere ex interdicto*, e costituisse per contro un danno reale per il legatario immesso nel possesso. Niente però di più erroneo! Con la prestazione della cauzione la *missio* viene a cessare <sup>46 a)</sup> e l'interdetto resta senza oggetto: il legatario ha tutto ciò che gli spetta. Però per ciò appunto l'*actio in factum* non gli servirebbe più a nulla: essa è difatti una pura azione di interessi <sup>47)</sup>; e il legatario ricevuta la cauzione non è assolutamente più danneggiato dal fatto, che gli è stato per l'addietro impedito di godere della

<sup>46 a)</sup> L. 11 D. *ut legat.* XXXVI, 3, cfr. L. 40 D. *de solut.* XLVI, 3. Vedi anche L. 4 § 1 D. *ne vis fiat*, XLIII, 4.

<sup>47)</sup> L. 1 cit. § 5 D. *ne vis fiat*, XLIII, 4.

*missio* ora cessata. Nè lo scopo di non lasciare impunito il dolo manifestatosi nell'impedimento frapposto al *missus* potrebbe in alcun modo giustificare la responsabilità incondizionata degli eredi pel dolo del defunto.

Dobbiamo dunque andare in cerca di una nuova spiegazione della l. 1 § 8 cit.

Partiamo anche noi dal fatto, che a tutela della *missio legatorum servandorum causa*, oltre l'*actio in factum* della l. 1 pr. cit. istituita per tutte le *missiones in bona*, serviva uno speciale interdetto proibitorio. Se contrariamente al divieto di questo interdetto era stato interposto impedimento al *missus*, questi poteva sperimentare la procedura per sponsione.

Il *iudicium secutorium*, che ne deriva, nel suo contenuto coincide pienamente <sup>47 a)</sup> con la concorrente *actio in factum* dell'editto: ambedue sono diretti al risarcimento dei danni per l'impedimento sofferto nell'attuazione della *missio*. Però l'*actio in factum*, essendo *poenalis*, si prescrive anche qui nel termine di un anno, e non si trasmette nell'erede passivamente al di là dell'arricchimento di questo. Non così è per la *sponsio ex interdicto*. Infatti la *missio legatorum nomine* è il mezzo ordinario di far valere il diritto alla *cautio legatorum*: l'obbligo giuridico dell'onereato, generato formalmente dall'emanazione dell'interdetto istituito a tutela di questa *missio*, di non impedire l'attuazione della *missio*, deriva nella sua sostanza dal dovere di prestare la cauzione, e con l'adempimento di questo dovere viene senz'altro ad estinguersi. Perciò di fronte al continuare di quest'obbligo alla cauzione è opportuno non far prescrivere il diritto alla *sponsio ex interdicto* una volta che questo ha ricevuto il suo fondamento da un atto contrario all'interdetto; perciò ancora questo interdetto vincola l'erede dell'impetrato in modo, che egli può in seguito a un proprio atto esser provocato alla *sponsio* ed essere conseguentemente citato al *iudicium secutorium*: anch'esso erede sottostà

---

<sup>47 a)</sup> Tranne, se vuoi, la prestazione di una cauzione, a cui l'impetrato poteva essere per eccezione obbligato nel *iudicium secutorium*, quando vi fosse fondato timore, che si ripetesse una *res adversus edictum*. Vedi infra § 1838 e num. 104 alla nota 60<sup>a</sup>-60<sup>f</sup>.

all'obbligo di prestare cauzione, e con l'adempirlo è in grado non solo di annullare la *missio*, ma anche di sfuggire alla responsabilità derivante da un atto contrario all'interdetto commesso da lui medesimo.

Col cessare della procedura interdittale il contenuto del *iudicium secutorium* è passato nell'*actio extraordinaria*, che ha luogo *ex causa interdicti*. La responsabilità per un atto del defunto *adversus interdictum redditum*, che l'erede aveva anche oltre il suo arricchimento, è con ciò in generale eliminata, perchè è scomparsa quella parte del procedimento, la quale sola aveva virtù di constatare questa responsabilità, e cioè il diritto alla *sponsio* per una *vis adversus edictum* commessa dopo l'emanazione dell'interdetto. Soltanto là, dove, come nella *missio legatorum servandorum causa* e nell'*interdicto de migrando*, l'obbligo giuridico dell'impetrato nella sua sostanza non si fonda unicamente sull'interdetto, ma su di un rapporto trasmissibile nell'erede, si farà rispondere anche ora l'erede incondizionatamente per un atto del defunto contrario all'interdetto. Quando viceversa risultino esistenti i requisiti dell'emanazione dell'interdetto contro l'erede stesso, risponde ora quest'ultimo incondizionatamente per ogni atto proprio, che per l'addietro l'avrebbe reso responsabile come *vis adversus edictum facta* solo se aveva luogo *post interdictum redditum*. L'*actio extraordinaria ex causa interdicti prohibitorii* è certo anche ora diretta in prima linea a vietare quello, che veniva prima vietato *interdicto reddito*, e in ciò continua quindi a sussistere una differenza non insignificante tra essa e l'*actio in factum* della l. 1 pr. cit. D. XLIII, 4 che era una semplice azione di risarcimento. È appunto perciò che anche la l. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4 osserva espressamente, che la *ventris nomine missa* può a sua scelta adoperare l'*actio in factum* in luogo dell'interdetto; essa la presceglie quando nulla le importi di ottenere un divieto dell'impedimento per l'avvenire <sup>47 aa)</sup>. Ma in quanto l'*actio ex causa interdicti* persegue un risarcimento di danni, la distinzione tra essa e quell'*actio in factum* ha un significato pratico soltanto dove si riscontri una contrapposizione dell'antico *iudicium secutorium* alla *actio in factum* — quindi

<sup>47 aa)</sup> Vedi infra § 1840 num. 126 alla nota 31 f.

non rispetto alla *missio ventris nomine*, di fronte alla quale ambedue i diritti a risarcimento sono pienamente uguali, ma bensì rispetto alla *missio legatorum nomine*: qui il *iudicium secutorium* rimasto nell'*actio extraordinaria* essendo perpetuo e trasmissibile nell'erede, l'*actio in factum* ha perduto ogni valore per questo caso.

Ora l'aver posto la l. 1 (ULP., lib. LXXII *ad ed.*), che parla dell'*actio in factum*, e la l. 2 (PAOLO, lib. LIX *ad ed.*)<sup>47 a b</sup>) con la l. 3 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.*)<sup>47 b</sup>), che tratta degli interdetti *Ne vis fiat* del *legatorum nomine missus* e della *ventris nomine missa* nel medesimo titolo del Digesto mostra difatti, che i compilatori consideravano in generale i due mezzi di tutela giuridica, nella forma che essi avevano al tempo di GIUSTINIANO, come fusi insieme. Per conseguenza essi dovevano modificare notevolmente la dichiarazione fatta da ULPIANO nella l. 1 § 8 cit. sulla differenza tra quell'*actio in factum* e il mezzo di tutela proprio del *legatorum nomine missus*. Ciò che in questo frammento era detto originariamente della imprescrittibilità della *sponsio ex interdicto reddito* e del procedimento per azione, che vi andava congiunto<sup>47 c</sup>), venne ora riferito semplicemente a un'azione del *legatorum nomine missus*.

Appunto le parole « *actio et perpetua* » contengono una interpolazione divenuta necessaria per la menzione di quella *sponsio* fatta da ULPIANO. Giacchè non possiamo credere, che ULPIANO stesso abbia mescolato insieme « con sufficiente indifferenza l'*actio in factum* e l'interdetto »<sup>47 d</sup>) come fa il suo passo nella forma attuale. Se pur tuttavia il detto giureconsulto avesse parlato di *interdictum*, i compilatori, i quali subito dopo hanno lasciato stare la medesima parola, non avrebbero avuto alcun motivo di introdurre una modificazione. E poichè essi alla contrapposizione esaminata da ULPIANO di quella generale *actio in factum* del *missus in bona* all'*agere per sponsionem* del *legatorum servandorum causa missus* hanno sostituito la contrapposizione di quell'*actio in factum* all'*actio extraordinaria ex causa in-*

47 a b) Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 341 nota 8 seg.

47 b) Cfr. LENEL, loc. cit., pag. 364 nota 3.

47 c) Vedi infra § 1837 b num. 77 prima della nota 13.

47 d) SCHMIDT, loc. cit.

*terdicti* del legatario immesso, la quale contrapposizione non è come la prima anche formale, ma è esclusivamente materiale, inserendo le parole « *ex legatorum causa* » non senza accortezza hanno fatto notare fin dal principio, che la particolarità, che aveva ancora un significato pratico per essi, era inerente appunto a quella circostanza di fatto come tale.

Il contenuto originario della l. 1 § 8 cit., per ciò che riguarda il nostro argomento, è dunque il seguente. Gli eredi dell'onerato di un legato, contro il quale il legatario ha ottenuto non soltanto la *missio legatorum nomine*, ma anche l'interdetto *Ne vis fiat etc.*, sono vincolati dall'emanazione di quell'interdetto. Perciò se essi impediscono al legatario la presa di possesso o la libera disposizione delle cose ereditarie, possono esser costretti senz'altro alla *sponsio ex interdicto* <sup>47 dd)</sup>.

Tanto della trasmissione passiva degli interdetti nell'erede. Tutt'altra questione è il vedere, se un interdetto ottenuto contro il defunto vincoli come tale anche l'erede.

Questa questione, già ripetutamente toccata di passaggio, verrà da noi sottoposta a un più profondo esame nel luogo per essa più opportuno, cioè allorquando prenderemo a trattare della procedura interdittale <sup>47 e)</sup>.

68. Di una trasmissibilità dell'interdetto contro il successore a titolo singolare non può naturalmente parlarsi in tutti quei casi, in cui quest'interdetto non si trasmette nemmeno contro l'erede <sup>48)</sup>. Particolarmente vale ciò quindi per tutti gli interdetti proibitorii. Nè è in realtà enunciato il contrario nella l. 5 § 2 D. *de itin. actus priv.*, XLIII, 19 :

(ULP., lib. LXX *ad ed.*): *Hoc interdictum non solum ipsi, verum successoribus quoque esse dandum, non est ambigendum: emptori quoque dabitur et in emptorem.*

<sup>47 dd)</sup> Lo PFERSCHÉ, *Interdikte*, pag. 146 alla nota 1, reputa che questo passo voglia dire, che l'interdetto non è limitato nè al termine di un anno, nè al solo arricchimento per ciò che riguarda gli eredi dell'erede.

<sup>47 e)</sup> Vedi infra § 1838 num. 88 alla nota 18 segg.

<sup>48)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 168.

Il contenuto di questo frammento è piuttosto semplicemente il seguente. Come il compratore di un fondo, in favore del quale viene affermato il quasipossesso di una servitù di passaggio, può fondarsi sugli atti di esercizio eseguiti dal venditore entro l'ultimo anno <sup>43 a)</sup>, così per contro il compratore dell'altro fondo, sul quale l'impetrante o il suo autore ha esercitato una servitù di passaggio entro l'ultimo anno, deve ammettere questi atti di esercizio come base dell'interdetto diretto contro di lui in tutti quei casi, in cui il suo venditore avrebbe dovuto farlo. E appunto per ciò egli può anche difendersi allegando la viziosità dei singoli atti di esercizio esistente di fronte al venditore. Così quell'*et in emptorem dabitur interdictum* viene in conclusione a significare, che la *exceptio vitiosae possessionis* può essere usata anche dall'avente causa di colui, che l'aveva dapprima acquistata <sup>49)</sup>. Tale è la spiegazione data per l'interdetto *de itinere actusque privato* dalla l. 3 § 2 *eod.*:

(ULP., lib. LXX *ad ed.*): *Si quis ab auctore meo vi aut clam aut precario usus est, recte a me vi uti prohibetur, et interdictum ei inutile est, quia a me videtur vi vel clam vel precario possidere, qui ab auctore meo vitiose possidet. nam et PEDIUS scribit, si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi, idem esse dicendum: cum enim successerit quis in locum eorum <sup>50)</sup>, aequum non est, nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successimus <sup>51)</sup>.*

<sup>43 a)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 11 pag. 58 (ediz. ted. pag. 75).

<sup>49)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 170 seg.

<sup>50)</sup> *idem esse dicendum* — *locum eorum* del M.

<sup>51)</sup> La lezione del manoscritto fiorentino nelle parole: *idem esse dicendum* — *locum eorum* è innegabilmente strana, inquantochè essa, mentre sembra voglia esporre le ragioni di ciò che precede, non fa in realtà che ripetere la stessa cosa. Pertanto bisognerà correggere cancellando col MOMMSEN le parole indicate, e mantenere nel rimanente il testo invariato. Il RUDORFF, Annotazione 166 del *Zusatz zu v. Savigny Recht des Besitzes* (Aggiunta al Diritto del possesso di Savigny), 7.<sup>a</sup> ed. p. 716, vuol appianare la difficoltà scorgendo affatto arbitrariamente nella *emptio* mentovata da PEDIUS, l'*emptio bonorum*. Il SAVIGNY, loc. cit., pag. 487 seg., invece di « *ab auctore meo* » propone di leggere « *ab actore meo* », cioè « dallo schiavo, a cui è affidata la sorveglianza del mio potere ». Lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 171, accetta questa opinione.



Lo stesso dobbiamo ammettere per tutti gli interdetti dati a tutela del quasipossesso di servitù. Essi presuppongono tutti un esercizio non vizioso di fronte all'avversario durante l'ultimo anno o l'ultima estate; se ora il fondo dell'impetrato ha dentro questo termine cambiato di possessore in virtù di un negozio giuridico, si richiede, che l'esercizio dell'impetrante sia stato senza vizio di fronte all'autore dell'impetrato. L'occupante del fondo servente invece non può far valere il fatto, che l'esercizio dell'impetrante è stato vizioso di fronte all'antico possessore.

In quei casi in cui l'erede risponde per un atto illecito del defunto almeno di quello *quod ad eum pervenit* <sup>52)</sup>, sia in forza dell'interdetto ammissibile contro il defunto, sia in forza di un'*actio in factum*, manca ogni motivo giuridico per ritenere, che anche il successore a titolo singolare debba rispondere, sia pure entro questi limiti <sup>53)</sup>.

Quando un interdetto restitutorio o esibitorio non presuppone nel convenuto se non possesso, detenzione o possibilità pratica dell'esibizione, è esposto a tale interdetto anche il successore a titolo singolare, però non come tale, ma perchè quel requisito si riscontra anche in lui. Perciò appunto è esposto all'interdetto anche colui, che si è procacciato il possesso o la detenzione mediante occupazione <sup>54)</sup>.

Quando la legittimazione passiva richiede un *possidere* o un *habere* qualificato, bisogna vedere se questa qualificazione si riscontra anche nel successore a titolo singolare. È quindi questione d'interpretazione. Una testimonianza espressa di una interpretazione in senso negativo l'abbiamo per l'interdetto *de precario*; qui la norma è contenuta nelle parole: « *Quod precario AB ILLO habet* », perchè il successore a titolo singolare del precarista non *habet precario* da colui, che ha dato *precario* a quest'ultimo.

<sup>52)</sup> Vedi sopra num. 66 alla nota 24 segg. pag. 288 (ediz. ted. pag. 386 seg.).

<sup>53)</sup> Cfr. L. 7 D. *unde vi* XLIII, 16 (PAUL., lib. XXIV *ad ed.*). *Cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri.*

<sup>54)</sup> L. 2 § 38 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (Vedi sopra pag. 251 (ediz. ted. pag. 334 seg.)) v.: « *vel quo alio modo* ».

L. 8 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26:

(ULP., lib. LXXI *ad ed.*): *Quaesitum est, si Titius me rogaverit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero, ut concederet, et ille, dum mihi vult praestitum, concesserit. Titius a me habet precario, et ego cum eo agam interdicto de precario: Sempronius autem non aget cum eo, quia haec verba: « ab illo precario habes » ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cuius res est. etc.*

Nessuna testimonianza possediamo rispetto alla qualificazione del *pro herede vel pro possessore possidere* quale requisito necessario per esser tenuti dagli interdetti *Quorum bonorum* e *Quam hereditatem*. Tuttavia qui possiamo valerci senz'altro delle testimonianze riguardanti la stessa qualificazione per l'*hereditatis petitio*. Secondo tali testimonianze anche colui, il quale ha scientemente acquistato da un terzo possessore *pro herede* o *pro possessore* cose ereditarie altrui in forza di un negozio giuridico *valido*, possiede queste cose non *pro possessore*, ma in base del titolo singolare appunto di quell'atto di acquisto<sup>55)</sup>. Per contro chi scientemente ha acquistato cose ereditarie altrui in base di un negozio giuridico nullo, per esempio mediante compera da un possessore a lui noto come mentecatto, ancorchè questi possedesse in virtù di un titolo singolare, possiede tali cose *pro possessore*<sup>56)</sup>.

Per conseguenza dovremo ammettere, che un tale acquirente era tenuto anche dal *Quorum bonorum* e dal *Quam hereditatem*. Ma in realtà esso non è tenuto invece nè da tali interdetti nè dall'*hereditatis petitio*. Solo la posizione del compratore dell'eredità può dar luogo a qualche dubbio. A rigore neppur egli potrebbe esser citato con l'*hereditatis petitio*, giacchè possiede *pro emptore*. Ma per ragioni di opportunità, *ne singulis iudiciis vexaretur*, è ammessa contro di lui una *utilis hereditatis petitio*<sup>57)</sup>. Ora, sia che come soggetto del *vexa-*

55) L. 13 § 8 D. *de H. P.*, V, 3 e su questa FRANCKE, *Commentar*, pagina 160 segg.

56) L. 13 cit. § 1.

57) L. 13 cit. §§ 4, 5, 8 e su questa FRANCKE, *Commentar*, pag. 151 segg.

retur si consideri a tenore della l. 13 § 4 D. de H. P. V, 3<sup>58</sup>) il compratore dell'eredità, sia che con lo Schol. 7 ad Bas. XLII, 1, 13<sup>59</sup>) si ritenga come tale il pretendente all'eredità, che non possiede, le medesime ragioni di opportunità consigliano in tutti i casi di ammettere contro il compratore dell'eredità anche il *Quorum bonorum*. Peraltro ritenendo noi tale interdetto in generale solo allora ammissibile, quando il convenuto non sollevi la questione circa il miglior diritto alla successione<sup>60</sup>), non potremo ammetterlo anche contro l'*emptor hereditatis*, se non allorquando questi non affermi, che il venditore è il migliore erede.

Se l'*hereditatis emptor* era tenuto da una *utilis hereditatis petitio*, gli incombeva anche l'obbligo della debita difesa, e segnatamente la costituzione della *cautio iudicatum solvi* nella procedura formulare. Nel caso che non soddisfacesse a tale obbligo deve aver potuto applicarsi anche contro di lui l'interdetto *Quam hereditatem*<sup>61</sup>).

Troviamo da ultimo affermata espressamente la trasmissibilità della qualificazione del possesso pel successore a titolo singolare di colui, che è esposto al *Quod legatorum*.

L. 1 § 13 D. quod legat., XLIII, 3:

(ULP., lib. LXVII ad ed.): *Illud tenendum, sive a te sive ab eo, in cuius locum successisti, possideri aliquid coeptum est, interdicto huic locum fore. in locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum.*

Certo se il tenore di quest'interdetto nell'editto fosse stato: *Quod — PRO LEGATO — possides*, la giurisprudenza romana non lo avrebbe esteso al successore a titolo singolare. Perocchè questi possiede non *pro legato*, ma in base al titolo singolare, in forza del quale ha ac-

58) V.: *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vezaretur?*

59) V.: *Ἐὰν δὲ οὐτίλῃα κληρονομία περὶ τῆς κληρονομίας κύριος ἀναγκάζομενος ἕκαστον ἐκδικεῖν τῶν πραγμάτων πολλοῖς σκίλλῃται ἢ περιπειρήται δικαστηρίοις;*

60) Vedi sopra § 1835 a num. 23 in fine pag. 114 (ediz. ted. pag. 151).

61) ULP., *Inst. fragm. Vindob. IV (Kr.)*: — *qualia sunt interdicta — Quam hereditatem — nam si — hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem etc.*

quistato il possesso. Ma il requisito dell'interdetto suona: *Quod — LEGATORUM NOMINE — possides*; e tali parole comportano un'interpretazione più ampia. Ciò che rileva si è unicamente, che l'oggetto della lite sia stato tolto dalla massa ereditaria e preso in possesso come cosa legata (*legatorum nomine*) *possideri coeptum est*<sup>62</sup>). Difatti questa più ampia interpretazione si presenta come sommamente opportuna, se non addirittura indispensabile: senza di essa il *bonorum possessor* non avrebbe alcun mezzo per ricuperare il possesso di una cosa legata in proprietà senza condizione nè termine dalle mani di un terzo, al quale il legatario dopo arbitraria presa di possesso l'abbia alienata, mentre il risultato dell'obbligo del legatario stesso quale *dolo possidere desinens* dipende dalla sua solvibilità. Contro colui invece, il quale possiede cose dell'eredità *titulo singulari* il *bonorum possessor* ha sempre *utiliter* l'azione singolare successoria; egli quindi contro quest'ultimo non ha bisogno del *Quorum bonorum*<sup>63</sup>). Del resto se l'interpretazione qui data del *legatorum nomine possidere* è giusta, ne risulta ancora, che è tenuto dal *Quorum legatorum* anche colui, che, sia in base di un negozio giuridico nullo, sia per occupazione, cioè senza l'intervento di un rapporto giuridico, ha tolto al legatario il possesso della *res legata* da questo presa di proprio arbitrio. È manifesta l'opportunità di ammettere il suo obbligo nell'interesse del *bonorum possessor*, visto specialmente che qui non risponde di fronte a questo nemmeno il legatario come *dolo desinens possidere*.

<sup>62</sup>) A tale stregua può intendersi anche la L. 1 cit. § 10: *Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores*, cioè anche i successori a titolo singolare.

<sup>63</sup>) Allo SCHMIDT, loc. cit., pag. 168 seg., è sfuggita questa differenza, come pure quella tra possesso *pro legato* e possesso *legatorum nomine* decisiva per l'interpretazione. Cfr. le sue *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), vol. I pag. 29. Del resto il contenuto della L. 1 § 13 criticamente non è punto soggetto a dubbi; le parole « *sive per universitatem* » implicano come contrapposto la menzione della successione a titolo singolare. L'errore di scrittura del manoscritto fiorentino: « *in rem missit successum* » insufficientemente corretto in « *in rem misit successum* » non può dar motivo di ritenere criticamente sospetta la decisione della questione. Perciò è affatto infondata l'ipotesi dello PFERSCHÉ, *Privatrechtliche Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto privato), pag. 291 seg., che le parole « *in locum successisse — successum* » siano un glossema errato.

69. In quanto il requisito voluto da un interdetto dalla parte del convenuto consiste nel possesso, detenzione o possibilità dell'esibizione, è fuor di dubbio, che anche una persona incapace di agire può essere esposta a quell'interdetto in tutta la sua estensione.

Là dove invece questo requisito è riposto in un atto illecito dell'impetrato, bisogna vedere, se e fino a qual segno l'atto illecito eseguito dal rappresentante ordinario della persona incapace di agire (tutore, gerente di una persona giuridica)<sup>63 a)</sup> vada considerato come atto illecito di questa persona medesima. Certo tale questione capitale è lungi dall'essere limitata al campo degli interdetti, ma il materiale delle fonti relativo alla dottrina degli interdetti offre per essa delle notizie di cui, per quanto io so, la scienza finora non ha tenuto conto: e perciò può essere opportuno esaminare la questione in questo luogo.

Forse alla giusta soluzione di tale questione più che ogni altra cosa ha posto impedimento l'essere stata la sua trattazione limitata esclusivamente alle persone giuridiche, mentre essa deve essere risolta precisamente nello stesso modo rispetto a tutte le persone incapaci di agire, anzi rispetto a tutte le persone incapaci di disporre. Certo questa verità non ha potuto restare affatto inosservata. Infatti il SAVIGNY<sup>63 b)</sup> dice: « I dementi e gli impuberi hanno ciò di comune con le persone giuridiche, che hanno la capacità giuridica, ma nello stesso tempo mancano della naturale capacità d'agire, per lo che vien loro fornita una volontà artificiale nella persona di un rappresentante. Sì in queste che in quelli v'è precisamente la stessa ragione di dare un'estensione illimitata a una tale volontà fittizia, e quindi di punire nel pupillo il delitto del tutore, quando questi lo commetta nella sua qualità di tutore, per esempio rubando o perpetrando una frode a vantaggio del pupillo. In questo caso, a mia scienza, nessuno ha ancora affermata la possibilità di un delitto per rappresentanza; ma è evidente l'inconsequenza di questa diversità di trattamento nelle persone giuridiche e degli impuberi ». Cionono-

63 a) Nel diritto dell'epoca più tarda anche colui che aveva la potestà, rispetto ai cosiddetti *bona adventicia regularia*.

63 b) *System*. Vol. II pag. 315 seg. Vedi anche ivi pag. 317.

stante anche il SAVIGNY nello stabilire le necessarie eccezioni al principio, da lui esposto con magistrale sicurezza, della irresponsabilità delle persone giuridiche per atti illeciti dei loro rappresentanti, ha mancato di prendere in considerazione quelle norme delle fonti, che si riferiscono a coloro che stanno sotto tutela; e così anche per questa ragione ha circoscritte quelle eccezioni in troppo angusti limiti.

I rappresentanti ordinari di tutte le persone capaci di agire e di disporre ricevono il loro mandato direttamente dalla legge, o dallo statuto della persona giuridica da essi rappresentata. Per conseguenza questo mandato, per la natura stessa delle cose, non va più in là dell'ambito in cui è riconosciuto il bisogno di rappresentanza. Ora tale bisogno riconosciuto non esige un atto contrario alla legge. Perciò per principio fondamentale nemmeno il mandato comprende in sé simili atti <sup>64)</sup>. Un atto illecito dei rappresentanti deve quindi esser considerato esclusivamente come un atto loro proprio: essi qui non agiscono punto nella loro qualità di rappresentanti, nemmeno allorquando nel compiere quell'atto hanno in mira il vantaggio della persona rappresentata <sup>65)</sup>. S'intende però, che quest'ultima non può arricchirsi a spese altrui in seguito a un atto illecito del suo rappresentante. Essa perciò risponde di fronte a colui, che è stato danneggiato da tale atto, nella misura del proprio arricchimento <sup>66)</sup>. Ambedue tali principii troviamo enunciati espressamente anche per gli interdetti.

L. 4 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5:

(PAUL., lib. LXIX *ad ed.*). *Si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.*

L. 11 § 6 D. *quod vi*, XLIII, 24:

<sup>64)</sup> Cfr. SAVIGNY, loc. cit. pag. 314.

<sup>65)</sup> L. 4 D. *quando ex facto tut.*, XXVI, 9. L. 6 Cod. *de adm. tut.*, V, 37.

<sup>66)</sup> L. 15 pr. §1 D. *de dol. m.*, IV, 3. L. 3 D. *quando ex facto tut.*, XXVI, 9. L. 3 § 1 D. *de trib. act.*, XIV, 4. L. 1 § 6 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. L. 21 § 1 D. *de pec.*, XV, 1. L. 10 § 5 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8. L. 9 §§ 1, 3 D. *quod met.* IV, 2.

(ULP., lib. LXXI *ad ed.*). *Si tutoris iussu aut curatoris factum sit, eum placeat, quod CASSIUS probat, ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri, eveniet, ut in ipsum tutorem curatoremque aut utilis actio competat aut etiam utile interdictum certe ad patientiam tollendi operis utique tenebuntur pupillus et furiosus et ad noxam.*

L. 198 D. *de R. I.*, L, 17:

(JAVOLENUS, lib. XIII *ex Cassio*). *Neque in interdicto neque in ceteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est sive non est.*

L. 10 § 5 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8:

(ULPIANUS, lib. LXXIII *ad ed.*). *Ait praetor « sciente te », id est eo, qui convenietur hac actione (sc. interdicto fraudatorio). Quid ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? videamus, an actioni locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem est in curatore furiosi et adulescentis. et putem haec istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.*

L. 4 D. *de vi*, XLIII, 16:

(ULP., lib. X *ad ed.*). *Si vi me deiecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum POMPONIUS scribit, si quid ad eos pervenit.*

Questa è la regola di per sè evidente.

Tuttavia in taluni casi il delitto del rappresentante non si può separare giuridicamente da un suo atto, che è considerato come atto della persona stessa rappresentata. Qui deve questa rispondere pienamente anche di quel delitto.

Da ciò derivano varie eccezioni, delle quali le due prime sono riconosciute anche dal SAVIGNY <sup>67)</sup>.

1) Il rappresentante stringe validamente in nome della persona rappresentata un contratto oneroso; nel concluderlo commette riguardo al suo contenuto dolo o colpa.

---

<sup>67)</sup> loc. cit., pag. 317.

In diritto romano qui rispondeva originariamente solo il rappresentante<sup>68)</sup>, in ispecie il tutore. Certo il rappresentato doveva discaricarlo dell'obbligazione contratta o tenerlo indenne, ma solo in quanto l'obbligazione era contratta nei limiti della regolare gestione degli affari. Il suo accrescersi per l'atto illecito del rappresentante riguardava in massima questo solo; egli poteva domandarne il rimborso solo nella misura, nella quale il rappresentato si era arricchito appunto in forza di quell'atto illecito. Più tardi colui, che aveva stretto un contratto col rappresentante, quando questi aveva deposto il suo ufficio, riceveva anche un'*actio utilis* contro il rappresentato<sup>69)</sup>; ma il limite della responsabilità indicato fu mantenuto. Un pupillo non rispondeva in modo più ampio, nemmeno quando aveva stipulato un contratto personalmente *tutore auctore*<sup>70)</sup>.

<sup>68)</sup> Anche nella rappresentanza di persone capaci di agire e di disporre un obbligo del principale di regola aveva luogo solo in forza di una *actio adiecticiae qualitatis*. Un caso, in cui già pel *ius civile* v'era rappresentanza immediata, è indicato infra num. 71 alla nota 2.

<sup>69)</sup> L. 26 § 3 Cod. *de adm. tut.*, V, 37 (JUSTINIAN.): *Invenimus autem generaliter definitum, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri*. Nel caso delle persone giuridiche è da presumere, che quell'*actio utilis* venisse data contro colui, che era succeduto nella carica del rappresentante, che aveva stipulato il contratto. Cfr. L. 5 § 1 (L. 3 § 2) D. *de adm. rer. ad civ. pertin.*, L. 8. L. 35 § 1 D. *de O. et A.*, XLIV, 7.

<sup>70)</sup> L. 13 § 7 D. *de A. E.*, XIX, 1 (ULP. lib. XXXII *ad ed.*). *Sed cum in facto proponeretur tutores hoc idem fecisse, qui rem pupillarem vendebant (essi cioè nel vendere un fondo pupillare hanno scientemente indicato in una somma troppo esigua le imposte da cui è gravato), quaestionis esse ait (JULIANUS), an tutorum dolum pupillus praestare debeat. et si quidem ipsi tutores vendiderunt, ex empto eos teneri nequaquam dubium est: sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est, tutoribus in residuum perpetuo (cioè anche dopo deposta la tutela) condemnandis, quia nec transferunt in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est*. Cfr. L. 4 § 1 D. *de evict.*, XXI, 2 (ULP. lib. XXXII *ad ed.*). *Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta PAPINIANUS, libro tertio responsorum ait dari in eum, cuius tutela gesta sit, utilem actionem, sed adiecit, in id demum, quod rationibus eius accepto latum est. sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus: quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus*. L'obbligo all'evizione non presuppone colpa del venditore. — Ancora più in là va l'*exceptio doli* per il dolo del tutore contro il pupillo. L. 4 § 23 D. *de exc. dol. m.*, XLIV, 4.



Nel diritto odierno il rappresentante, che conclude un contratto oneroso entro i limiti del suo mandato, in generale non risponde personalmente di fronte al contraente; questi può rivolgersi solo al principale. E quest'ultimo è tenuto come se avesse stipulato il contratto egli stesso.

2) Il rappresentante commette una colpa nell'adempiere un'obbligazione, che incombe al rappresentato.

È noto che i debitori capaci di agire e di disporre non rispondono incondizionatamente della colpa di terzi nell'adempimento dei loro obblighi <sup>71)</sup>. È diverso pei debitori incapaci di agire e di disporre

<sup>71)</sup> Risponde incondizionatamente soltanto:

1.° un *correus debendi* per la colpa dell'altro in forza dell'obbligazione contrattuale comune (L. 18 D. *de duob. reis*, XLV, 2; il fideiussore, che ha fatto malleveria per tutto il contenuto dell'obbligazione, per la colpa del debitore principale; il *nauta, caupo, stabularius ex recepto* per ogni perdita e ogni danno delle cose ricevute, che non possano dimostrarsi prodotti da *ris maior* o da colpa del danneggiato stesso, quindi anche per la colpa dei suoi familiari;

2.° chi, contrariamente al divieto fattogliene, si serve di terze persone nell'adempimento de' suoi obblighi, per la colpa di quelle; così pure chi si serve di terzi in modo lecito là, dove manifestamente si contava sull'esecuzione personale della prestazione da parte sua (L. 2 § 1 D. *si mentor*, XI, 6. L. 19 fino a L. 24 pr., L. 16 pr. D. *pro soc.*, XVII, 2. L. 3 Cod. *de fundis reipriv.*, XI, 66. — L. 60. L. 64 C. *de decur.*, X, 32. L. 8 § 4 D. *mand.*, XVII, 1. L. 5 § 3. L. 55 pr. D. *de adm. tut.*, XXVI, 7. L. 5 D. *de magistr. conven.*, XXVII, 8 § ult. I. *de curat.*, I, 23. L. 24 pr. D. *de adm. tut.*, XXVI, 7. L. 13 § 1 D. *de tutor.*, XXVI, 1. L. 2 Cod. *si mater.*, V, 46. L. 30 § 6 D. *de N. G.*, III, 5. L. 6 D. *quando ex facto tut.*, XXVI, 9. L. 10 Cod. *qui dare tut.*, V, 34);

3.° in diritto romano anche il principale esposto a un'*actio adiecticiae qualitatis* per la colpa, che il contraente commette nell'adempimento dell'obbligo da lui assunto (L. 5 §§ 8, 10 D. *de instit. act.*, XIV, 3. L. 60 § 7 *inil.*, D. *loc.* XIX, 2. L. 91 § 5 D. *de V. O.*, XLV, 1. L. 3 § 5 D. *commod.*, XIII, 6. L. 1 § 12 D. *dep.*, XVI, 3. L. 4 § 17 D. *de exc. dol. m.*, XLIV, 4. Cfr. L. 49 pr. D. *de V. O.*, XLV, 1. L. 32 § 3 D. *de usur.*, XXII, 1).

Tranne questi casi il principale capace di agire e di disporre risponde soltanto:

1.° quando egli stesso è in colpa nella scelta, istruzione, sorveglianza del suo incaricato (*culpa in eligendo vel inspiciendo*);

2.° quando ne ha assunto espressamente o tacitamente la garanzia.

Cfr. GOLD-SCHMIDT, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* (Rivista per l'intero diritto commerciale), vol. XVI pag. 288 segg. — Colgo quest'occa-

rispetto ai loro regolari rappresentanti; semprechè si tratti di esecuzione di prestazioni, che richieggano da parte del debitore una diminuzione del patrimonio la volontà del rappresentante vale come volontà della persona rappresentata. Se l'obbligazione consiste nella restituzione di una cosa affidata al debitore<sup>71 a)</sup>, non effettuandosi la restituzione per dolo del rappresentante il rappresentato risponde solo nella misura del suo arricchimento, nello stesso modo che nel caso di un delitto del rappresentante<sup>72)</sup>.

Oltre queste le fonti ci indicano ancora le eccezioni seguenti:

3) Un diritto, d'obbligazione o no, già esercibile contro la persona rappresentata incapace di agire o di disporre, vien modificato per dolo o colpa del rappresentante<sup>73)</sup>.

zione per dichiarare, che la teoria del GOLDSCHMIDT mi ha convinto dell'erroneità della mia (Ivi vol. VII pag. 199 segg. e *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* (Archivio di scienza pratica del diritto), vol. VII pag. 229 segg.).

<sup>71 a)</sup> Questa può essere una cosa appartenente allo stesso debitore, come nella *fiducia*, nella *dota*, quando chi l'ha ricevuta è divenuto mentecatto.

<sup>72)</sup> L. 3 i. f. D. *quando ex facto tut.* XXVI, 9 v.: *quod in depositi quoque actione dicendum est, — si modo, quod tutoris dolo desit (desit scr. SCHULTING) pupilli rationibus illatum probetur.*

<sup>73)</sup> L. 1 D. *quando ex facto tut.*, XXVI, 9 (POMPON. lib. XXIX ad Sabin.). *Ob dolum malum vel culpam tutoris ARISTO ait pupillum possessorem condemnandum. sed non puto, quanti actor in litem iuraret: et tamen (etiam scr. M.) illud ita est, si rem a tutore pupillus servare potest.* Ciò vale pel deterioramento o distruzione dell'oggetto della lite dopo la citazione nella *rei vindictio*, *hereditatis petitio*, *actio ad exhibendum*. Per un consimile atto illecito del rappresentante commesso prima della citazione il principale incapace di agire risponde in massima solo del suo arricchimento, L. 3 D. *eod.*, XXVI, 9; però se il rappresentante è solvente, quegli risponde *in solidum*: questo non è che un abbreviamento del processo, che non pregiudica il principale. L. 61 D. *de adm. tut.*, XXVI, 7. — L. 78 § 2 D. *de legat.*, II: (PAPINIAN. lib. IX resp.). *Etiam res publica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur, sed damnnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarcendum erit, qui post dictam sententiam iudicatum solvere superederunt. nec aliud servabilur in liti sumptibus, si ratio litigandi non fuit: ignaviam etenim praetendentes audiri non oportere. quod in tutoribus quoque probatur.* Il *sarcendum erit* va riferito con la Glossa al dovere degli amministratori, di risarcire al Comune il danno cagionatogli dall'inosservanza della sentenza, che li condanna. (Può darsi del resto che esso non risenta alcun danno, per es. allorquando mercè prestito a frutto del danaro guadagna tanto, quanto è l'ammontare degli interessi moratori). Il DERNBURG, *Pandekten*, vol. I § 66 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 153 alla nota 8, prendendo

Anche in questa eccezione la ragione è chiara: l'accrescimento prodotto dall'atto illecito del rappresentante nel diritto accampato contro il rappresentato non si può separare dal diritto stesso; altrimenti perderebbe ogni fondamento. Dall'altro lato il rappresentante di fronte all'attore risponderrebbe di una semplice colpa solo in via eccezionale.

4) Il rappresentante compie un atto positivo, contenuto nei limiti della sua competenza, quindi in sè stesso lecito; in seguito a una negligenza, a un errore commesso nella determinazione dell'atto, un terzo patisce dall'esecuzione di esso un danno, da cui nasce per lui un diritto a parte.

Quella determinazione dell'atto deve in sè stessa valere come determinazione della persona rappresentata, perciò questa deve rispondere anche per la colpa del suo rappresentante, che vi è collegata. Infatti, all'opposto del dolo, la *culpa in faciendo* non è un atto di volontà speciale, per sè stante, che possa come tale esser addebitato esclusivamente al rappresentante, facendo valere il rimanente contenuto dell'atto come volontà della persona rappresentata: quella colpa non è che una qualità negativa di quella stessa volontà, che vale e

---

quelle parole nel senso, che il Comune, tranne che per gli interessi, non risponde della mora dei suoi amministratori, non solo è rimasto in obbligo di spiegarci, perchè rispetto agli interessi moratorii debba aver luogo un trattamento diverso, che per le altre conseguenze della mora, ma mostra anche di non rilevare, che all'infuori del caso del dolo degli amministratori non si può in nessun modo costruire un'azione del fedecommissario contro di questi. Per conseguenza di ciò la fine del frammento non dice, come vuole il DERNBURG, che il Comune non risponde delle spese processuali risultanti per colpa dei suoi amministratori. Cfr. L. 6 Cod. de adm. tut., V, 37: (ALEXANDER) *Non est ignotum, tutores vel curatores, si nomine pupillorum vel adullorum scientes calumniosas instituunt actiones, eo nomine condemnari oportere, ne sub praetextu nominis eorum propter suas similtates secure lites suas exercere posse existiment.* L. 1 § 1 Cod. de plus pet., III, 10 (ZENO, 486 o 487): *Ἐάν δὲ ἐπίτροποι ἢ κούρατωρες ἐν χρόνῳ ἢ ποσότητι πλέον ἐπιχειρήσωσιν ἀπαιτῆσαι τοὺς τῶν κηθευομένων χρεώστας, οὐδὲν καταβλαπτέσθωσαν οἱ ἐπίτροποι, οὐδὲν ἢ κούρατωροῦμενοι, αὐτοὶ δὲ οἱ ἐπίτροποι ἢ κούρατωρες ἐπιγινωσκίτωσαν αὐτοῖς τὴν ἐντεῦθεν συμβαινουσαν ζημίαν.* (Qui ha luogo un'azione indipendente dei convenuti assolti contro i tutori, la quale si basa sulla condanna di questi ultimi alle spese e pene processuali prescritta nella L. 6 cit. Cfr. L. 1 cit. § 2 in fine. — WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses* (Sistema della procedura civile ordinaria), § 46 nota 63 in fine.

deve valere come volontà della persona rappresentata, se questa deve prender parte nel modo dovuto al commercio patrimoniale: essa non è appunto che una mancanza di riflessione, di prudenza e di cura, per la quale una volontà in sè stessa non contraria alla legge, anzi manifestatasi legalmente, produce una responsabilità giuridica.

Per lo che, ogni qualvolta una semplice colpa faccia nascere una pretesa giuridica per sè stante, in altri termini ogniqualvolta sia possibile un *delitto colposo*, dovrà anche una persona incapace di agire essere obbligata *ex delicto* per la colpa del suo rappresentante ordinario in quegli atti, che stanno entro i limiti della sua competenza <sup>74</sup>).

Ora il diritto comune conosce solo pochi delitti colposi. E di questi il delitto del *ensor*, *qui falsum modum agri dixit*, e la trasgressione del dovere d'ufficio del magistrato presuppongono assolutamente la capacità di agire di colui, che deve esser reso responsabile. Come delitti colposi, dei quali, come abbiám detto, possono rispondere anche persone incapaci di agire, restano quindi il *damnum iniuria datum* e il *clam factum* <sup>75</sup>). Del primo nulla dicono le fonti a questo riguardo; tanto più importante è il fatto, che sul secondo esse si esprimono in un modo, che concorda con la nostra teoria: questa riceve così il più valevole appoggio.

L. 5 § 12 D. *quod vi*, XLIII, 24:

(ULP., lib. LXX (LXXI scr.) *ad ed.*) *Similiter quod iussu cuius*

<sup>74</sup>) Tanto più vale ciò per un principale capace di agire e di disporre. Vedi L. 5 § 12 D. *quod vi*, XLIII, 24 (infra testo dopo la nota 75) v. *procurator*.

<sup>75</sup>) L. 4 D. *quod vi*, XLIII, 24: (VENULEIUS, lib. II *interdictorum*) *SERVIVS etiam cum clam facere, qui existimare debeat sibi controversiam futuram, quia non opinionem cuius et resupinam existimationem esse (non opinionem cui et resupinam existimationem prodesse scr. M.) oporteat, ne melioris conditionis sint stulti quam periti. L. 43 i. f. D. ad leg. Aquil., IX, 2: (POMPON., lib. XIX ad Sabin.) — puto eadem dici posse etiam de hac actione (de interdicto scr. M.) Quod vi aut clam, si modo quis aut prohibitus fecerit, aut apparuerit cum intellegere debuisset ab eis, ad quos ea hereditas pertineret, si rescissent, prohibitum iri. La colpa qui sta appunto nella mancanza della debita considerazione o riguardo dell'interesse altrui. Invece la colpa nel *Quod vi aut clam*, della quale è menzione nella L. 15 § 11 D. *quod vi*, XLIII, 24, si riferisce a una negligenza, da cui è stata frustrata la restituzione del *vi aut clam factum*. Vedi infra § 1838 e num. 103 dopo la nota 26.*

*factum erit, ob id non cum eo, sed [cum eo ins. M.] cuius nomine iusserit, haec actio est. nam si procurator, tutor, curator, duumvir municipalii, quod eius nomine ageret [ageretur sor. M.], cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo, qui ita iusserit, etc.*

Certamente ULPIANO con questa norma non vuol mettersi in contraddizione con ciò, che egli espone nella L. 11 § 6 *eod.*<sup>76)</sup>, proveniente dal medesimo libro della medesima opera. Ora egli in questo passo dichiara, che l'interdetto *Quod vi aut clam* per ciò che è avvenuto dietro ordine *doloso* del tutore, astrazion fatta dall'arricchimento del pupillo, non è diretto contro di questo, ma contro il tutore stesso. Già per questa ragione la L. 5 § 12 cit. per ordine di un *opus*, in forza del quale essa al contrario dice responsabile il pupillo e non il tutore<sup>77)</sup>, può intendere solo un ordine colposo. Se ne ha una conferma nelle parole « *quod eius nomine ageretur* »; un delitto doloso del tutore non accade mai *pupilli nomine*<sup>77 a)</sup>. Da ciò risulta inoltre, che questo frammento presuppone un *clam factum*: questo soltanto può avvenire anche colposamente; ciò che vien fatto *vi*, cioè contro un divieto, è necessariamente doloso.

Riteniamo perciò errata la decisione del Tribunale superiore di WOLFENBÜTTEL (*Obergericht WOLFENBÜTTEL*) del 16 gennaio 1874 (*Archivio del SEUFFERT*, vol. XXX num. 249), che allegando l'opinione del SAVIGNY, *Sistema*, vol. II §§ 94 e 95, dichiara assolutamente inammissibile contro un Comune l'interdetto *Quod vi aut clam* come azione *ex delicto*, astrazion fatta dall'obbligo alla *praestatio patientiae*, per la ragione, che un delitto non può esser commesso da una persona giuridica. Del resto questa sentenza non si è reso ben

<sup>76)</sup> Vedi sopra pag. 307 seg. (ediz. tedesca pag. 411).

<sup>77)</sup> Di ciò non ha tenuto conto la Glossa alla L. 5 § 12 cit. vv. *eius nomine e cum eo*; altrimenti non potrebbe cercare di collegare questo frammento con la L. 11 § 6 osservando riguardo al primo: *In minore accipe, si locupletior est: non alias, nisi ad patientiam: sed tutor tenetur: ut infra eod. L. is, qui (11) § si tutoris (6)*; e *Cum eo. subaudi tantum qui etc.* (io intendo: *locupletior factus est*). La scienza moderna sembra non abbia considerato, che il confronto dei due frammenti richiede una distinzione dei loro presupposti.

<sup>77 a)</sup> Vedi il testo alla nota seguente.

conto di ciò che sia un *clam facere* colposo. Questo consiste appunto in ciò, che nel fare un *opus in solo* non si pensa alla possibilità di un'opposizione, che dovrebbe ragionevolmente esser preveduta. E naturalmente un modo di agire il più franco ed aperto non solo è conciliabile con tale circostanza, ma di regola vi si trova congiunto.

La restrizione della responsabilità del principale al caso di una *colpa* del rappresentante apparirà evidente solo prendendo a considerare per contro anche il *dolo*, che il rappresentante commette nello stipulare un atto in sè stesso contenuto entro i limiti del suo mandato. Ogni dolo è come tale qualche cosa di positivo. In diritto civile esso è la volontà di fare un atto, con la coscienza che esso produrrà un certo effetto, ove questo effetto danneggi illecitamente un terzo <sup>77 b)</sup>. Ora anche se quest'atto in sè sta nei limiti del mandato del rappresentante, esso purtuttavia esce necessariamente da questo mandato, perchè il rappresentante ha la coscienza del suo effetto dannoso: la risoluzione da lui presa malgrado tale coscienza non è punto stata presa come manifestazione di una volontà che rientra nello scopo del suo mandato, non può quindi nemmeno valere come volontà della persona rappresentata. Così la L. 15 § 1 D. *de dolo m.*, IV, 3 dice riferendosi particolarmente a una persona giuridica:

(ULP., lib. XI *ad ed.*). *Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto, ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit, ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandum. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.*

Questo frammento per contro non dice punto, che una persona giuridica, e in generale una persona incapace di agire, non risponda in *solidum* della colpa del suo rappresentante <sup>77 c)</sup>.

Ma anche una seconda restrizione di questa eccezione va qui no-

<sup>77 b)</sup> Cfr. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Trattato di diritto penale tedesco) 2.<sup>a</sup> ediz. § 39, 3.<sup>a</sup> ediz. § 38.

<sup>77 c)</sup> Di diversa opinione sembra il DEUNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* (Trattato di diritto privato prussiano), vol. I 3.<sup>a</sup> ediz. § 53 pagina 110 nota 13 *Pandekten*, vol. I § 66 alla nota 1 e in fine.

tata: vogliamo dire la restrizione a una colpa nella determinazione presa dal rappresentante. Il rappresentato non risponde della colpa del rappresentante nella sola *esecuzione* di un atto contenuto nei limiti del suo mandato, che non sia diretto al soddisfacimento di un debito. Pel principale capace di agire ciò è senz'altro chiaro. Esso risponde di ogni colpa anche nella scelta, istruzione e sorveglianza dell'esecutore: ciò sta ancora nel dominio della sua volontà, per conseguenza è ancora oggetto della sua determinazione. Però non lo si può tener responsabile dell'esecuzione come tale al di là di questo limite. Gli errori e le negligenze in questa parte dell'esecuzione colpiscono esclusivamente l'esecutore. Precisamente lo stesso è per un principale incapace d'agire e di disporre. La sua volontà viziosa o insufficiente è rimpiazzata dalla volontà del suo tutore o di altro rappresentante ordinario: nell'esecuzione come tale questa volontà del rappresentante non ha maggior posto, che la volontà di un principale capace di disporre. Potrebbe forse nascere qualche dubbio, nel caso che quello stesso rappresentante ordinario compia l'esecuzione. Ma qui egli non agisce più come rappresentante della *volontà* del principale; qui egli non è altro che un organo esecutivo, precisamente come un terzo esecutore. Perciò non può certo considerarsi come un caso, se la L. 5 § 12 D. *quod vi*, XLIII, 24 parla solo di un *feri iuberet*, e non di un *faceret* del rappresentante.

70. La teoria qui sopra dimostrata sulla base delle fonti va applicata anche all'assai più importante *actio legis Aquiliae* <sup>78)</sup>. Una minuta analisi di quest'applicazione non rientra nel compito immediato di questo lavoro. Però una breve disamina di giudicati moderni nel campo del *damnum iniuria datum* varrà meglio di ogni altra cosa a mostrarci quale importanza pratica abbia la nostra teoria, ove ci riesca con essa appunto di venir in aiuto del retto sentimento del diritto nella sua lotta più o meno cosciente contro il dogma assoluto

---

<sup>78)</sup> Sarà qui lecito osservare, che l'autore senza conoscere ancora la prova a suo favore contenuta nella L. 5 § 12 cit. già nella sua recensione della parte II delle *Deutschland Eisenbahnen* (Ferrovie della Germania) del KOCH ha esposto nelle *Göttingische gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Göttinga) rispetto al *damnum iniuria datum* i medesimi principii, che egli dà, in parte ripetuti letteralmente, nel testo di questo numero e del precedente.

dell'incapacità delle persone giuridiche a commettere un delitto, e ci venga fatto nello stesso tempo di assicurarlo così da eccessi ingiustificati <sup>79)</sup>.

Particolarmente istruttiva è una sentenza del Tribunale superiore (*Obergericht*) di WOLFENBÜTTEL del 10 gennaio 1856 <sup>80)</sup>. A norma del regolamento di servizio dei guardiani delle Ferrovie del Ducato di Brunswick le vie che attraversavano la linea ferroviaria dovevano venir chiuse non secondo le indicazioni dell'orario, ma solo al momento in cui era sentito o veduto avvicinarsi il treno. Ora conforme a tale istruzione in un mattino nebbioso e ventoso di gennaio una di tali vie non era stata sbarrata, perchè il guardiano non era stato in grado nè di vedere, nè di udire l'avvicinarsi di un treno in orario. Un carro che con più altri attraversava la linea fu investito dal treno e mandato in frantumi. Il Tribunale superiore confermando la sentenza di primo grado condannò l'Amministrazione Governativa delle Ferrovie del Ducato *ex lege Aquilia*, perchè le norme da esso date riguardo alla chiusura delle vie attraversanti la linea non avevano offerto al pubblico nelle circostanze punto straordinarie di un tempo nebbioso e ventoso quella sicurezza, a cui l'Amministrazione sarebbe stata in obbligo di provvedere. Dall'*Archivio* del SEUFFERT non risulta, se nelle discussioni che avevano preceduta la sentenza venisse sollevata l'obiezione, che una persona giuridica, astrazione fatta dal suo arricchimento, non possa punto rispondere *ex delicto*. Ad ogni

<sup>79)</sup> Cfr. BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtssubject* (Sulla dottrina del soggetto dei diritti) nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Annali di Dogmatica del diritto romano odierno e del diritto privato tedesco), vol. XII (1873) pag. 120 segg., specialmente pag. 122 seg., dove sono espresse le ipotesi, che nell'esposizione, certo tutt'altro che inconsiderata, del SAVIGNY, sia stato omissa qualche punto capitale; e che inoltre si debba pur fare una differenza tra le diverse azioni *ex delicto*. Qualche cosa di giusto c'è anche nell'estensione contro persone giuridiche di quelle azioni *ex delicto*, per le quali la causa che le ha spinte all'atto lesivo emana dallo scopo stesso, che quelle si son proposte ». Si tratta infatti di quegli atti dei rappresentanti, che per lo scopo loro debbono considerarsi come atti della persona giuridica, e perciò appunto per una colpa dei rappresentanti ad essi inseparabilmente connessa obbligano come delitti questa persona medesima.

<sup>80)</sup> SEUFFERT, *Archiv*, vol. X num. 165.



modo la sentenza in ultima istanza non si occupa di una simile obiezione. La decisione è certo giusta. La Direzione delle Ferrovie del Ducato nella sua qualità di rappresentante dell'Amministrazione Governativa delle Ferrovie aveva non solo il mandato, ma il dovere di emanare un regolamento pei guardiani, e di dare in questo regolamento anche norme per lo sbarramento delle vie. Questo regolamento di servizio, comprese tali norme, va quindi considerato come emanato dall'Amministrazione governativa stessa. L'errore ad esso inerente per quanto riguarda i giorni di nebbia e vento giuridicamente può esser preso in considerazione solo come un difetto di quel regolamento <sup>81)</sup>; non si può in alcun modo separare quell'errore dal regolamento e dargli un'esistenza a parte, per sè stante. Per conseguenza esso, come il regolamento, è considerato come un atto dell'Amministrazione Governativa.

Sarebbe diverso il caso, se, contro il regolamento di servizio, un guardiano non avesse sbarrato i luoghi di passaggio, e da ciò fosse derivato quel danno. Qui il *dominus negotii* non è tenuto incondizionatamente, nemmeno quando è una persona naturale. La responsabilità *ex lege Aquilia* per la colpa di una terza persona, che viene impiegata in atti in sè leciti, non va mai al di là della *culpa in eligendo, instruendo, inspiciendo* <sup>82)</sup>. Perciò giustamente una sentenza della Corte d'Appello (*Oberappellationsgericht*) di CELLE del 19 aprile 1861 <sup>83)</sup> respinge una domanda di risarcimento proposta contro l'Amministrazione governativa delle Ferrovie, fondata unicamente sul fatto,

<sup>81)</sup> È fors'anche superfluo notare, che ciò presentemente ha importanza solo quando sia questione di deterioramento o distruzione estracontrattuale di cosa altrui, mentre circa la perdita o il deterioramento di merci vengono in applicazione l'art. 395 segg. collegati con l'art. 423 del Codice di commercio, e circa le lesioni corporali e l'omicidio la legge dell'Impero del 7 giugno 1871 (*Haftpflichtgesetz*) § 1.

<sup>82)</sup> L. 27 § 11 D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2: (ULP., lib. XVIII *ad ed.*) PROCULUS ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, alteri amplius non agendum. sed haec ita, si CULPA COLONUS CARERET: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.

<sup>83)</sup> SEUFFERT, *Archiv*, vol. XV num. 26.

che un carro passando su di una via non sbarrata attraversante la linea era stato danneggiato da un treno non segnalato. Perocchè la sola circostanza, che nè l'avvicinarsi del treno era stato segnalato, nè la via sbarrata, non fonda l'addebito di una colpa alla Direzione delle Ferrovie, nè rispetto alla scelta e sorveglianza del cantoniere, che aveva mancato di piantare il segnale e di sbarrare la via. Invece la *Corte suprema* di BAVIERA (*Oberster Gerichtshof für BAYERN*) l'11 dicembre 1877<sup>84)</sup>, partendo dal principio erroneo, che lo Stato come titolare dell'esercizio ferroviario risponde incontestabilmente dell'errore dei suoi inservienti, condanna in un caso consimile l'Amministrazione Governativa delle Ferrovie al risarcimento dei danni, perchè doveva ascrivere a grave colpa dell'inserviente l'aver mancato di sbarrare la via.

Lo stesso principio erroneo aveva seguito il medesimo Tribunale l'11 maggio 1853<sup>85)</sup>, dichiarando responsabile l'Amministrazione Governativa delle Ferrovie per un incendio causato dalle scintille della locomotiva, ove fosse dimostrato che gli inservienti ferroviari avevano dato troppo fuoco alla macchina, o solamente che non avevano badato a che il tubo destinato all'emissione del vapore superfluo e del fumo, nei luoghi in cui non era improbabile, oppure era possibile, che si comunicasse e si propagasse il fuoco, emettesse una quantità minore e meno pericolosa di scintille, o non ne emettesse affatto<sup>86)</sup>. La concessione generale da parte dello Stato dell'esercizio di ferrovie sempre pericoloso come possibile causa d'incendi non esclude la responsabilità del titolare dell'esercizio di una ferrovia per l'incendio causato da tale esercizio, nè viceversa questa responsabilità ha luogo senz'altro di per sè. Tutto dipende sempre dal vedere, se vi è o no

<sup>84)</sup> SEUFFERT, vol. XXXV (Nuova serie vol. V) num. 25.

<sup>85)</sup> Ivi vol. X num. 164.

<sup>86)</sup> Ancor più errata è una sentenza dello stesso Tribunale del 16 aprile 1861 (SEUFFERT, vol. XIV num. 208), secondo la quale l'esercizio di ferrovie per mezzo di locomotive implica necessariamente e imprescindibilmente una specie di atti colposi, e perciò il titolare dell'esercizio è senz'altro responsabile dei danni degli incendi arrecati dalle scintille delle locomotive. Questa sentenza ha qui importanza per noi solo in quanto anche in essa vien riconosciuta la responsabilità di una persona giuridica per un diritto colposo.

una colpa nelle disposizioni che regolano l'esercizio (compresa la scelta, istruzione e sorveglianza del personale necessario). Il sapere se in un dato caso si sia verificata una simile colpa è questione di fatto. Se poi, per esempio, l'incendio è stato prodotto dall'essersi fatto uso per ordine della direzione di un combustibile particolarmente pericoloso, quale sarebbe una torba scoppiettante o altro che di simile, oppure dall'essere state omesse per ordine della direzione le misure di precauzione, che l'esperienza insegna di prendere riguardo alla macchina, anche una persona giuridica dovrà rispondere come titolare dell'esercizio. Si noti ancora, in via accessoria, che bisogna scorgere una colpa della direzione già nel fatto, che essa non ha espropriato i fondi, che, come l'esperienza ha già precedentemente dimostrato, in talune circostanze inevitabili sono facilmente soggetti ad incendiarsi, in ispecie le foreste di pini, e non li ha protetti con tagli d'alberi, falciatura d'erbe e di prunai, scavo di fossi e altre misure simili.

Specialmente numerose sono le sentenze di Corti supreme sulla colpa aquiliana nelle costruzioni.

Una sentenza della Corte d'appello (*Ober Appellationsgericht*) di MONACO del 28 marzo 1851<sup>87)</sup> dichiara l'azione aquiliana ammissibile anche contro il fisco, perchè essa può ritenersi fondata dall'esecuzione di un atto positivo in sè stesso permesso, quando tale atto sia divenuto causa di danni sofferti dall'attore, e il convenuto non usò la prudenza ordinaria (qui per l'insufficienza delle opere, cioè poco profondo scavamento o insufficiente arginatura di un canale).

Secondo una sentenza della Corte d'appello (*Ober-Appellationsgericht*) di DAEMSTADT dell'aprile 1846<sup>88)</sup> un Comune risponde dei danni extracontrattuali arrecati da terzi mediante le persone, che agiscono in suo nome e per suo mandato, segnatamente mediante le autorità, che soprintendono alle costruzioni, per lo meno in quanto queste hanno agito direttamente nella cerchia dell'affare ad esse affidato.

A mio parere queste due sentenze sono giuste soltanto nell'ipotesi,

---

<sup>87)</sup> SEUFFERT, vol. IV num. 119.

<sup>88)</sup> SEUFFERT, vol. VII num. 150.

che, o l'errore che ha cagionato il danno si trovasse già nella deliberazione presa dall'autorità governativa o comunale riguardo alla costruzione o al piano della costruzione; o che quell'autorità fosse appunto l'autorità competente per tale deliberazione. Invece gli errori commessi nell'esecuzione di una deliberazione della rappresentanza ordinaria governativa o comunale non obbligano lo Stato o il Comune, nello stesso modo che un costruttore privato non è responsabile quando, mentr'egli ha stabilito il piano con estrema prudenza e con pari prudenza ha scelto l'architetto e gli ha dato le istruzioni necessarie, questi non usa la debita prudenza nell'esecuzione.

Per contro si ha di nuovo colpa del costruttore, ed anche di una persona giuridica in tale qualità, quando un difetto nella pura esecuzione dei lavori, che con la debita diligenza avrebbe dovuto essere scoperto al collaudo incombente al costruttore, o non fu constatato, oppure, sebbene fosse stato avvertito, non vi fu posto riparo.

Per quest'ultimo motivo possono ritenersi giuste le sentenze del Regio Tribunale superiore (*Oberhofgericht*) di MANNHEIM <sup>89)</sup> e del Tribunale superiore (*Obertribunal*) di BERLINO del 27 settembre 1859 <sup>90)</sup>, le quali rendono responsabile il fisco di errori di costruzione.

Non così facile è il vedere, se sia giusta la sentenza pronunciata dalla Corte d'Appello di LUBECCA (*Ober-Appellationsgericht Lübeck*) il 18 febbraio 1871 <sup>91)</sup>. Nel porto di Bremerhaven, a causa di un difetto di costruzione, uno dei pali d'approdo appartenenti alle opere ivi compiute dal Governo era stato spezzato dalla violenza del vento, e la nave assicurata a quel palo, andando a urtare contro un'altra nave, aveva patito rilevanti danni. La sentenza parte dal principio, che quando lo Stato, od altri, si è obbligato di fronte al pubblico a prestazioni, che ne promuovono l'utile, ricevendo, come avveniva appunto in questo caso, un corrispettivo, ed ha preso le disposizioni necessarie all'uopo, esso non debba già considerarsi, a partir da quel momento, esonerato da ogni dovere: che esso adempiendo gli obblighi imposti dal diritto pubblico non resta, ben è vero, in un rapporto

<sup>89)</sup> SEUFFERT, vol. VIII num. 53.

<sup>90)</sup> Ivi vol. XIV num. 36.

<sup>91)</sup> SEUFFERT, vol. XXV num. 128.

contrattuale col pubblico; però i suoi atti viziosi, le sue trasgressioni dei doveri pubblici hanno di fronte al pubblico un carattere imputabile, costituiscono cioè una *iniuria* nel senso della legge Aquilia. Per questo motivo fu il Governo di Brema condannato al risarcimento dei danni. Noi siamo d'accordo con la suddetta motivazione in ciò, che colui, privato o persona giuridica, il quale estracontrattualmente erige delle opere per destinarle all'uso del pubblico (ed è indifferente che lo faccia gratuitamente o contro un corrispettivo), negli atti positivi coi quali pone in essere tali opere deve impiegare la massima diligenza necessaria ad assicurare l'uso regolare delle sue opere come tali contro i pericoli, che potrebbero derivare dal loro stato difettoso. Ma ciò non vuol punto dire, che egli sia responsabile di ogni difetto delle sue opere, che sia pericoloso in questo senso. Egli ne dovrà rispondere, solo quando risulti una sua colpa riguardo a quel difetto, specialmente, cioè, quando o il suo rappresentante ordinario commetta un errore nello stabilire il piano delle opere, oppure nella scelta, istruzione, sorveglianza delle persone dalle quali fa eseguire questo piano, o nel collaudo delle opere, o finalmente, semprechè egli le tenga permanentemente a disposizione del pubblico e non le metta, dopo averle compiute, una volta per tutte in sua balla <sup>92</sup>), commetta un errore nella loro manutenzione oppure nella scelta, istruzione, sorveglianza delle persone, cui ha affidato la cura della manutenzione. Ove in nessuno dei detti rapporti risulti una sua colpa, egli non risponde della colpa delle persone adibite nell'esecuzione e nella manutenzione delle opere. Ora nel presente caso è possibile, che il difetto di costruzione del palo d'approdo, causa del danno patito dalla nave dell'attore, trovandosi fin dal principio nel piano, provasse che il piano medesimo era imprudente; o che il difetto fosse dovuto a una delle persone adibite nell'esecuzione, e che nella scelta, istruzione, sorveglianza di queste si fosse proceduto con negligenza; oppure che usando la debita cura nel collaudo o nell'ispezione delle opere il difetto avrebbe dovuto essere scoperto: allora il Governo di Brema sarebbe stato senza dubbio responsabile

---

<sup>92</sup>) Riguardo a questa differenza può certo essere importante il fatto, che esso si fa pagare un corrispettivo per l'uso in ciascun dato caso.

della colpa del suo rappresentante. Ciò però non risulta dalla motivazione della sentenza; pare anzi che essa faccia senz'altro lo Stato responsabile di quel difetto. Nemmeno questa sentenza, come quella citata prima, fa menzione del dogma dell'illimitata incapacità delle persone giuridiche a commettere un delitto; pare ch'essa voglia non tanto rettificare tal dogma quanto girargli attorno, derivando la responsabilità dello Stato, non da una positiva *violazione del diritto*, ma dall'*inadempimento* di un obbligo giuridico. Eppure può ritenersi incontestabile, che quest'obbligo estracontrattuale è un obbligo puramente negativo: cioè consiste nell'evitare accuratamente i pericoli, che possono nascere da quegli atti positivi, che debbono considerarsi come atti proprii dello Stato. Ora l'accentuare questo carattere di inadempimento di un obbligo giuridico non basta in alcun modo a giustificare l'opinione, che lo Stato debba rispondere incondizionatamente degli atti dei suoi funzionari e inservienti. All'opposto anzi il paragone dell'inadempimento di un obbligo contrattuale avrebbe dovuto far rilevare che, come in questo, così in quello il debitore non è astretto a rispondere senz'altro della colpa dei suoi impiegati.

La responsabilità dello Stato, e precisamente una responsabilità *ex lege Aquilia*, è in una sentenza del Tribunale superiore (*Obertribunal*) di Berlino del 6 aprile 1869 <sup>93)</sup> fondata espressamente sul principio:

« che il fisco, quando si tratti dell'adempimento di obblighi privati, che hanno la loro fonte non nel pubblico, ma nel privato diritto, è responsabile come i privati, e nel caso di atti di ufficio da esso compiuti in contraddizione coi suoi doveri, non può declinare la sua responsabilità verso i privati lesi nei loro diritti, rinviandoli ai suoi funzionari ».

Questo principio è seguito anche da una sentenza del Tribunale superiore commerciale dell'Impero (*Reichs-Oberhandelsgericht*) del 10 dicembre 1872 <sup>94)</sup>. Nella stazione delle Ferrovie della Marca e

<sup>93)</sup> *Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals* (Decisioni del R. Tribunale Supremo), vol. LXI (Sesta serie vol. I) pag. 10.

<sup>94)</sup> *Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts* (Decisioni del Tribunale commerciale supremo dell'Impero), vol. VIII pag. 201 segg. e SEUFFERT, *Arch.*, vol. XXVIII num. 5.

Bassa Slesia in Breslavia era stato scavato un fosso da servire per una condotta d'acqua, che la Direzione delle dette Ferrovie aveva ordinata, affidandone l'esecuzione e la sorveglianza al suo ingegnere Hausmann. L'inserviente Seidel era precipitato in quel fosso e vi era rimasto morto. La sentenza citata dichiarò dovere il fisco quale proprietario immobiliare e quale costruttore risarcire dei danni gli eredi del Seidel, perchè al tempo della disgrazia, di cui questi era stato vittima, il fosso non era munito dei debiti ripari; mentre la medesima sentenza non considera come dimostrato, che l'ingegnere Hausmann avesse trascurato l'obbligo trasmessogli di sorvegliare quel fosso. La condanna si basa sul § 345 num. 9 (11) del Codice penale prussiano, a norma del quale è punito con multa fino a 50 talleri o detenzione fino a 6 settimane « chi, in luoghi di transito lascia scoperti o senza riparo pozzi, cantine, fossi, aperture, ecc. in modo che ne possa derivar pericolo per altri ». In forza di tale norma, dice la sentenza, se il fisco non è responsabile penalmente, è bensì responsabile civilmente. Perocchè la pena comminata ha per necessario presupposto l'ordine di premunire debitamente un fosso scavato in luogo così pericoloso, e quest'ordine impone al fisco, quale proprietario del fondo, l'obbligo corrispondente derivante dal diritto privato. Il fisco quindi, giusta il principio della sentenza del Tribunale superiore (*Obertribunal*) di Berlino del 6 aprile 1869 sopra riferito, risponde dell'adempimento di quest'obbligo. Infatti, continua la sentenza del Tribunale commerciale, se una persona giuridica in rapporti *contrattuali* è incontestabilmente responsabile della condotta del suo rappresentante come dei proprii atti di volontà, non v'è ragione di negare la sua responsabilità quando si tratti dell'inadempimento di un obbligo, non assunto volontariamente, ma impostole dalla legge stessa. Al contrario, se la volontà della persona giuridica viene con una finzione creata solo affinchè possa partecipare ai diritti patrimoniali del commercio civile, e se perciò nell'acquisto dei *diritti* gli atti dei suoi rappresentanti sono considerati come atti suoi proprii, la necessaria tutela del commercio civile esige, che lo stesso si faccia quando è questione di risarcimento di danni, derivati dall'esser rimasti inadempiti determinati obblighi imposti nell'interesse di quella tutela. Lo stesso statuisce una sentenza della Corte d'appello (Ap-

*pellationsgericht*) di Celle del 15 novembre 1878 <sup>94</sup> a). Non occorrono molte parole per dimostrare, che questa parificazione di un obbligo contrattuale all'obbligo legale qui ammessa è del tutto errata già per questa ragione, che di fronte a quest'ultimo non può assolutamente trovarsi un soggetto con determinati diritti. Quel presunto obbligo legale non è niente altro che l'obbligo puramente negativo di evitare nei proprii atti positivi tutto ciò che contenga pericolo per terzi, cioè l'obbligo fondato dalla *lex Aquilia*: l'azione, che deriva dall'inadempimento di tale obbligo è l'azione *ex delicto per damnum iniuria datum*.

L. 28 pr. D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2 (PAULUS, lib. X *ad Sab.*):

*Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus (= in luoghi in cui vengono uomini) fecerunt, eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.*

Perciò è senza dubbio con soverchia precipitazione che una sentenza del tribunale superiore di commercio (*Ober-Handelsgericht*) del 17 dicembre 1873 <sup>95</sup>, basandosi su questa, che abbiamo riferita da ultimo, e su alcune altre recenti sentenze, in gran parte da noi parimenti sopra citate, afferma, che, in opposizione col diritto romano puro, un diritto comune consuetudinario tedesco abbia stabilito, che gl'intraprenditori di grandi servizi di trasporti, segnatamente le ferrovie, rispondono, non solo delle violazioni del contratto di trasporto commesse dai loro impiegati, ma anche dei danni arrecati per colpa di questi fuori dell'ambito del contratto di trasporto, ma nell'esercizio delle loro funzioni in servizio degl'intraprenditori; in altri termini non solo della colpa contrattuale, ma anche della cosiddetta colpa aquiliana commessa nell'esercizio di quelle funzioni. Su decisioni così oscure nella loro motivazione e in sè stesse così incongrue, quali sono quelle delle sentenze sopra riferite, non può a mio parere fondarsi un diritto consuetudinario.

La detta oscurità non è chiarita nemmeno in una sentenza della

<sup>94</sup> a) SEUFFERT, *Arch.*, vol. XXXIV (Nuova serie vol. IV) num. 88.

<sup>95</sup>) *Entscheidungen* (Decisioni), vol. XII pag. 78 segg.



Corte suprema dell'Impero (*Reichsgericht*) del 12 dicembre 1882<sup>96</sup>), la quale riferendosi ai tre ultimi giudicati qui da noi esaminati dice:

« La giurisprudenza delle Corti supreme, sempre oscillante riguardo alla responsabilità dello Stato e delle corporazioni per gli errori dei loro impiegati e mandatari, ha ad ogni modo negli ultimi tempi tenuto fermo il principio, che le persone giuridiche sono, al pari dei privati, responsabili dell'adempimento degli obblighi positivi derivanti da rapporti contrattuali e imposti da leggi speciali, e che in caso di inadempimento di tali obblighi i danneggiati non possono venire rinviiati dalle dette persone giuridiche ai loro rappresentanti o impiegati ».

Su ciò vien fondata la condanna delle Ferrovie della città di Berlino, e rispettivamente del fisco che ad esse subentra, al risarcimento del danno, che era stato cagionato dall'omissione delle misure necessarie a garantire l'edificio dell'attore nell'esecuzione di lavori fatti nella Sprea per porre le fondamenta di opere delle dette Ferrovie; omissione punibile a norma del § 367 num. 14 del Codice pen. ted. Anche qui, a mio parere, era questione di un *damnum iniuria datum*, e la condanna è giustificata soltanto nel caso, che quell'omissione potesse ascrivarsi a colpa della Società delle Ferrovie e per essa del fisco come costruttore, perchè le persone chiamate a rappresentare la volontà di questa persona giuridica nello stabilire il piano avevano mancato di prendere le necessarie misure di sicurezza, oppure nello scegliere, istruire, sorvegliare le persone adibite all'esecuzione del piano progettato con la debita prudenza non avevano usata la diligenza anche in ciò necessaria. Non credo, che il tribunale malgrado la contraria dichiarazione della sentenza « al pari che i privati » avrebbe reso responsabile un costruttore privato in una misura più ampia di questa sopraindicata.

Questa giusta decisione è emanata dalla Corte d'appello (*Appellationsgericht*) di Celle il 14 febbraio 1879<sup>97</sup>). Ma nemmeno questa

<sup>96</sup>) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen* (Decisioni della Corte Suprema dell'Impero in materia civile), vol. VIII num. 60 pag. 236 seg.

<sup>97</sup>) SEUFFERT, *Arch.* vol. XXXV (Nuova serie vol. V) num. 287.

sentenza si pronunzia sul suo rapporto col dogma dell'incondizionata incapacità a delinquere delle persone giuridiche; essa afferma semplicemente la loro responsabilità *ex lege Aquilia* secondo i criterii indicati come diritto vigente.

71. Recentemente il DEERBURG<sup>98</sup>) ha tentato di spiegare la responsabilità di persone giuridiche per colpa extracontrattuale dei loro rappresentanti ordinari come una conseguenza del fatto da lui affermato, che mentre nel diritto odierno una corporazione è rappresentata pienamente dai suoi funzionarii nell'ambito delle loro attribuzioni, i Romani non riconoscevano per principio fondamentale negli impiegati di una persona giuridica un diritto di rappresentarla. Egli scorge la prova di questo concetto dei Romani nella l. 27 D. *de R. Cr.*, XII, 1:

(ULP., lib. X *ad ed.*). *Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt non civitas, tenebuntur.*

Da quel principio, dice il DEERBURG, derivava tra l'altro pei Romani la conseguenza, che gli amministratori del patrimonio della città nel ricevere mutui pel Comune rispondevano personalmente verso i mutuanti, mentre al Comune poteva in forza del mutuo venir domandato solo quel tanto, che era stato impiegato in suo beneficio.

Senonchè la decisione della l. 27 non si basa punto su di uno speciale trattamento delle persone giuridiche in diritto romano. Essa anzi si connette col fatto, che il *ius civile* per massima fondamentale non ammetteva, nè per le persone naturali, nè per le persone giuridiche, una rappresentanza diretta nella conclusione di contratti onerosi, ma faceva sorgere un credito e un debito esclusivamente pel rappresentante.

A questo principio dovè già l'antico diritto civile fare un'eccezione pei contratti reali, che obbligano alla restituzione della cosa ricevuta. Così divenne mutuante non colui il quale eseguiva il pagamento della somma mutuata, come tale, ma colui, dal patrimonio del quale,

---

<sup>98</sup>) *Pandekten* (Pandette), vol. I § 66.

o secondo l'opinione ammessa più tardi<sup>99)</sup>, per conto del quale veniva pagata quella somma<sup>100)</sup>; così acquistò immediatamente l'*actio depositi directa* colui, nel cui nome un terzo, non importa se come messo o come rappresentante, aveva depositato la cosa<sup>1)</sup>.

E viceversa fu anche obbligato direttamente il principale al terzo, che contraeva col di lui rappresentante, quando questi per conto del principale riceveva dall'altro cose in deposito, comodato o mutuo<sup>2)</sup>.

<sup>99)</sup> Vedi WINDSCHEID, *Pandette*, vol. II § 370 nota 10.

<sup>100)</sup> L. 126 § 2 D. de V. O., XLV, 1 (PAUL. lib. III quaest.) v.: — *si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur*. L. 2 § 4. L. 9 § 8 D. de R. Cr. XII, 1. L. 4 Cod. si cert. pet. IV, 2. L. 3 (2) inil. Cod. per quas pers. nob. adq. IV, 27. IHERING, nei suoi *Jahrbücher* (Annali), vol. II pag. 100 segg. — WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. II § 313 nota 3 e nota 6.

<sup>1)</sup> L. 1 § 11 D. dep. XVI, 3 (ULP. lib. XXX ad ed.): *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud POMPONIUM quaeritur. et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus*. Cfr. L. 6 Cod. de donat. i. v. et u. V, 16 e su questa HELLMANN, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften* (La rappresentanza nei negozi giuridici), pag. 58 seg. sotto il num. 9 e IHERING, loc. cit., pag. 109. — Sulla circostanza, che le L. 11 § 7 e L. 12 D. de pign. act., XIII, 7 non contraddicono all'affermazione enunciata nel testo, vedi HELLMANN, loc. cit., p. 77, dove però a lin. 9, lin. 8 e lin. 6 dal basso deve leggersi: *actio pign. directa* invece di *contraria*, e così alla pag. 75 lin. 19 dall'alto.

<sup>2)</sup> L. 1 § 14 D. dep. XVI, 3 (ULP. lib. XXX ad ed.): *Idem POMPONIUS quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi etc.* Vedi anche L. 6 § 1 D. de prec. XLIII, 26 (ULP. lib. LXXI ad ed.): *Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dico*. e su questa legge HELLMANN, loc. cit., pag. 55 sotto il num. 5. — Il contratto di pegno prima di GIUSTINIANO non poteva esser stipulato per conto altrui, perchè era impossibile acquistare un diritto di pegno al principale. L. 11 § 6 D. de pign. act. XIII, 7, dove le parole « *plerumque* » e « *semper* » sono interpolate a causa della L. 2 (3) Cod. per quas pers., II, 47. La L. 21 pr. D. de pign., XX, 1 (ULP. lib. LXXIII ad ed.) va riferita a un *nuntius*. — ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio* (La dottrina

L'obbligo *ex deposito* o *ex commodato* fondato da un rappresentante è pel principale precisamente pari a quello assunto da lui medesimo: nel caso che la restituzione sia resa impossibile per colpa del rappresentante, egli risponde soltanto nella misura del suo arricchimento <sup>3)</sup>.

Sarebbe invece uno spostare la vera ragione dell'obbligazione, il far rispondere il principale di un mutuo ricevuto dal suo rappresentante nella stessa misura che di un mutuo ricevuto personalmente, cioè fino all'intero ammontare una volta pervenuto nella sua proprietà. Perchè in realtà l'obbligo immediato del principale pel mutuo ricevuto dal rappresentante è giustificato, non dalla ragione puramente formale dell'atto di acquisto della proprietà, ma piuttosto dalla ragione affatto materiale di un aumento di patrimonio a spese altrui. Così il *ius civile* fa rispondere il principale per un tal mutuo solo fino all'ammontare in cui ha realmente accresciuto il suo patrimonio, senza guardare se il principale sia una persona giuridica o una persona naturale, una persona capace di agire o una persona incapace di agire. Contro il principale capace di agire era data fin dal tempo di PAPIANIO invece dell'*actio directa* per la *in rem versio* l'*actio quasi in rem versio* <sup>4)</sup>, più efficace; contro principali incapaci di

---

della *negotiorum gestio* con rappresentanza), pag. 310 segg. — Nella *fiducia* un rappresentante non poteva acquistare pel principale già a cagione della forma della *in iure cessio* o della *mancipatio* per quella necessaria, e nemmeno poteva per conseguenza obbligare il principale alla *fiducia*.

<sup>3)</sup> L. 3 i. f. D. *quando ex facto tut.*, XXVI, 9 (vedi sopra num. 69 nota 72 pag. 311 (ediz. ted. pag. 415)).

<sup>4)</sup> L. 30 pr. D. *de N. G.*, III, 5. L. 19 pr. *De inst. act.*, XIV, 3. L. 10 § 5 D. *mand.*, XVII, 1 e su questa MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht* (I beni famigliari nel diritto comune), vol. II pag. 336 seg. — Se alcuno ha prestato denaro al rappresentante senza mandato di un terzo *domini contemplatione* per sopperire a una spesa necessaria da farsi per il principale, e questo denaro è stato così appunto impiegato, è rigorosamente logico ch'egli non abbia alcuna azione contro quel *procurator*, sebbene questi sia divenuto proprietario del denaro ricevuto: perocchè egli non voleva punto obbligare costui. Egli ha bensì un'azione contro il principale, però, come ben s'intende, non l'azione di mutuo, poichè mancando il mandato il *procurator*, nonchè poter obbligare il principale, non gli acquista nemmeno la proprietà del denaro, ma invece l'*actio negotiorum gestorum*. L. 5 § 2 D. *de N. G.*, III, 5 (ULP.).

agire, quindi anche contro le persone giuridiche, s'intende di per sè che quell'*actio directa* restò la sola permessa <sup>5)</sup>.

Ciò che qui v'è di nuovo di fronte al diritto romano puro è il riconoscimento di una rappresentanza immediata nella creazione di obbligazioni contrattuali in generale. Ne vien per conseguenza, che l'eccezione pei contratti reali diretti a una restituzione, introdotta di fronte al principio romano dell'inammissibilità di questa rappresentanza, viene ora semplicemente a far parte del principio opposto. Potrebbe solo sollevarsi la questione, se l'obbligo derivante da un mutuo per un principale incapace di agire debba limitarsi al suo arricchimento. Però parmi incontestabile, che di fronte all'ammissione generale della rappresentanza immediata nella creazione di debiti contrattuali, quella limitazione dovrebbe avere il carattere di un'eccezione del tutto positiva, sebbene scusata forse da ragioni di opportunità.

Si aggiunga, che nel diritto romano puro il rappresentante, anche là dove obbligava immediatamente il principale alla restituzione della cosa, restava responsabile anch'egli, e naturalmente per l'intero ammontare di ciò che aveva ricevuto, mentre nel diritto odierno colui che come rappresentante contrae un obbligo entro i limiti del suo mandato, non è punto obbligato personalmente, per conseguenza se il principale rispondesse solo fino alla *in rem versio*, il credito

---

<sup>5)</sup> L. 3 Cod. *quando ex facto tut.*, V, 39 (GORDIAN. 239): *Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius nomine mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.* L. 2 Cod. *de eur. fur.*, V, 70 (Ib. 238): *Orationis divi SEVERI beneficium, quo possessiones rusticas sine decreto praesidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non iniuria etiam ad agnatum furiosum porrigitur. Si igitur citra decretum praesidis fundus mente capti etiam ab agnato eius tibi pignori nexus est, vinculum pignoris in eo non consistit, utilem (= efficace) tamen adversus eum personalem actionem, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere.* Vedi MANDRY, op. cit., pag. 333 seg. Affatto logica è perciò a mio parere la decisione della L. 2 pr. D. *quod iussu*, XV, 4 (PAUL. lib. XXX *ad ed.*): *Si tutoris iussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem « quod iussit tutor ».* Infatti quando il tutore nemmeno col ricevere egli stesso il mutuo può obbligare direttamente il pupillo per più dell'ammontare della *in rem versio*, allora è ovvio, che egli non possa ciò fare nemmeno per mezzo del suo *iussus* con un'*actio adiecticia qualitatis*.

della differenza tra il mutuato e l'ammontare pervenuto nel patrimonio del principale andrebbe senz'altro perduto pel creditore, andrebbe per lo meno perduto quando questa differenza avesse luogo senza dolo del rappresentante. E, comunque stiano le cose, sarebbe arbitrario il trattare, a questo riguardo, le persone giuridiche diversamente che gli altri incapaci di agire <sup>6)</sup>.

Non meno errata è la prova che il DERNBURG vuol trarre per la sua affermazione dalla l. 78 § 2 D. *de legat.* II, passo da lui completamente frainteso, riguardo al quale basterà qui rinviare i lettori al num. 69 nota 73 p. 311 (Ed. ted. p. 416 seg.).

Del resto la l. 5 § 12 D. *quod vi*, XLIII, 24 pag. 313 seg. (Ediz. ted. p. 419) mostra incontestabilmente, come sia lungi dal vero, che i Romani ritenessero come evidente di per sè « che (una persona giuridica) non risponde dei delitti estracontrattuali dei suoi amministratori » <sup>7)</sup>.

---

<sup>6)</sup> Vedi la sentenza dell'*Appellationsgericht Celle* (Corte d'Appello di Celle), del 20 settembre 1871 nell'*Archiv* del SEUFFERT, vol. XXVIII num. 213 sotto II. — Cfr. da un lato il DERNBURG, loc. cit., § 66 nota 6, dall'altro lato il WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. II § 370 alla nota 16.

<sup>7)</sup> Mi sia da ultimo lecito osservare, che il modo, in cui si esprime il DERNBURG, pel diritto odierno non mi riesce affatto chiaro. Egli dice al § 66 in fine: « Le persone giuridiche rispondono delle omissioni colpevoli dei loro organi, nonchè dei loro atti colpevoli appartenenti alla sfera del loro ufficio, nella stessa misura, che le persone naturali degli atti e delle omissioni proprie ». Fatta astrazione dai casi del num. 69 classe 3.<sup>a</sup> (vedi sopra pag. 311 segg. (ediz. tedesca pag. 415 segg.)), degli atti *dolosi* estracontrattuali, appunto perchè sono dolosi, non possono mai, a mio parere, appartenere alla sfera d'ufficio dell'organo di una persona giuridica. Perciò la responsabilità qui affermata per *atti* estracontrattuali (con la detta eccezione non rilevante) si limita agli atti *colposi*. Ma questi rendono responsabili, non tanto a causa del loro contenuto positivo, quanto piuttosto a causa dell'*omissione* della prudenza necessaria, che è in essi compresa. Dall'altro lato un'omissione fonda un obbligo estracontrattuale solo quando essa fa di un'azione positiva un qualche cosa di colpevole, un delitto. Col porre a riscontro omissioni colpevoli e atti colpevoli il DERNBURG dà adito all'idea, che si parli di due cose diverse. Se tale idea corrisponde realmente all'opinione del DERNBURG, questa è erronea: per delitti *dolosi* dei suoi rappresentanti anche oggidì una persona giuridica non risponde mai al di là del suo arricchimento. Il WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. I § 59 nota 9, vol. II § 470 nota 4, quando adduce in appoggio dell'opinione contraria l'esempio degli errori dei magistrati e di altri impiegati dello Stato

72. Quando un atto illecito, che costituiva dalla parte dell'impe-  
trato il requisito di un interdetto, veniva commesso da una persona  
soggetta a potestà, anche nella procedura interdittale trovavano ap-  
plicazione quei principii, a norma dei quali nelle azioni ordinarie  
colui che esercitava la potestà su di altri rispondeva dei delitti delle  
persone a lui sottoposte<sup>8)</sup>. Per conseguenza chi aveva la *patria po-  
testas*, la *dominica potestas* o il *mancipium*<sup>8 a)</sup>, poteva anche qui con  
la *noxae datio* del colpevole sottrarsi a una tale responsabilità, in  
quanto questa non derivasse da uno stato di fatto permanente. In  
tale applicazione gli interdetti sono chiamati *noxalia*.

L. 5 D. *de interd.*, XLIII, 1:

(PAUL., lib. XIII *ad Sabin.*) *Interdicta noxalia ea sunt, quae ob  
delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur, veluti cum vi deice-  
cerunt aut vi aut clam opus fecerunt. sed officio iudicis continetur, ut  
dominum sua impensa opus restituentem absolvat: patientiam tollendo  
operi praestantem noxae dedere iubeat et (si dedat ins. M.) absolvat,  
si non dedat, quantum impensas in tollendo opere erogatum sit, tanti  
condemnet: si neque patientiam praestet neque ipse tollat, cum possit,  
in tantum condemnet, in quantum iudex aestimaverit, atque si ipse fe-  
cisset<sup>8 b)</sup>.*

nell'esercizio delle loro funzioni, i quali errori a suo parere fondano un di-  
ritto al risarcimento dei danni anche contro lo stato, ciò facendo, a prescin-  
dere dalla grande contestabilità della responsabilità dello stato, non prende  
in considerazione appunto la circostanza decisiva, che la responsabilità dello  
Stato da lui ammessa si riferisce soltanto ad atti irregolari di impiegati nel-  
l'esercizio dei *diritti di sovranità* dello Stato, e non, che è ciò che qui im-  
porta, ad atti illeciti commessi nel disbrigo di affari di puro *diritto privato*;  
e non è lecito dedurre dall'una classe di atti una conclusione per l'altra. Cfr.  
su questa questione G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* (Trattato  
di diritto pubblico tedesco), 2.<sup>a</sup> ediz. § 149 sotto il num. 2 pag. 431 seg.

<sup>8)</sup> SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 171-180.

<sup>8 a)</sup> SCHMIDT, *Das Hauskind in mancipio* (Il figlio di famiglia in mancipio),  
pag. 19 seg.

<sup>8 b)</sup> Cfr. anche L. 40 § 4 D. *de H. P.*, V, 3: (PAUL. lib. XX *ad ed.*) *Ad  
officium iudicis pertinebunt et noxales actiones, ut, si paratus sit possessor noxae  
dedere servum, qui damnum dederit in re hereditaria vel furtum fecerit, absol-  
vatur, sicut fil in interdito Quod vi aut clam. Vedi in proposito FRANCKE,  
Commentario ad h. l., pag. 365.*

L. 7 § 1 D. *quod vi*, XLIII, 24:

(ULP., lib. LXXI ad ed.). NEGATIVUS quoque scribit, eum, cuius servus vi aut clam fecit, aut sua impensa ex interdicto opus restituere debere aut patientiam restituendi praestare et servum noxae dedere: plane si mortuo alienatove servo interdiceretur, patientiam dumtaxat praestare debere ait, ita, ut et emptor ex interdicto possit conveniri, ut impensam praestet aut noxam det: dominoque operis sua impensa restituente aut damnato, quia non restitueret, emptorem liberari. eadem et si contra dominus servi vel opus restituisset vel litis aestimatione damnatus esset: quod si tantum noxae dedisset, adversus dominum operis utiliter interdicti.

L. 14 eod.

(JULIANUS, lib. LXVIII digest.). Nam et si servus meus ignorante me opus fecerit, eumque vendidero vel manumisero, mecum in hoc solum agi poterit, ut patiar opus tolli, cum emptore autem servi, ut aut noxae dedat aut impensam, quae in restitutione facta fuerit, praestet: sed et cum ipso manumisso recte agi poterit.

L. 1 D. *de vi*, XLIII, 16:

(ULP., lib. LXIX ad ed.) § 15: Quod igitur additur « aut familia tua deiecit », merito scriptum est in eum casum, in quem familia mea vi deiecit. ceterum si iussit, ipse deiecit<sup>9)</sup>. nec gravari debet dominus, qui non iussit<sup>10)</sup>, si servorum suorum factum praestaret, et si non iussu eius deiecerunt: nam non gravabitur hoc nomine<sup>11)</sup>, quippe cum aut pervenit ad eum aliquid et restitueret<sup>12)</sup>, aut non pervenit, et ipsos servos maleficio causa noxae dedendo indemnus erit: quod enim noxae dedere compellitur, in damno non debet reputare, cum servus hoc possit domini deteriore conditionem facere. — § 19: Si quis tamen neget se servum vel familiam<sup>13)</sup> defendere<sup>14)</sup> (v. nota a pag. seg.), cogendus est pati hoc interdictum, ad hoc scilicet, ut quod ad eum pervenit, restituat.

<sup>9)</sup> ceterum — deiecit del. M.

<sup>10)</sup> qui non iussit del. M.

<sup>11)</sup> nam — nomine del. M.

<sup>12)</sup> restituet leg. HALOANDER.

<sup>13)</sup> Lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale) pag. 175 nota 7,



Tranne che pei due interdetti *Quod vi aut clam* e *Unde vi*, di cui si parla nei passi qui riferiti, non ci è trasmessa testimonianza di altri *interdicta noxalia*. Dobbiamo quindi vedere, se risulti per altra via, che ve ne fossero ancora altri.

È di per sè evidente, che nessun interdetto proibitorio può essere concepito come *interdictum noxale*. Perocchè innanzi tutto il delitto, che costituisce il requisito di un interdetto noxale al momento dell'emanazione di questo, deve essere già stato commesso<sup>15)</sup>. E in secondo luogo, come bene osserva lo SCHMIDT<sup>16)</sup>, sarebbe assurdo proibire al padrone, che il suo schiavo si renda per l'avvenire colpevole contro la volontà di esso padrone.

E non meno evidente è, che nessun interdetto imperativo può essere *noxale*, quando i suoi requisiti consistono in un *possidere, habere* o nella pratica possibilità di esibire, ancorchè tali requisiti siano stati fondati da delitto della persona soggetta a potestà. In tutti i casi ciò che lo schiavo o il figlio di famiglia posseggono, hanno, possono esibire, possiede, ha, può esibire chi li ha sotto la sua potestà<sup>16 a)</sup>. E sebbene, a quanto ci riferisce GAIO<sup>17)</sup>, fosse a suo tempo dubbio, se lo stesso dovesse valere anche pel possesso di chi si trovava *in mancipio*, pure possiamo ritenere, che la pratica ha risolto tal dubbio affermativamente<sup>18)</sup>.

---

fa l'acuta osservazione, che ULPIANO ha certo scritto: *servum vel filium familias*; ciò avrebbe dovuto esser cancellato dai compilatori dopo l'abolizione delle azioni noxali per delitti dei figli di famiglia (§ 7 I. *de nox. act.*, IV, 8): invece è stato da loro in modo affatto inopportuno cambiato seguendo la spiegazione data da ULPIANO nel § 17, secondo la quale con la parola *familia* nell'*Unde vi* vien designato anche un solo schiavo.

14) *Si quis neget — defendere, tamen*, scr. M.

15) Vedi sopra num. 65 pag. 282 (ediz. ted. pag. 379).

16) Loc. cit., pag. 176.

16 a) SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 176 seg.

17) Inst. II, 90: *Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietates quidem acquiruntur nobis ex omnibus causis sicut per eos, qui in potestate nostra sunt; an autem possessio acquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.*

18) SCHMIDT, *Das Hauskind in mancipio* (Il figlio di famiglia *in mancipio*), p. 18 nota 68 sotto la lettera *f*. La ragione del dubbio addotta da GAIO: *quia ipsas non possidemus* — non fu fatta valere pel figlio di famiglia; perciò non può esser considerata come sufficiente. Tale ragione va cercata altrove. Ad inesa-

Con ciò però non si vuol punto dire, che questi interdetti non potessero essere nossali nemmeno quando si fondassero su di un *dolo fecisse, quo minus possideretur, haberetur* e così via espresso o sottinteso. Questo requisito è dai Romani designato espressamente come delitto.

L. 4 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5:

(PAUL., lib. LXIX *ad ed.*). *Si sint tabulae apud pupillum, et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.*

È nello stesso modo che, a tenore di questo passo, il tutore, il quale aveva con dolo resa materialmente impossibile l'esibizione, era esposto all'interdetto *de tabulis exhibendis*, sebbene il primo requisito dell'interdetto, cioè la materiale possibilità dell'esibizione, si fosse trovata non in lui ma nel pupillo: e così poteva e doveva anche aver luogo un *interdictum noxale* per uno schiavo, che avesse distrutto dolosamente quella possibilità esistente pel suo padrone. E tanto più era ciò opportuno, dappoichè in un *dolo facere, quo minus habeatur* è simili non si riscontra sempre un altro delitto quali il *furtum*, il

---

puta e senza concorso di volontà di chi ha la potestà, colui, che è a questa potestà soggetto acquista per quello soltanto *ex causa peculiari*. Ora, al tempo in cui si sviluppò la dottrina del possesso nel rapporto in discorso, è difficile, chè una persona *in mancipio* ricevesse spesso un peculio. Perocchè questo ha uno scopo in un rapporto di potestà durevole solo in seguito alla *noxae datio*; in questo caso però non credo, che possa esservi mai stato un peculio. Cfr. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht* (I beni familiari nel diritto comune), vol. II pag. 39 segg. — SCHMIDT, loc. cit., pag. 18 seg. La questione deve dunque essere stata in realtà così intesa; colui che ha la potestà acquista il possesso a sua insaputa e senza il concorso della sua volontà per mezzo di una persona, che si trova *in mancipio*? Anche chi negava ciò, non poteva negare l'acquisto del possesso per chi aveva la potestà, quando questi avesse cognizione della cosa e concorresse con la sua volontà: altrimenti anche l'acquisto della proprietà espressamente accentuato da GAIO rispetto agli atti di acquisto tra vivi sarebbe rimasto limitato alla mancipazione, dappoichè la *in iure cessio* era necessariamente esclusa. GAIO, II, 96. Quando chi aveva la potestà veniva citato per l'acquisto di possesso fatto dalla persona *in mancipio*, egli riceveva ora al più tardi notizia di tale acquisto. Se ora lo voleva per sè, egli possedeva; se poi lo declinava, senza promuovere la consegna del possesso all'attore, egli era responsabile, *quia dolo fecit, quo minus ad se perveniret*.

*damnum iniuria datum*, ecc., dimodochè la condotta illecita dello schiavo, se non avesse potuto esser punita come un delitto speciale, sarebbe spesso rimasta impunita <sup>19</sup>).

Hanno inoltre natura di azioni *ex delicto* gli interdetti *de loco sacro* e *demolitorium* <sup>20</sup>), che come il *Quod vi aut clam* parlano di un *factum est*, in quanto essi sono diretti contro l'autore dell'atto come tale. Non v'è alcuna ragione per ritenere, che essi non dovessero esser dati come nossali, quando l'autore del delitto era soggetto a potestà <sup>21</sup>).

Finalmente anche l'*interdictum fraudatorium* presuppone un delitto cioè la *conscientia fraudis* in colui, al quale il *fraudator* ha alienata una cosa materiale. Se commetteva tal delitto una persona soggetta a potestà, aveva luogo contro colui che esercitava la potestà, un'*actio in factum* fino al suo arricchimento <sup>22</sup>). In quanto non v'era arricchimento in colui, che aveva la potestà, i creditori defraudati potevano ottenere risarcimento solo per mezzo di un'applicazione dell'*actio Pauliana* o dell'*interdictum fraudatorium*. Non è da credere, che alcuna considerazione venisse a opporsi a quest'applicazione dell'interdetto <sup>23</sup>).

S'intende di per sè, che la formula di un interdetto nossale doveva indicare qual'era il delitto della persona soggetta a potestà, contro cui era diretto. Per gli interdetti *Unde vi* e *Quod vi aut clam* non v'era per ciò bisogno di modificare la formula stabilita nell'editto.

L'interdetto *Unde vi* aveva in ambedue le sue forme una parte apposita, che si riferiva alla deiezione operata dalla persona soggetta alla potestà dell'impetrato, cioè le parole « *aut familia tua deiecit* ».

L. 1 D. *de vi*, XLIII, 16:

<sup>19</sup>) Di ciò non ha tenuto conto lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale).

<sup>20</sup>) Vedi sopra num. 58 alle note 20 e 22 pag. 253 seg. (ediz. tedesca pagina 338).

<sup>21</sup>) Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 177, non fa menzione dell'interdetto *de loco sacro*.

<sup>22</sup>) L. 10 pr. in fine. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8. Cfr. L. 6 § 10 *ead.* — SCHEY, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di Storia del diritto) volume XIII pag. 181 segg.

<sup>23</sup>) Lo SCHMIDT, loc. cit., non ne fa menzione.

(ULP., lib. LXIX *ad ed.*) § 11: *Ait praetor: « deiecisti aut familia (tua ins. HALOANDEE) deiecit ». merito familiae mentio habita: nam cum « deiecisti » verbum refertur ad personam eius, qui deiecit, nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit (nec enim ego videor deiecisse, si familia mea deiecerit), consequens fuit addere « aut familia tua deiecit ».* § 12: *Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit ut aliquis deiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat au vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisse.*

La parola *familia* comprende innanzi tutto gli schiavi proprii dell'imperato.

L. 1 cit. § 16: *Familiae autem appellatio servos continet.*

E secondo l'opinione di ULPIANO anche un solo schiavo rientra nel concetto di *familia*.

L. 1 cit. § 17: *Sed quaeritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium an vero et duum vel trium. sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi deiecerit, familiam videri deiecisse* <sup>24)</sup>.

Sono poi compresi nella *familia* anche gli schiavi altrui, che alcuno possiede.

L. 1 cit. § 18: *Familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est.*

Perocchè anche dei loro delitti risponde il possessore <sup>25)</sup>.

Inoltre fa parte della *familia*, nel senso in cui è qui usata questa parola, il figlio di famiglia.

<sup>24)</sup> Se la *lex Romana Visigothorum* ci tramanda il testo di PAOLO, *Rec. sent.*, V, 6, 3 inalterato, e specialmente non accorciato, PAOLO ha richiesto per lo meno due schiavi. *Non tantum si ipse dominus possessione deiciat, utile interdictum est, sed etiam si familia eius. familiae autem nomine etiam duo servi continentur.* Il *deiciatur* del manoscritto è patentemente privo di senso; CULACIO legge *deiciat*; lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 174 seg., fa l'ipotesi che il testo abbia detto in origine *deiciat v. v. (= unde vi) utile interdictum est.* Cfr. del resto anche CIC., *pro Caec.* XIX, 55 (vedi infra § 1838 num. 85 alla nota 68), secondo il qual passo pare che il concetto di ULPIANO sia stato fuori di discussione già al tempo di Cicerone.

<sup>25)</sup> L. 11. L. 13. L. 27 § 1. L. 28 D. *de noz. act.*, IX, 4.

L. 195 § 3 i. f. D. *de V. S. L.*, 16 :

(ULP., lib. XLVI, *ad ed.*) — *interdicto Unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. sed et filii continentur.*

Abolite le azioni nossali per delitti dei figli di famiglia fu cancellata nella compilazione ogni menzione del *filius familias* quale deiciente <sup>26</sup>).

Senza dubbio anche una persona che si trovava *in mancipio* veniva compresa nella *familia* in questo senso.

L'interdetto *Quod vi aut clam* conteneva la dizione indeterminata *quod factum est*. Ora questa fu già per tempo intesa in un così ampio senso, che comprendeva anche il *vi aut clam facere* di una persona soggetta alla potestà dell'impetrato.

L. 5 § 8 D. *quod vi*, XLIII, 24 :

(ULP., lib. LXXI, *ad ed.*). *Haec verba « Quod vi aut clam factum est » ait MUCIUS ita esse quod tu (fecisti ins. M.) aut tuorum quis (fecit ins. SCHMIDT, loc. cit. p. 176 nota 8) aut tuo iussu factum est.*

Analogamente può dirsi, che nemmeno per l'applicazione nossale degli interdetti *de loco sacro* e *demolitorium* v'era bisogno di una modificazione della formula stabilita nell'editto.

È diverso invece il caso di quegli interdetti, che perseguivano un *dolo fecisse* della persona soggetta a potestà, *quo minus possideretur, etc.*: qui, precisamente, come nell'applicazione contro il tutore punito per un atto consimile <sup>27</sup>), la formula deve esser stata modificata e l'interdetto impartito come *utile*. Lo stesso deve ammettersi pel *fraudatorium*.

La facoltà dell'impetrato di liberarsi con la *noxae datio*, in quanto la sua responsabilità derivi dal rapporto di potestà, certo non era espressamente contenuta nella formula degli interdetti *Quod vi* e *Unde vi*, ma venne invece derivata per le *actiones ex interdicto* dall'*officium iudicis* <sup>27 a)</sup>. E lo stesso deve ammettersi anche pei rimanenti interdetti nossali.

<sup>26</sup>) Vedi sopra nota 13 pag. 333 seg. (ediz. tedesca, pag. 446).

<sup>27</sup>) Cfr. L. 4 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5; vedi sopra pag. 335 (ediz. tedesca pag. 448).

<sup>27 a)</sup> Vedi L. 5 D. *de interd.*, XLIII, 1 (sopra pag. 332 (ediz. ted. pag. 444));

Se il delinquente era stato liberato dalla potestà altrui, prima che l'interdetto nossale fosse stato ottenuto contro la persona che lo aveva in potestà, l'interdetto doveva ora essere applicato come *utile* contro lui stesso<sup>28)</sup>.

Anche in questo campo le dichiarazioni delle Pandette riguardo all'interdetto *Quod vi aut clam* ci sono di speciale ammaestramento.

L. 5 § 11 D. *quod vi* XLIII, 24:

(ULP., lib. LXXI *ad ed.*). *Si quid servus meus fecit, non ob id mecum actio est, sed si id meo nomine aut suo fecit: nam si tuum servum mercenarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine, ob id non tecum, sed mecum, cuius iussu aut<sup>29)</sup> nomine id opus a servo tuo factum fuerit, agendum erit hoc interdicto.*

Quando uno schiavo altrui eseguisce presso di me come mercenario un *opus in solo meo nomine*, sono io di ciò responsabile, non il suo padrone. È certamente impossibile intendere con la Glossa<sup>30)</sup> le parole « *non tecum* », le quali negano in generale la responsabilità del padrone come tale, nel senso che esse vogliono negare soltanto l'obbligo del padrone in nome proprio, e lasciare invece sussistere l'azione nossale. Al conduttore di opere, che ha solo preso a suo servizio lo schiavo, non spetta la facoltà della *noxae datio*. In questo caso quindi non ha luogo un'azione nossale: nonostante la natura illecita dell'*opus* non è ammesso un delitto dello schiavo. Lo stesso dovremo ritenere anche nei casi, di cui si parla nel principio del nostro passo, nei quali il padrone risponde dell'*opus* dello schiavo solo allorquando questi ha fatto l'*opus eius nomine aut suo nomine*. E la ragione per la quale in nessuno di questi tre casi è ammesso un delitto dello schiavo può esser riposta solo nel fatto, che egli ha compiuto l'*opus alicuius nomine*. Ora quand'è che un *opus vi aut clam*

L. 40 § 4 D. *de H. P.*, V, 3 (sopra pag. 332 (ediz. ted. pag. 444) nota 8<sup>b)</sup>). LENEU, *Ed. perp.*, pag. 388 alla nota 3 e pag. 374 alla nota 7.

<sup>28)</sup> L. 14 in f. D. *quod vi*, XLIII, 24; vedi sopra pag. 333 (ediz. tedesca pag. 445).

<sup>29)</sup> *iussu aut del. M.*

<sup>30)</sup> *ad. v. non tecum] directo. sed noxali. JOAN. ut infra eod. l. si alius (7) in princ. (§ 1).*

*factum* deve riguardarsi come fatto *alicuius nomine*? Prima di tutto e senza alcun dubbio quando è stato fatto *iussu alicuius*, al quale lo schiavo doveva prestare obbedienza. È infatti certo, che lo schiavo non commette un delitto, quando dietro comando del padrone o di un terzo, a cui deve obbedire, fa qualche cosa che non contiene una *atrocitas facinoris*<sup>31)</sup>. Se del resto chi diede l'incarico era da parte sua esente da colpa, non si ha in nessun caso un *opus clam factum*, ancorchè lo schiavo, che ha ricevuto l'incarico, abbia con ragione temuta l'opposizione di un terzo e gli abbia perciò nascosta l'esecuzione dell'*opus*<sup>32)</sup>. Ma lo schiavo fa un *opus alicuius nomine* anche allorché senza comando espresso lo eseguisce nell'attendere alla cura del fondo affidatagli. Da ciò abbiamo nello stesso tempo la spiegazione di quel « *suo nomine* » riferito allo schiavo in contrapposizione al « *nomine domini* »<sup>33)</sup>. Vuol dire: « per un fondo appartenente

<sup>31)</sup> L. 11 § 7 D. *quod vi*, XLIII, 24 = L. 157 pr. D. *de R. J. L.*, 17 (ULP. lib. LXXI *ad ed.*): *An ignoscitur servo, qui obtemperavit tutori aut curatori? nam (An — nam om. l. gem.) ad quaedam (ea l. gem.) quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his qui vice dominorum sunt (velut tutoribus et curatoribus ins. l. gem.), obtemperaverint. quod et in hoc casu admittendum est (quod — est om. l. gem.)* L. 2 § 1 D. *de nox. act.*, IX, 4: (ULP. lib. XVIII *ad ed.*) — *nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit.* L. 169 pr. D. *de R. J. L.*, 17: (PAUL. lib. II *ad Plautium*) *Is damnatum dat, qui iubet dare: eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit.* Cfr. A. SCHMIDT, *Von der Delictsfähigkeit der Sklaven nach römischem Recht* (Della capacità a delinquere degli schiavi in diritto romano) Parte I Lipsia 1873 (Progr.) pag. 11 seg. sotto il num. IV.

<sup>32)</sup> L. 21 § 1 D. *quod rei*, XLIII, 24 (POMPON. lib. XXIX *ad Sabin.*): *Si iussero servum meum opus facere, cum, quantum ad me pertinet, in clandestini suspicionem non veniret, servus autem meus putaverit, si rescisset adversarius, prohibitorium eum, an teneat? et non puto, cum mea persona sit intuenda.* Anche qui la Glossa ad v. *intuenda* vuol vedere nelle parole « *non puto* » solo una negazione dell'*actio directa*, e dare invece una azione nossale. La L. 14 D. *cod.*, che essa adduce in proposito, non prova assolutamente nulla: nel caso di questa legge il *servus meus* ha fatto l'*opus*, *ignorante me*. Cfr. L. 2 D. *de litig.*, XLIV, 6: (ULP. lib. VI *fideicom.*) *Si servus cum emerit, scit, ignoravit autem dominus vel contra, videndum est, cuius potius spectanda sit scientia. et magis est, ut scientia inspicienda sit eius, qui comparavit, non eius, cui adquiretur, et ideo poena litigiosi competit, sio tamen, si non mandatu domini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet: et ita JULIANUS in re litigiosa scribit.*

<sup>33)</sup> Bene spiega già la Glossa ad v. *suo] id est peculiari.* JOANN.

al suo peculio », cioè in forza dell'amministrazione del peculio concessagli dal padrone. Ora sarebbe certo sommamente strano, che lo schiavo, col pretesto che l'*opus* è stato fatto *nomine domini* o *nomine peculii*, fosse in grado di assicurare un atto eseguito con la coscienza, che esso è un atto illecito, dalle conseguenze giuridiche di un delitto da lui commesso. Ma in realtà le cose non stanno così. Se lo schiavo fa l'*opus* contro l'opposizione a lui nota di un terzo o con voluta clandestinità di fronte a colui, dal quale teme opposizione, in altri termini se nell'eseguire l'*opus* procede dolosamente, allora egli non agisce più in forza dell'osservanza della cura del fondo affidatagli o in forza dell'amministrazione del peculio concessagli, nello stesso modo che in simili casi il rappresentante generale non agisce entro la sfera del suo mandato <sup>31)</sup>. Dunque un *opus* fatto illecitamente dallo schiavo senza mandato espresso può valere come fatto *nomine domini* o *nomine peculii* unicamente allorquando è stato fatto *colposamente*, cioè quando lo schiavo prendendo debitamente in considerazione l'interesse altrui avrebbe dovuto dirsi, che era da aspettarsi da parte di un terzo un'opposizione contro quell'*opus*. Può da ultimo taluno dubitare, se debba valere come fatto *nomine domini* anche quell'*opus*, che lo schiavo ha fatto, tanto senza incarico espresso, quanto senza un rapporto con la cura affidatagli di un fondo del padrone, bensì però in presunto vantaggio del padrone, in altri termini come suo *negotiorum gestor*, ove il padrone ratifichi tale *opus*. Senza dubbio il padrone in forza dell'approvazione si appropria quell'*opus* in modo, che è a cagion d'esso tenuto dall'interdetto *Quod vi aut clam*, non altrimenti che se egli stesso avesse fatto l'*opus*. Lo schiavo per contro non è con ciò discaricato del delitto, che ha commesso, come non lo sarebbe in un caso analogo un *negotiorum gestor* libero <sup>32)</sup>.

<sup>31)</sup> Vedi sopra num. 69 alla nota 77 <sup>b)</sup> pag. 315 (edizione tedesca pag. 421 e seg.).

<sup>32)</sup> L. 13 *quod vi*, XLIII, 24 (ULP. lib. LXXI *ad ed.*) § 6: *Si colonus meus opus fecerit, si quidem me volente vel ratum habente, perinde est, atque si procurator meus (= colui, il quale in un dato caso vuol agire per me) fecisset, in quo placet, sive ex voluntate mea fecerit, teneri me, sive ratum habuero, quod procurator fecit.* § 7: JULIANUS ait: *si colonus arborem, de qua controversia erat, succiderat vel quid aliud opus fecerit, si quidem iussu domini id factum sit, ambo*



Dal sin qui detto risulta, che secondo il senso della l. 5 § 11 cit. è un *opus nomine domini factum*, in seguito al quale non ha luogo una responsabilità nossale, soltanto quell'*opus* dello schiavo, che è fatto, o dietro speciale comando (*iussu*) del padrone, o nell'attendere alla cura di un fondo affidatagli, allorquando quello schiavo non s'aspettava da parte di un terzo un'opposizione, che era prevedibile. Se in quest'ultimo caso quell'*opus* deve esser considerato come *opus* del padrone, questi deve assumere egli solo la *culpa* che vi si accompagna, perchè tale colpa non può esser separata, quasi speciale elemento di fatto da addebitarsi allo schiavo.

Così la l. 5 § 11 viene a confermare quanto è stato da noi esposto al num. 69 sulla possibilità di commettere delitti colposi per rappresentanza.

#### § 1837 a.

#### *Exceptiones* <sup>1)</sup>.

73. Quegli argomenti di difesa del convenuto, che non escludevano la verità dell'*intentio* dell'attore, producevano, com'è noto, nelle *actiones* della procedura formulare un'eccezione alla condanna del convenuto, ordinata pel caso che l'*intentio* fosse vera, mercè un'aggiunta alla formula, ed eran chiamati *exceptiones*. Sotto la stessa denominazione alcuni argomenti di difesa dell'impetrato nella procedura interdittale privavano l'interdetto ottenuto della sua forza obbligatoria, sebbene sussistessero i requisiti per esso voluti.

Ora la procedura interdittale esisteva già al tempo del dominio esclusivo del procedimento per *legis actio* <sup>2)</sup>; ma questo non cono-

---

*tenebuntur, non ut patientiam praestent, sed ut impensam quoque ad restituendum praebant: si autem dominus non iusserit, colonus quidem tenebitur, ut patientiam et impensam praestet, dominus vero nihil amplius quam patientiam praestare cogendus erit.* Se nemmeno il precedente *iussus* del locatore libera il conduttore dalla piena responsabilità per l'*opus* fatto da lui *vi aut clam*, non può naturalmente liberarvelo l'approvazione consecutiva. Nè il *colonus* è giudicato diversamente che un altro rappresentante per un singolo caso.

<sup>1)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 95-115.

<sup>2)</sup> Vedi infra § 1839 num. 110.

sceva *exceptiones* <sup>2 a)</sup>. Perciò forse non è soverchio ardimento il supporre, che l'istituto delle eccezioni avesse principio nella procedura interdittale <sup>2 b)</sup>.

Ad ogni modo è poco probabile che il pretore in ossequio all'idea: un processo, una questione, abbia per es., a proposito dell'interdetto *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aetate fluat*, dapprima senz'altro vietato a colui, che voleva portare un cambiamento nel corso dell'acqua per rafforzare la riva, di eseguire tal cambiamento, e poscia, nonostante la condanna patita in quest'interdetto, gli abbia accordato protezione a quello scopo mediante un secondo interdetto.

Nè sarebbe più accettabile l'ipotesi, che il pretore abbia differita la decisione circa il primo interdetto implorato, abbia cioè, sia pure contro *cautio restitutum iri*, lasciato che avvenisse il cambiamento del corso dell'acqua, in sino a tanto che, o per propria cognizione, o mediante un procedimento per sponsione, fosse stato pronunziato sull'opposizione fatta a cagione della difesa della riva. Com'è naturale invece, che il divieto di cambiare il corso dell'acqua venisse emanato fin dal principio mediante il temperamento « semprechè il cambiamento non sia fatto allo scopo di rafforzare la riva », in altri termini che nell'interdetto fosse introdotta l'*exceptio: quod eius ripae muniendae causa non fiet!* <sup>3)</sup>.

Il passaggio delle *exceptiones* dagli interdetti alle *actiones* doveva effettuarsi di per sè, quando la *lex Aebutia* ebbe affidato la formulazione di quest'ultime al pretore <sup>4)</sup>.

<sup>2 a)</sup> GAIO, IV, 108: *Alia causa fuit olim legis actionum: — nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

<sup>2 b)</sup> L'obbiezione, che il LENEL, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Sull'origine e l'effetto delle eccezioni), pag. 42 seg., desume dal tenore della *condemnatio formulae* contro l'opinione del KARLOWA, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana), pag. 101, secondo la quale le *exceptiones* avrebbero avuto luogo dapprima nelle *sponsiones* (cfr. infra nota 4), non tocca la nostra ipotesi.

<sup>3)</sup> L. un. § 6 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13.

<sup>4)</sup> Con ciò non intendiamo però dire, che l'uso delle *exceptiones* nelle *formulae actionum* sia sorto in immediata connessione di tempo con la *lex Aebutia*. Ci fa piuttosto ritenere assai probabile il contrario il tenore della *absolutio*

Se dunque intendiamo il concetto della *exceptio* quale aggiunta a un ordine del pretore, che produce un'eccezione alla sua forza obbligatoria <sup>4 a</sup>), non deve più sorprenderci il trovare la denominazione di « *exceptio* » applicata anche a quelle aggiunte agli ordini del pretore emanati in forma di interdetti, che venivano introdotte nella formula dell'interdetto senza domanda dell'impetrato, cioè come elemento naturale e stabile, mentre di fronte a un'*actio* aveva luogo un'*exceptio* unicamente sulla domanda del convenuto in un dato caso, cioè come elemento straordinario o casuale della *formula actionis*.

L. 1 § 11 D. *de itin. actuoq. priv.* XLIII, 19 :

(ULP., lib. LXX *ad ed.*): *Si tibi fundum precario concessero, cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris: an noceat tibi EXCEPTIO, si adversus eum velis interdicerere, a quo precario viam rogasti? et magis est, ut noceat, etc.*, cioè l'*exceptio* *nec vi nec clam nec precario ab illo* « contenuta nella formula dell'interdetto *de itinere actuoque privato* stabilita nell'editto ».

L. 15 § 5 D. *quod vi*, XLIII, 24 :

(ULP., lib. LXXI, *ad ed.*) — *causa cognita ANNUAM EXCEPTIONEM remittendam*, cioè l'*exceptio* « *si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est* » contenuta nella formula dell'interdetto *Quod vi* <sup>5)</sup>).

A questa intima differenza tra eccezioni stabili e non stabili è strettamente congiunta una differenza esteriore. Il tenore dell'*exceptio* aggiunta solo in un dato caso ne indica il contenuto essenziale in ciò, che essa deve produrre un'eccezione all'ordine, a cui è stata aggiunta: in altri termini questo tenore di fronte al tenore stabilmente formulato pel comando stesso è sempre negativo. Per contro è del pari agevole comprendere, come quelle eccezioni stabili, appunto

---

*formularum*, il quale con le parole « *si non paret, absolve* » a rigore non lascia luogo a un'assoluzione derivante da un'*exceptio* nonostante la verità dell'*intentio*. LENEL., *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Sull'origine e l'effetto delle eccezioni), pag. 43 seg.

<sup>4 a</sup>) Cfr. EISELE, *Die materielle Grundlage der Exceptio* (La base materiale dell'*exceptio*), pag. 37: « *exceptio* e quell'aggiunta introdotta nella formula a favore dell'accusato, mercè la quale un fatto senza valore pel *ius civile* viene elevato a condizione negativa della condanna ».

<sup>5)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 101 segg.

come parti necessarie dell'intero ordine, nel venire anch'esse formulate fin dal principio nell'editto abbiano preso talora una forma, che non palesa la loro indole di eccezioni all'ordine dato, e le fa invece parere, a chi guardi superficialmente, requisiti della forza obbligatoria di quest'ordine. Qui solo dalla loro intima essenza risulta la loro qualità di eccezione.

Troviamo eccezioni stabili in molti interdetti.

L'interdetto *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est* ha l'*exceptio* stabile « *si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est, et per te stat, quo minus ita promittatur satisve detur* » <sup>6)</sup>.

Nell'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* si trova l'*exceptio* stabile] « *praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est* » <sup>7)</sup>.

L'interdetto *de vi non armata* contiene l'*exceptio* stabile « *quod nec vi nec clam nec precario a te possideret* » <sup>8)</sup>. Gli interdetti *Uti possidetis* <sup>9)</sup>, *de superflicibus* <sup>10)</sup>, *Utrubi* <sup>11)</sup>, *de itinere actuque privato* <sup>12)</sup>, *de*

<sup>6)</sup> L. 4 § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. LENEL, *Ed perp.*, pag. 377 nota 3. Lo SCHMIDT contesta la natura stabile di quella *exceptio*, ammettendo egli erroneamente, che l'interdetto si riferisse anche agli altri casi della *missio*, nei quali certo l'*exceptio* non sarebbe più stata a suo luogo.

<sup>7)</sup> L. 2 pr. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. LENEL, loc. cit. pag. 367 alla nota 8.

<sup>8)</sup> LENEL, loc. cit., pag. 373. Cfr. ivi pag. 376 prima della nota 9 e infra nota 23. Secondo CIC., *pro Caec.*, XXXII, 92: *In illa vi cotidiana non satis est posse docere se deiectum, nisi ostendere potest, cum possideret, tum deiectum. Ne id quidem satis est, nisi docet, ita se possedisse, ut nec vi nec clam nec precario possederit* —, potrebbe sembrare, che l'attore dovesse provare la non viziosità del suo possesso. Ma ciò è confutato dalle parole che vengono subito dopo: *Itaque is, qui se restituisse dixit, magna voce saepe confiteri solet se vi deiecisce, verum illud addit: « Non possidebat » vel etiam, cum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsionem, si planum facit ab se illum aut vi aut clam aut precario possedisce.*

<sup>9)</sup> LENEL, loc. cit., pag. 377 alla nota 12 seg.; qui è detto « *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* ».

<sup>10)</sup> LENEL, loc. cit., pag. 383 prima della nota 6. Anche qui è detto lo stesso.

<sup>11)</sup> Ivi pag. 392 alla nota 4. Qui è detto « *nec vi etc. ab altero* ».

<sup>12)</sup> Ivi pag. 383 seg. alla nota 1. Qui è detto « *nec vi etc. ab illo* ». Vedi sopra pag. 344 (ediz. tedesca pag. 46').

*stinere actuque privato reficiendo*<sup>13)</sup>, *de aqua cottidiana et aestiva*<sup>14)</sup>, *de rivis*<sup>15)</sup>, *de fonte*<sup>16)</sup>, *de fonte reficiendo*<sup>17)</sup>, hanno invece la dicitura più breve « *nec vi nec clam nec precario ab illo* » — « *a te* » — « *alter ab altero* » — o simili. Che questa forma non abbia in realtà un significato diverso che quella più completa dell'*Unde vi*, si scorge chiaramente nell'*Uti possidetis*: secondo quanto ci è riferito da FESTO s. v. *possessio* M. p. 233, anche in questo era detto in origine: *quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*<sup>18)</sup>.

A far valere la prescrizione negli interdetti *Quod vi aut clam e fraudatorium* serve l'*exceptio* stabile « *si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est* »<sup>19)</sup>.

È evidente che questa *exceptio* stabile non contiene « un requisito messo dal pretore tra le condizioni della validità dell'interdetto »<sup>20)</sup>, ma « una limitazione del concetto fondamentale dell'interdetto, cioè una logica eccezione all'ordine con esso emanato »<sup>21)</sup>. Per conseguenza (e ciò s'accorda perfettamente col suo tenore) spetta all'impetrato la prova della prescrizione. Quella *exceptio* stabile è dunque in questo rapporto trattata precisamente come l'*exceptio* aggiunta in un dato caso all'*actio pura* su domanda del convenuto.

Lo stesso significato bisogna tuttavia attribuire alla clausola dell'*Unde vi (non armata)*: « *in hoc anno* »<sup>22)</sup>. È affatto impossibile

<sup>13)</sup> Ivi pag. 384 alla nota 9. Qui è detto « *non v. non cl. non pr. ab illo* ».

<sup>14)</sup> Ivi pag. 384 prima della nota 16 e pag. 385 dopo la nota 1. « *nec vi nec cl. nec pr. ab illo* ».

<sup>15)</sup> Ivi pag. 386 alla nota 19. « *non vi etc. a te* ».

<sup>16)</sup> Ivi pag. 385 prima della nota 23. « *nec vi etc. ab illo* ».

<sup>17)</sup> Ivi pag. 386 prima della nota 1. « *non vi etc. ab illo* ».

<sup>18)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 110 seg.

<sup>19)</sup> Ivi pag. 387 alla nota 12 e pag. 398 alla nota 15. Nel *fraudatorium* sono inserite dopo « *cum* » le parole « *de ea re qua de agitur* » L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8 (vedi infra § 1837<sup>b</sup> num. 77 alla nota 2). Nella L. 1 pr. D. *quod vi*, XLIII, 24 le parole « *si non plus quam annus est* » sono state omesse per errore dell'amanuense. Cfr. L. 15 §§ 4 sq. *cod.*

<sup>20)</sup> Come opina l'HUSCHKE, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XIII pag. 322 nota 63.

<sup>21)</sup> Così lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 105 prima della nota 15.

<sup>22)</sup> CIC., *pro Tull.*, XIX, 44. L. 1 § 39 D. *de vi*, XLIII, 16. — LENEL, loc. cit., pag. 371 sotto e pag. 373.

scorgere in essa un fatto, che sia fondamento dell'azione; è invece innegabile, che il diritto al ripristinamento dello stato di cose cambiato dalla *vis* è fondato già con l'esistenza della *vis*. Però giusta quella clausola tal diritto esiste soltanto per la durata di un anno. Per conseguenza lo spirare di quest'anno è un fatto implicante annullamento di un diritto, e la prova di questo fatto spetta all'impe-  
trato.

Nella sua sostanza adunque tale clausola non è altro che una *exceptio* stabile, e nello stesso modo che la clausola dell'interdetto *de itinere actuque privato* « *nec vi nec clam nec precario ab illo* » è designata come *exceptio*<sup>22 a)</sup>, può usarsi tale denominazione anche per la nostra clausola<sup>23</sup>).

Non altrimenti è per la clausola della prescrizione<sup>24</sup>) negli interdetti a tutela dell'esercizio di *servitutes discontinuae*, e nell'interdetto *de itinere privato reficiendo*. Ivi è detto :

<sup>22 a)</sup> L. 1 § 11 D. *de itin. actuy. priv.*, XLIII, 19 (vedi sopra pag. 344 (ediz. ted. pag. 460).

<sup>23)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pagina 106 e pagina 118 nota 7, reputa permessa la denominazione di *exceptio* soltanto nei casi, in cui è usata, o per lo meno è stata usata originariamente la forma di eccezione, cioè la forma di un'eccezione alla regola. Questa forma pare non sia mai stata impiegata nell'interdetto *de itinere*; quella denominazione si spiegherebbe in questo interdetto ammettendo che passasse in esso dall'*Uti possidetis* (vedi sopra alla nota 18). E allora perchè non dovrebbe anche l'« *in hoc anno* » che equivale al « *si non plus quam annus est* » chiamarsi come questo *exceptio*? Del resto non so vedere, perchè il passo di CIC., *pro Caso.*, VIII, 23 e XXII, 63 nel quale contrapponendo all'interdetto *de vi non armata* l'interdetto *de vi armata* egli dice di questo, che esso è dato per tradizione « *sine ulla exceptione* » non possa venir riferito alla mancanza della clausola « *in hoc anno* » (cfr. CIC. *ad div.*, XV, 16, 3 vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 5), ma debba limitarsi alla mancanza delle parole « *quod nec vi nec clam nec precario a te possideret* ». Il passo della medesima orazione XXXII, 92, che, come abbiamo veduto sopra nota 8, non è certo concepito in termini precisi, nulla prova a questo proposito, poichè nel caso di CECINA non v'era alcun luogo a parlare di prescrizione. Cfr. in proposito KELLER, *Semestria* I pag. 326 sqq. — LENEL, *Ed. perp.*, pag. 375 alla nota 9 seg.

<sup>24)</sup> Come anche in questi interdetti si tratti di una prescrizione, certo non di una prescrizione dell'interdetto come tale, ma di una prescrizione del diritto stesso protetto dalla prescrizione, — vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 23.

*Quo itinere — hoc anno — usus es —* <sup>25)</sup>.

*Ut hoc anno (priore aestate) aquam — duxisti —* <sup>26)</sup>.

*Ut de eo fonte — hoc anno aqua — usus es* <sup>27)</sup>.

Sarebbe assurdo considerare la circostanza, che l'esercizio in discorso ha avuto luogo entro l'ultimo anno (l'ultimo estate e così via), come fatto, *che è fondamento di un diritto*: il diritto sorto da quell'esercizio alla protezione per l'esercizio ulteriore *si estingue* non appena dall'ultimo atto di esercizio sia trascorso l'intervallo designato nell'interdetto.

Il far valere questa causa di estinzione del diritto provando, che il tempo a ciò richiesto è decorso, è per conseguenza cosa che spetta all'impetrato. Qui però, com'è agevole intendere, la prova dell'impetrante, tendente a stabilire il fatto dell'esercizio della servitù, dimostrerà nello stesso tempo la prescrizione, ancor più spesso che non lo faccia la prova dell'impetrante tendente a stabilire i fatti della deiezione, del *vi aut clam factum*, dell'alienazione fraudolenta negli interdetti *Unde vi, Quod vi aut clam e fraudatorium*. Perchè in quei primi interdetti la prescrizione è computata *continue* <sup>27 a)</sup>: il suo decorso risulta quindi senz'altro, non appena nel provare l'esercizio della servitù ne sia stata stabilita con precisione l'epoca. Negli altri interdetti invece la prescrizione è computata *utiliter* <sup>27 b)</sup>: il suo decorso è soltanto allora provato, quando consti, che dopo il fatto, che è condizione della loro applicazione, è passato un anno dacchè *experiundi potestas erat*.

Ha natura di eccezione anche la clausola « *maiore parte huiusce anni* » dell'*Utrubi*. Anch'essa fa valere una prescrizione del diritto alla tutela del possesso, prescrizione che vien computata in modo affatto speciale, paragonando la durata del possesso delle due parti entro l'ultimo anno, che ha preceduto l'emanazione dell'interdetto <sup>27 c)</sup>.

<sup>25)</sup> LENEL, loc. cit. pag. 383 nota 18, pag. 384 § 250 sotto il num. 2.

<sup>26)</sup> Ivi pag. 384 prima della nota 15, pag. 385 alla nota 1.

<sup>27)</sup> L. 1 pr. D. *de fonte*, XLIII, 22.

<sup>27 a)</sup> Vedi infra § 1837 b num. 78 in fine alla nota 32 segg.

<sup>7 b)</sup> Vedi ivi nella citazione alla nota 26 segg.

<sup>7 c)</sup> Più minuti particolari vedi infra § 1837 b num. 77 alla nota 25 c.

Hanno del pari carattere di eccezione le clausole stabili degli interdetti *de via publica reficienda, de ripa munienda, de rivis, de fonte reficiendo*:

*dum ne ea via idve iter deterius fiat — 27 d), dum ne ob id navigatio deterius fiat — 28), dum ne aliter aquam ducat, quam uti hoc anno (hac aestate) — a te duxit — 29), dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno usus es — 30).*

Certamente in forza di queste clausole delle formule la facoltà di riparare una via, una condotta d'acqua, un fonte, o di rafforzare una riva era ristretta una volta per tutte; ma il non dover in un dato caso la misura intesa a riparare una via o a rafforzare una riva ecc., oltrepassare quel limite, non va posto tra i fatti che fondano quella facoltà: quel limite piuttosto costituisce una circostanza impediante tale facoltà, una circostanza, cioè, che determina nel caso speciale un'eccezione alla generale ammissibilità di essa 31). Quindi la prova di quei fatti spetta all'impetrato. Se le scarse fonti pervenuteci in tale materia non chiamano *exceptiones* le clausole di cui parliamo, ciò non è che un caso senza importanza.

L'opposto invece si riscontra negli interdetti *Quod legatorum, de ripa munienda* e *Ne vis fiat aedificanti* per le clausole, che accennano all'esame della circostanza, se la cauzione necessaria sia stata prestata da parte dell'impetrante o non ritardata indebitamente, o se la prestazione della cauzione sia stata resa impossibile da parte dell'impetrato. Quelle clausole suonano:

*si eo nomine satisdatum est, sive per illum non stat, ut satisfacatur 32) — si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est, aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisfacatur — 33) e*

27 d) L. 1 pr. D. *de via publ. et it. refic.*, XLIII, 11.

28) L. un. pr. D. *de ripa mun.*, XLIII, 15.

29) L. 1 pr. D. *de riv.*, XLIII, 21.

30) L. 1 § 6 D. *de fonte*, XLIII, 22.

31) Di diverso parere è lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 106.

32) LENEL, *Ed. perp.*, pag. 363 alla nota 6 seg.

33) Ivi pag. 370 alla nota 5.



*si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quo minus satisfacetur* <sup>34)</sup>).

Il diritto di promuovere il giudizio in base all'interdetto non esiste se non quando e fintantochè <sup>34 a)</sup> l'impetrante ha fatto riguardo alla prestazione della cauzione tutto ciò che gl'incombe. Perciò quelle clausole non sono *exceptiones* nemmeno per la natura loro; esse contengono veramente un requisito necessario a fondare l'obbligatorietà giuridica dell'interdetto, anzi un requisito indispensabile, la cui esistenza appunto perciò poteva esser fatta oggetto dell'esame dei giudizi giurati.

Non così era per l'interdetto *de cloaca privata*. Qui il pretore non reputò nè necessario il fare della *cautio damni infecti* in generale una condizione del diritto d'azione, nè equo il permettere in ogni caso all'impetrato di respingere l'interdetto con l'obbiezione della mancata cauzione <sup>31 b)</sup>; reputò invece opportuna una cauzione solo in date circostanze. Perciò nei casi in cui fosse domandata una cauzione si riservò di decidere egli stesso, se la cauzione dovesse prestarsi <sup>35)</sup>.

---

<sup>34)</sup> Ivi pag. 389 alla nota 6 seg. — Una clausola stabile consimile aveva probabilmente anche l'interdetto *Quem fundum* (LENEL, loc. cit., pag. 382 sotto il num. 1), come pure l'interdetto istituito in circostanze speciali della L. 9 § 1 D. *de damno inf.*, XXXIX, 2 (vedi infra § 1839 num. 115 dopo la nota 70) e L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4 (ivi dopo la nota 71). Vedi sul tenore di questi due interdetti SCHMIDT, loc. cit. pag. 24 seg. sotto le lettere A e B.

<sup>34 a)</sup> Sul fondamento di questi fatti lo PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 147, combatte l'opinione dominante, la quale per la legittimazione passiva in un interdetto proibitorio non richiede una precedente violazione, affermando che secondo tale opinione non si saprebbe capire l'importanza pratica delle decisioni statuite nella L. 20 §§ 14 sq. D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 sulla inefficacia dell'interdetto *Ne vis fiat aedificanti*. Ma è in realtà senza importanza il fatto, che l'interdetto emanato non tutela contro l'impedimento a costruire, quando il requisito necessario per la sua forza obbligatoria (cioè *de ea re satisdatum esse, quod eius cautum sit, aut per eum, cui nuntiatum est, non stare, quo minus satisfacetur*) aveva bensì esistito prima, ma al momento dell'emana- zione dell'interdetto più non esisteva?

<sup>31 b)</sup> Cfr. infr. num. 74 alla nota 62 a e segg.

<sup>35)</sup> L. 1 pr. § 14 D. *de cloac.*, XLIII, 23.

Per contro il richiamo ad un esercizio vizioso, ad esempio mediante l'*exceptio*, « *quod non vi non clam non precario ab illo usus es* » è nell'interdetto *de cloaca privata* negato anch' per casi singoli. L. 1 cit. § 7.

È dunque chiaro: se negli interdetti indicati la clausola che si riferisce alla prestazione della cauzione non va messa tra le *exceptiones*, ciò non avviene perchè esse per caso non siano state concepite nella forma negativa a ciò necessaria; si potrebbe anzi assai meglio dire, che a bella posta non è stata scelta questa forma, perchè il pensiero del legislatore non avrebbe mercè di essa trovato l'acconcia estrinsecazione <sup>36)</sup>.

Lo stesso è per la clausola dell'*interdictum demolitorium*:

*antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet* <sup>37)</sup>.

In forza della remissione il divieto fondato con la *nuntiatio* è tolto per l'avvenire; una continuazione dei lavori avvenuta dopo la remissione non può essere attaccata con l'*interdictum demolitorium*. S'intende di per sè, che spetta all'impetrato far richiamo all'avvenuta remissione. Qui senza dubbio uno dei fatti, che fondano l'efficacia dell'interdetto è appunto l'essere stati i lavori continuati *prima* della remissione; è naturalmente incombe perciò all'impetrante l'onere della prova <sup>38)</sup>. La remissione può però aver luogo anche dopo l'emana- zione dell'interdetto; e comunque stiano le cose, l'impetrato dopo l'emana- zione dell'interdetto può far richiamo a una remissione avvenuta sia prima che dopo. Se questa remissione viene ammessa o provata, spetta anche ora all'impetrante il dimostrare, che quelle opere, che egli desidera siano demolite, sono state eseguite *prima* della remissione. Perciò quella clausola viene introdotta in tutti i casi nell'*interdictum demolitorium*: mai ha essa carattere di *exceptio*, essa sta sempre a precisare le ragioni su cui si fonda l'azione.

È vero, che a questa clausola si è voluto attribuire carattere di eccezione, deducendolo da una notizia, che ci dà il cap. XIX della *lex Rubria* su di una *exceptio remissionis* nella procedura dell'*interdictum demolitorium* <sup>39)</sup>.

<sup>36)</sup> Di diversa opinione è lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 107, messa in correlazione colla pag. 105 dopo la nota 15.

<sup>37)</sup> LENEL, *Ed. perp.* pag. 388 seg. § 257 sotto il num. 2 alla nota 1 seg.

<sup>38)</sup> Cfr. in proposito BURCKHARD, Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX, tit. I num. 42 e seg. (testo tedesco parte I num. 42 seg.).

<sup>39)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 99. — RUDORFF, *Ueber das Nunciationsverfahren*

— *quodque quisque quamq(ue) d(e) e a) r(e) docernet interdicitve seive sponsonem fieri iudicareive iubebit iudiciumve quod d(e) e(a) r(e) dabit, is in id decretum interdictum sponsonem iudicium exceptionem addito addive iubeto: « Q(ua) d e) r(e) operis novi nuntiationem II vir IV vir praefectusve eius municipioi non remeisserit ».*

Ma l'*exceptio* della *lex Rubria* non contiene altro che il precetto di aver riguardo alla remissione affermata *in iure* dall'impetrato, mentre la clausola edittale dell'*interdictum demolitorium* da un lato pone assolutamente da parte il vedere, se l'imputato abbia affermato o no *in iure* la remissione, o l'affermherà o no *in iudicio*, e dall'altro lato pel caso che sia stata affermata efficacemente la remissione lascia libero all'impetrante il provare, che ciò, che egli vuole sia demolito, è stato fatto prima della remissione. Non coincidendo quindi in alcun modo quell'*exceptio* e questa clausola <sup>40)</sup>, non è nemmeno lecito applicare alla seconda una deduzione tratta dalla natura della prima <sup>41)</sup>. Come per l'accenno alla remissione, così è per l'accenno all'*ea causa, ut remitti deberet*, cioè alla *cautio ex operis novi nuntiatione* prestata oppure debitamente offerta <sup>42)</sup>. Nemmeno quest'accenno costituisce un'*exceptio*, e serve invece solo a precisare il tema della prova dell'impetrante, pel caso che dovesse esser dimostrata la prestazione o l'offerta della cauzione.

74. Oltre le *exceptiones* stabili troviamo nella procedura interdittale, precisamente come nelle *actiones* vere e proprie, delle *exceptiones*, che

---

(Sulla procedura della *nuntiatio*). Nel *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* (Annali di diritto comune tedesco) di BEKKER e MÜLLER, vol. IV pag. 133.

<sup>40)</sup> Il BURCHARD, Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX, tit. I num. 42 (testo tedesco I pag. 265 seg.), là dove osserva: « Materialmente l'*exceptio legis Rubriae* ha lo stesso carattere che l'abituale clausola della formula « *antequam nuntiatio missa fieret* », — intende soltanto dire, che quell'*exceptio* e le parole della clausola citate accennano ugualmente alla trasformazione della *nuntiatio* mediante la *remissio*.

<sup>41)</sup> Sulla ragione puramente formale dell'*exceptio legis Rubriae* vedi BURCHARD, loc. cit., num. 42 (testo tedesco pag. 265). La ragione è questa, che la clausola stabile « *antequam nuntiatio missa fieret* » avrebbe dovuto esser riferita dal *iudex* esclusivamente ad una *remissio* impartita dal *pretore*, quindi la presa in considerazione di una *remissio* impartita dal *magistrato municipale* doveva venire ordinata nei singoli casi.

<sup>42)</sup> L. 20 §§ 4 sq., L. 21 § 1 D. de O. N. N., XXXIX, 1.

vengono accordate solo su domanda dell'avversario, quindi solo in dati casi. E queste possono essere introdotte in tre luoghi diversi: 1) nell'interdetto stesso, 2) nella *sponsio ex interdicto* e 3) nel *iudicium ex sponsione* <sup>42 a)</sup>.

Infatti il cap. XIX della *lex Rubria* sopra <sup>43)</sup> riferito designa tutti e tre questi luoghi come atti ad accogliere l'*exceptio* da esso stabilita <sup>44)</sup>.

Nelle fonti troviamo un esempio per l'*exceptio*, che in un dato caso è inserita nell'interdetto, e un esempio per l'*exceptio* inserita nella *sponsio ex interdicto* o nella formula dell'azione derivante da questa.

Bisogna considerare come inserita nell'interdetto stesso l'*exceptio*, di cui parla la L. 1 § 6 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13:

(ULP., lib. LXVIII *ad ed.*). *Sunt, qui putent excipiendum hoc interdicto* <sup>45)</sup> « *quod eius ripae muniendae causa non fiet* », *scilicet ut, si*

<sup>42 a)</sup> Non però anche nell'*actio arbitraria* derivante da interdetti imperativi, come ammette lo SCHMIDT, pag. 103 sotto il num. II. Vedi infra § 1838 num. 87 dopo la nota 97 § 1838 b num. 91 alla nota 4 seg. e § 1838 d num. 99.

<sup>43)</sup> pag. 352 (ediz. ted. pag. 470).

<sup>44)</sup> Resta dubbio, che cosa debba intendersi pel *decretum* ivi nominato per primo. Lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 103 sotto il num. II, opina che esso non appartenga a questa materia, cioè, se bene intendo questa espressione, non appartenga alla procedura interdittale. Ma non potrebbe il « *decretum* » riferirsi al restitutorio *interdictum demolitorium*, *decretum* in questo senso, e l'« *interdictum* » non essere che un'altra denominazione della medesima disposizione? Anche nelle parole « *iudicareve iubebit iudiciumve quod de ea re dabit* » ed « *exceptionem addito adive iubeto* » si trova un affastellamento di espressioni equivalenti in realtà punto necessario. Certamente acuta è l'osservazione dello SCHMIDT, loc. cit., pag. 243, che scorge nell'« *adive iubeto* » un accenno alla *sponsio*, nella quale, egli osserva, il magistrato stesso non poteva introdurre l'*exceptio*, perchè questa non emanava direttamente da lui. Però era pur sempre costui, quegli che prescriveva alle parti il tenore della *sponsio*; avrebbe potuto quindi anche bastare il dire dell'*exceptio* nella *sponsio*: « *addito* ». Cfr. L. 52 pr. D. *de V. O.*, XLV, 1. L. 1 § 10 D. *de stip. prael.*, XLVI, 5 (vedi infra §. 1838 a num. 90 nota 42 a), nelle quali peraltro bisogna tener conto dell'antitesi tra le *sponsiones praeiudiciales* (a cui appartengono anche le *sponsiones poenales* degli interdetti) e le *stipulationes praetoriae*. — SCHIRMER, *Ueber die prätorischen Judicialstipulationen* (Sulle stipulazioni giudiziali pretorie), pag. 14 segg.

<sup>45)</sup> ULPIANO adopera quest'ablativo invece del dativo anche nella L. 2 § 7

*quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendas ripas causa fiat, interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripas cum incommodo accolentium muniendas sunt. hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim (publica ins. M.) utilitas suadet exceptionem istam dari.*

La forma del futuro, in cui è redatta « *quod — fiet* » può accordarsi soltanto con l'interdetto proibitorio, non col procedimento ulteriore <sup>46)</sup>.

Al contrario soltanto nella *sponsio ex interdicto* o nella formula dell'azione derivante da questa *sponsio* possono trovare il luogo ad esse acconcio le *exceptiones*, di cui tratta la L. 1 § 6 D. *de flum.*, XLIII, 12.

(ULP., l. c.). LABEO *scribit, non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur; « aut nisi ripas tuendas causa factum sit », sed ita excipiendum ait: « extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit ».*

La forma « *factum sit* », che si riferisce al passato, non può esser a suo luogo nell'interdetto *Ne quid in flumine publico fiat, etc., quo statio iterve navigio deterior sit fiat*, che è proibitorio, e si riferisce quindi unicamente al futuro, ma si bene invece nella *sponsio* derivante da quell'interdetto, o nella formula d'azione derivante da quella *sponsio* <sup>47)</sup>.

---

D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 e L. 1 § 7 D. *de vi* XLIII, 16. SCHMIDT, loc. cit., pag. 105 nota 15. Appunto così leggeva la F. <sup>a</sup>, cioè l'originario manoscritto fiorentino, nella L. 1 § 13 D. *quod leg.*, XLIII, 3.

<sup>46)</sup> Ciò ha notato per primo l'HUSCHKE, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XIII pag. 322 nota 10 — LENEL, *Ed. perp.*, pag. 369 nota 9.

<sup>47)</sup> Qui la pone già l'HUSCHKE, loc. cit., pag. 321 seg., sebbene senza il fondamento di ragioni stringenti. Questo è stato dato dallo SCHMIDT, loc. cit., pag. 104. Il LENEL, *Ed. perp.*, pag. 369 nota 1, secondo me senza necessità, limita l'*exceptio* alla formula derivante dalla sponsione; perchè non avrebbe potuto trovar posto anche nella sponsione stessa? Vedi infra § 1838 b num. 91 prima della nota 6. Nulla mi pare che si guadagni con l'ipotesi dichiarata possibile dallo SCHMIDT, loc. cit., nota 11, che il § 16 cit. abbia subito uno spostamento, e che in origine si riferisse all'interdetto *restitutio* citato nella L. 1 cit. § 19: si può pur concepire senza dubbio un'*exceptio* di

Tutte le *exceptiones* non stabili, di cui è altrove menzione nelle fonti, possono concepirsi inserite in tutti e tre i luoghi indicati.

Le eccezioni, che risultano dalle fonti, oltre quelle di cui abbiamo già parlato, possono venir qui raccolte ed enumerate come segue:

a) per interdetti *restitutorii*.

1) L'*exceptio: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris* era accordata di fronte all'interdetto *de vi armata* secondo CIC., *ad div.*, VII, 13 2:

*neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris.*

Non si potrebbe riferire questa *exceptio* all'interdetto *de vi non armata* adducendo il fatto, che CIOERONE, *pro Casco*, VIII, 23 e XXII, 63 dice dell'interdetto *de vi armata*, che esso vien dato *sine ulla exceptione*. Giacchè CIOERONE vuol con ciò soltanto negare, che quest'ultimo interdetto abbia una *exceptio* stabile, e segnatamente le eccezioni stabili dell'interdetto *de vi non armata*: « *quod nec vi nec clam nec precario a te possideret* », e l'eccezione « *in hoc anno* »<sup>48</sup>). Infatti sarebbe stato assai inopportuno, se l'impetrato nell'interdetto *de vi non armata* invece di quella *exceptio* stabile, al cui successo bastava la prova di un qualunque *vitium possessionis*, in ispecie la prova di una *vis non armata*, avesse voluto domandare l'affatto particolare *exceptio de vi armata*. E d'altra parte la parola « *prior* » nella *exceptio de vi armata* mostra, che l'interdetto, contro cui essa era diretta, metteva a carico dell'impetrato una *vis armata*<sup>49</sup>).

2) Di fronte all'*interdictum demolitorium* l'impetrato, secondo l'opinione di LABEONE generalmente approvata<sup>50</sup>), non poteva far uso della *exceptio conventionis* non contenuta nella formula edittale

---

tal natura anche di fronte all'interdetto *proibitorio*. Cfr. anche SCHMIDT, pagina 108 nota 20.

<sup>48</sup>) Vedi sopra num. 73 nota 23 pag. 347 (ediz. ted. pag. 464). Cfr. LENEL, *Hil. perp.*, pag. 375 alla nota 10.

<sup>49</sup>) Cfr. in proposito KELLER, *Semestria ad Ciceronem*, tom. I pag. 330 sqq., all'opinione del quale aderiscono lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 99 e il LENEL, loc. cit., pag. 375 nota 10.

<sup>50</sup>) L. 7 § 14 D. *de pact.*, II, 14.

dell'interdetto, cioè non poteva far valere per mezzo di una *exceptio* l'affermazione, che la continuazione delle opere gli era stata permessa da un accordo col denunziante dopo l'*operis novi* nuntiatio e prima di una violazione di questo divieto<sup>51)</sup>.

L. 1 § 10 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1:

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

Per contro non è lecito dedurre dalla l. 5 §§ 11-13 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1<sup>51 a)</sup>, che contro l'*interdictum demolitorium* esistesse un'*exceptio*, affermante, che il bene pubblico esigeva la continuazione dell'*opus*, o che l'impedire quest'*opus* era pericoloso pel denunziato. La l. 5 § 11 e 12 cit. vuol piuttosto mostrare, come l'editto in forza di apposite clausole negasse efficacia all'*operis novi nuntiatio* di fronte alla riparazione e spurgo di acquedotti e cloache, e così pure di fronte a ogni *opus*, il cui ritardo faccia temere un pericolo<sup>51 b)</sup>. Così

<sup>51)</sup> Cfr. in proposito BURCKHARD, loc. cit., num. 41 nota 19 e seg. (edit. pag. 252 e 255 segg.).

<sup>51 a)</sup> L. 5 cit. § 11: *Si quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nuntiatio merito prohibetur, cum publicae salutis et securitatis intersit, et cloacas et rivos purgari. § 12: Praeterea generaliter praetor cetera quoque opera exceptit, quorum mora periculum aliquod allatura est: nam in his quoque contemnendam putavit operis novi nuntiationem. quis enim dubitat, multo melius esse omitti operis novi nuntiationem, quam impediri operis necessarii urgentem extructionem? totiens autem haec pars locum habet, quotiens dilatio periculum allatura est. § 13: Proinde si quis, cum opus hoc mora periculum allaturum esset, nuntiaverit opus novum vel si in cloacis vel ripa (rivi) (scr. HALOANDER) reficiendis aliquid fieret (aliquid fieret del M.), dicemus apud iudicem quaeri debere, an talia opera fuerint, ut contemni nuntiatio deberet: nam si apparuerit vel in cloaca rivo (opus fieri ins. M.) eove, cuius mora periculum allatura esset, dicendum est, non esse verendum, ne haec nuntiatio noceret.*

<sup>51 b)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 298 tra la nota 6 e la nota 7. Vedi anche L. 3 § 8 D. *de riv.*, XLIII, 21. L. 1 § 13 D. *de cloac.*, XLIII, 23. Cfr. sopra pag. 212 seg. alla nota 56 segg. e pag. 352 nota 51.

era di per sè sottintesa nell'*interdictum demolitorium* la facoltà del *iudex* di dichiarare priva d'effetto la denuncia ciò malgrado avvenuta e perciò inesistente il primo requisito dell'interdetto <sup>51 c)</sup>.

3) L'interdetto *Quod vi aut clam* nella sua formula edittale ha solo l'*exceptio annua* <sup>52)</sup>. In dati casi invece potevano aver luogo eccezioni assai svariate.

*Exceptio* del permesso consecutivo:

L. 3 D. *quod vi*, XLIII, 24:

(ULPIAN. lib. LXXI *ad ed.*) § 2. *Sed si permiserit adversus eum, qui utatur interdicto, exceptio erit necessaria* <sup>53)</sup>. § 3. *Non tantum autem si ego permisero, sed et si procurator meus vel tutor, qui tutelam administrat vel curator pupilli* <sup>54)</sup> *furiosi sive adulescentis, dicendum erit exceptioni locum fore.* § 4. *Plane si praeses vel curator rei publicae permiserit in publico facere, NERVA scribit exceptionem locum non habere, quia etsi ei locorum, inquit, publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est. hoc ita verum est, si non lex municipalis curatori rei publicae amplius concedat. sed et si a principe vel ab eo, cui princeps hoc ius concedendi dederit (permissum erit ins. M.), idem erit probandum.*

*Exceptio* « *quod non tu vi aut clam feceris* »:

L. 7 *eod.*:

(ULP., *eod.*) § 3. *Bellissime apud JULIANUM quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto « quod non tu vi aut clam fecisti? » et ait JULIANUS aequissimum esse, hanc exceptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam, et utaris adversus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.*

<sup>51 c)</sup> Vedi in proposito SCHMIDT, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto civile e procedura). Nuova serie vol. VIII pag. 38 nota 34 e BURCKHARD, loc. cit. num. 41 (ediz. ted. pag. 254 seg.).

<sup>52)</sup> Vedi sopra num. 73 alla nota 19 pag. 346 (ediz. ted. pag. 463).

<sup>53)</sup> Cfr. L. 3 cit. § 1, L. 20 § 2 *eod.*

<sup>54)</sup> *pupilli vel curator ser. M.*



L. 22 § 2 *cod.* :

(VENULEIUS. lib. II, *interd.*): *Si ad ianuam meam tabulas fixeris, et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, reflexero, deinde invicem interdicto Quod vi aut clam egerimus: nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea inter sit, aut certe exceptionem mihi profuturam « si non vi nec clam nec precario <sup>55)</sup> feceris ».*

*Exceptio « quod incendii defendendi causa factum non sit » :*

L. 7 *cit.* § 4 :

*Est et alia exceptio, de qua CELSUS <sup>56)</sup> dubitat, an sit obicienda; ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et Quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. GALLIUS enim dubitat <sup>57)</sup>, an excipi oporteret: « quod incendii defendendi causa factum non sit? ». SERVIUS autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum, etc. <sup>58)</sup>.*

Invece è espressamente dichiarata inammissibile un'*exceptio*, che si fonda sul diritto dell'impetrato di compiere l'*opus* fatto nonostante il divieto dell'avversario occultandolo a questo a bella posta.

L. 1 § 3 D. *cod.* :

(ULPIAN. lib. LXXI *ad. ed.*): *Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: « quod non iure meo receperim (fecerim ser. M.) » et magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla iusta exceptione se tueri potest <sup>58 a)</sup>.*

<sup>55)</sup> non vi aut clam ser. M. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 111 nota 27.

<sup>56)</sup> Gallus ser. M.

<sup>57)</sup> Gallus enim dubitat del M.

<sup>58)</sup> Vedi infra § 1838 b num. 93 alla nota 38 b segg.

<sup>58 a)</sup> Così pure è dichiarata inammissibile di fronte all'interdetto restitutorio *de precario* l'*exceptio* per convenzione di termine. L. 12 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26 (CELSUS, lib. XXV *dig.*): *Cum (cui ser. M.) precario aliquid datur si convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandum est, ne ante si possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. — Sull'*exceptio praeterquam quod tibi ius est* o simili nell'interdetto restitutorio *de flumine publico* vedi infra alla nota 61.*

b) per interdetti *esibitorii*.

1) Nell'interdetto *de liberis exhibendis* sono del pari dichiarate ammissibili più *exceptiones*.

L. 1 D. *de lib. exhib.*, XLIII, 30:

(ULP., lib. LXXI *ad ed.*) § 3. *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa), et divus PIUS decrevit, et a MARCO et a SEVERO rescriptum est, aequè subveniendum ei erit per exceptionem.* § 4. *Pari modo si iudicatum fuerit, non esse eum in potestate, etsi per iniuriam iudicatum sit, agenti hoc interdicto obicienda erit exceptio rei iudicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum.*

2) Nell'interdetto *de homine libero exhibendo* troviamo l'*exceptio*, che già è stato una volta pronunziato un interdetto sul medesimo oggetto <sup>58 b)</sup>.

3) Troviamo inoltre un accenno a due *exceptiones* dell'interdetto *de tabulis exhibendis* nella l. 5 D. *de tab. exhib.* XLIII, 5:

(JAVOLENUS, lib. XIII *ex Cassio*). *De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet, aut si ad publicam quaestionem pertinet [pertinent scr.]: itaque in acde sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum* <sup>58 c)</sup>.

c) per interdetti *proibitorii*.

Per tali interdetti, a quanto io mi so, non ci è fatta espressa testimonianza di un'*exceptio* concessa in dati casi.

Lo SCHMIDT <sup>59)</sup> vuol scorgere l'accenno a una tale *exceptio* nella l. 1 § 9 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13:

(ULP. lib. LXVIII *ad ed.*). *Hoc interdictum cuivis ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum, qui denegat (id egit scr.), ut aliter aqua flueret, cum ius non haberet.*

<sup>58 b)</sup> L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exhib.*, XLIII, 29 (vedi *infra* § 1836 num. 80 dopo la nota 37).

<sup>58 c)</sup> Vedi SCHMIDT, *loc. cit.*, pag. 223.

<sup>59)</sup> *Loc. cit.*, pag. 97 *seq.*

Egli afferma, che a tenore di questo frammento possa all'interdetto proibitorio *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit* essere opposta un'*exceptio* analoga all'*exceptio* edittale: « *praeter quam quod lege senatus consulto edicto decretove principium tibi concessum est* », di cui si fa menzione nella l. 2 pr. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. Però lo stesso SCHMIDT <sup>60)</sup> ha con ragione fatto rilevare più avanti, che il requisito, che l'acqua sia già stata deviata, è assolutamente inapplicabile a questo interdetto proibitorio, e non si può riferire invece, soprattutto in ULPIANO <sup>61)</sup>, che all'interdetto *restitutorio* citato nella l. 1 cit. § 11. Quindi non si può, almeno direttamente, trovare nella l. 1 § 9 una testimonianza dell'*exceptio* nell'interdetto proibitorio. Certo materialmente nemmeno in tale interdetto v'è nulla che vieti di ammettere l'esistenza di quest'*exceptio* <sup>62)</sup>.

Probabilmente di fronte all'interdetto *de itinere privato reficiendo* aveva luogo un'*exceptio*, quando l'impetrante non dava la *cautio damni infecti* su domanda dell'impetrato. L'editto infatti fa seguire all'interdetto in esso formulato, che non fa parola di questa cauzione, l'aggiunta <sup>62 a)</sup>:

*Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius [operis ins. M.] <sup>62 b)</sup> vitium datum sit, caveat.*

Di qui si vede che la prestazione della cauzione, o l'offerta di questa, non fa parte dei fatti, che fondano l'azione, come negli interdetti *Quod legatorum, de ripa munienda, Ne vis fiat aedificanti* <sup>62 c)</sup>; d'altra parte la domanda di una cauzione è giustificata in ogni caso, dimodochè non v'è bisogno che il pretore faccia per essa precedere

<sup>60)</sup> Loc. cit. pag. 161 Cfr. sopra § 1837 num. 60 pag. 264 (ediz. ted. pag. 353 seg.) e num. 67 alla nota 31 pag. 290 (ediz. ted. pag. 389).

<sup>61)</sup> Cfr. sopra § 1837 num. 67 nota 31 pag. 290 (ediz. ted. pag. 389).

<sup>62)</sup> L'ipotesi che trovasse luogo una *exceptio* nell'interdetto *de aqua cottidiana* giusta la L. 1 § 28 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20 in LENEL, *Ed. perp.* pagina 385 nota 18 della pag. 384, poggia su di un errore, come lo stesso autore sunnominato mi fa sapere.

<sup>62 a)</sup> L. 3 § 11 D. *de it. actuque priv.*, XLIII, 19

<sup>62 b)</sup> L. 5 in f. eod. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 384 nota 12.

<sup>62 c)</sup> Cfr. sopra num. 73 pag. 349 seg. (ediz. ted. pag. 467).

all'emanazione dell'interdetto una *causae cognitio*, come nell'interdetto *de cloaca privata*<sup>62 d)</sup>. Dunque pare, che per risolvere la questione della cauzione non venisse lasciata aperta altra via che quella dell'*exceptio* non stabile.

Se ciò è vero, il pretore adunque in quegli interdetti, nei quali sorge la questione di una cauzione da prestarsi dall'impetrante, ha prestabiliti tre mezzi di diversa rigorosità, corrispondenti a diversi gradi di necessità di una tale cauzione, e sono: prestazione della cauzione, o sua offerta, quale requisito edittale dell'interdetto stesso; *exceptio* di mancata cauzione, non stabile ma ammessa di per sè su domanda dell'impetrato, e finalmente, su richiesta dell'impetrato, *causae cognitio* sulla necessità della cauzione prima dell'emanazione dell'interdetto. Certo si può in ciò scorgere una prova eloquente della fine avvedutezza, con cui l'editto, come *viva vox iuris civilis*, ha saputo provvedere ai bisogni della vita.

75. Semprechè le eccezioni della procedura interdittale hanno la forma specifica delle *exceptiones*, cioè la forma di una negazione della forza obbligatoria del comando principale<sup>62 e)</sup>, questa forma è affatto la stessa, che ci è stata tramandata per le *exceptiones* nelle *formulae actionum*.

È specialmente frequente la forma « *quod non* » o, quando si tratta di una pluralità di circostanze, « *quod nec — nec* »<sup>63</sup>). Così abbiamo trovato « *quod non* » di fronte agli interdetti *de vi armata*<sup>64</sup>), *Ne*

<sup>62 d)</sup> Cfr. ivi pag. 350 (ediz. ted. pag. 469 seg.).

<sup>62 e)</sup> Vedi sopra num. 73 pag. 342 (ediz. ted. pag. 460). Nulla s'opponesse che la denominazione di « negazione della forza obbligatoria del comando principale » venga qui usata anche per l'*exceptio* aggiunta alla *sponsio ex interdicto* (*quod aliquid adversus praetoris edictum factum sit e quod contra edictum praetoris restitutum vel exhibitum non sit*).

<sup>63</sup>) In *formulae actionum* questa forma è mentovata per es. nelle L. 13. L. 16. L. 18 D. *de exc.*, XLIV, 1. L. 25 § 17 D. *de H. P.*, V, 3. Senza il *non*, in altri termini messa in bocca al convenuto, si trova per es. nelle L. 14 D. *de exc.* XLIV, 1. L. 11 § 3 D. *de exc. rei iud.*, XLIV, 2. L. 5 § 2 D. *de exc. dol. m.*, XLIV, 4. Cic., *de orat.*, I, 37, 168. Cfr. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), vol. II § 31 nota 14.

<sup>64</sup>) Cic., *ad div.*, VII, 13, 2. Vedi sopra num. 74 pag. 355 (ediz. tedesca pag. 474).

*quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, etc.*<sup>65</sup>), *Quod vi aut clam*, e in quest'ultimo più volte<sup>66</sup>); dappertutto quivi in *exceptiones* per casi singoli: « *quod nec — nec* » in eccezioni stabili nell'interdetto *de vi non armata*<sup>67</sup>), e nell'antica forma dell' *Uti possidetis*<sup>68</sup>).

Troviamo « *si non* »<sup>69</sup>) nelle *exceptiones* stabili degli interdetti *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est*<sup>70</sup>), *Quod vi aut clam* e *fraudatorium*<sup>71</sup>); e alternato con la dicitura « *quod non* » in una *exceptio* data per un caso singolo nel *Quod vi aut clam*<sup>72</sup>).

« *Extraquam* »<sup>73</sup>) si riscontra nell'*exceptio* della *sponsio* (e rispettivamente della formula d'azione che ne deriva) *ex interdicto Ne quid in flumine publico quid fiat, quo peius navigetur*<sup>74</sup>).

Però negli interdetti si trovano anche delle forme dell'*exceptio*, che non conosciamo nelle *formulae actionum*.

Ad eccezione dell'interdetto *de itinere privato*, nel quale l'impetrante deve dimostrare il suo diritto di passaggio, e dell'interdetto *de cloaca privata*, che a questo riguardo non presuppone alcun re-

<sup>65</sup>) L. 1 § 6 D. *ne quid. in flum.*, XLIII, 13. Vedi sopra num. 74 pag. 353 seg. (ediz. ted. pag. 473).

<sup>66</sup>) L. 7 §§ 3 sq. D. *quod vi*, XLIII, 24. Vedi sopra num. 74 pag. 357 (ediz. tedesca pag. 478), cfr. L. 1 § 3 *cod.* Vedi ivi pag. 358 (ediz. tedesca pag. 479).

<sup>67</sup>) CIC., *pro Tull.*, XIX, 44. Vedi sopra num. 73 pag. 345 (ediz. tedesca pag. 461 alla nota 8).

<sup>68</sup>) FESTUS, s. v. *possessio*. Vedi sopra num. 73 pag. 462 alla nota 18.

<sup>69</sup>) In *formulae actionum* si trova mentovata questa forma per esempio nelle L. 48 D. *de proc.*, III, 3. L. 14 in f. D. *de Publ. in rem.*, VI, 2. L. 17 § 4 D. *de inst. act.*, XIV, 3. L. 25 D. *de A. E.*, XIX, 1. L. 10 D. *de pign.*, XX, 1. L. 15 D. *de O. et A.*, XLIV, 7. L. 28 D. *de fideiuss.*, XLVI, 1. RUDORFF, loc. cit., nota 11.

<sup>70</sup>) L. 4 § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. Vedi sopra num. 73 pag. 345 (ediz. ted. pag. 461 alla nota 6).

<sup>71</sup>) L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8. Vedi sopra ivi pag. 346 (ediz. ted. pag. 463 alla nota 19).

<sup>72</sup>) L. 22 § 2 D. *quod vi*, XLIII, 24. Vedi sopra num. 74 pag. 358 (ediz. ted. pag. 478).

<sup>73</sup>) In *formulae actionum* per es. in CIC., *de inv.*, II, 20, 59. *Ad Att.*, VI, 1, 15. *Extra* o *praeter quam* dovrà inserirsi nell'*exceptio* « *si tutor non est* » della L. 2 Cod. *de eo qui pro tut.*, V, 45. RUDORFF, loc. cit. nota 11 in fine.

<sup>74</sup>) L. 1 § 16 D. *de flum.*, XLIII, 12. Vedi sopra num. 74 pag. 353 (ediz. ted. pag. 473).

quisito, nè ha restrizioni, gli interdetti a tutela di una riparazione, che alcuno si proponga di eseguire, hanno un'*exceptio* stabile, che deve tenere tale riparazione nei limiti dello stato normale anteriore. La forma di quell'*exceptio* suona conseguentemente « *dum ne* » <sup>75</sup>).

L'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* ha un'*exceptio* stabile, la quale invece di « *extra quam* » suona « *praeter quam* » <sup>76</sup>).

Dà luogo a qualche difficoltà la forma di un'*exceptio*, pel suo contenuto dichiarata inammissibile da LABEONE, riguardante l'interdetto *Ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur*, che suona « *aut nisi* » <sup>77</sup>). « *Nisi* » invece di « *si non* » si trova in una *exceptio* soltanto nel § 4 L. *de replio.*, IV, 14, dove forse è dovuto ai compilatori. Perciò l'HUSCHKE <sup>78</sup>) opina, che la detta *exceptio* non ci sia stata trasmessa nella sua forma diretta, nella quale doveva esser detto « *si* », ma nella forma di una riproduzione, che ne rende solo il senso, nella quale quel « *si* » doveva necessariamente cambiarsi in « *nisi* » <sup>79</sup>); e osserva, che il contenuto nella forma « *aut si* », che ne risulta, mostra di appartenere alla restipulazione dell'impetrato: *si in flumine publico, etc. nihil feci vel immisi, AUT SI id, quod feci, ripae muniendae causa factum est, tot nummos mihi dare spondes?* Di fronte a ciò sarebbe però sommamente singolare, che LABEONE invece di quella forma da lui disapprovata della clausola di una *restipulatio* raccomandasse la forma di una *exceptio* della *sponsio* o dell'azione derivante da questa *sponsio*. Oltre di che egli chiama espressamente quella clausola « *exceptio* »; ora questa denominazione non s'adatterebbe al contenuto, che secondo l'HUSCHKE avrebbe la

<sup>75</sup>) L. 1 pr. D. *de via publ. et itin. ref.*, XLIII, 11. L. un. pr. D. *de ripa mun.* XLIII, 15. L. 1 pr. D. *de riv.*, XLIII, 21. L. 1 § 6 D. *de fonte*, XLIII, 22. Vedi sopra num. 73 pag. 349 (ediz. ted. pag. 466) alla nota 27 d e segg.

<sup>76</sup>) L. 2 pr. D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. Vedi sopra num. 73 pag. 345 (ediz. ted. pag. 461) alla nota 7.

<sup>77</sup>) L. 1 § 16 D. *de flum.*, XLIII, 12. Vedi sopra num. 74 pag. 353 (ediz. ted. pag. 473).

<sup>78</sup>) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XIII pag. 321 segg.

<sup>79</sup>) Cfr. HUSCHKE, *Studien des Römischen Rechtes* (Studi di diritto romano) pag. 13.

clausola in discorso: questo sarebbe invece l'una delle alternative di una stipulazione condizionata alternativamente, che va a vantaggio dell'impetrato nella qualità di *attore*.

Conformandoci a questa acuta osservazione dello SCHMIDT<sup>80)</sup> riconosceremo nel « nisi » una rara ma pur tuttavia ammissibile forma di « *exceptio* ». La presenza di quell' « *aut* » poi si può spiegare come un'alterazione di un *ac*<sup>81)</sup> o di un *at*<sup>82)</sup> dovuta a un amanuense; oppure si può ammettere con lo SCHMIDT, che ULPIANO parlasse di due *exceptiones* eventuali unite con quell' « *aut* », e che i compilatori cancellassero la prima, senza cancellare nello stesso tempo l'« *aut* », che non aveva più ragion d'essere.

Pienamente sicura e intelligibile è la forma dell'*exceptio* non stabile nella *lex Rubria* c. XIX, che suona « *qua de re non* »<sup>83)</sup>.

76. Abbiamo già detto nel principio di questo paragrafo<sup>84)</sup>, che l'effetto di una *exceptio* riconosciuta per vera sull'interdetto è questo, che essa priva l'interdetto della sua forza obbligatoria, quantunque sussistano i suoi requisiti positivi. Perciò le fonti usano gli stessi termini, sia per indicare che un interdetto è privo di quella forza obbligatoria, perchè manca uno dei requisiti positivi, sia per additare l'effetto di un'*exceptio* dicendo, per esempio, *impune prohiberi*<sup>85)</sup>, *non teneri interdicto* e rispettivamente *non tenere interdictum*<sup>86)</sup>, *locum*

<sup>80)</sup> loc. cit., pag. 109 seg.

<sup>81)</sup> Cfr. L. 2 D. *de exc. rei iud.*, XLIV, 2. L. 22 D. *de pact. dol.*, XXIII, 4.

<sup>82)</sup> Cfr. L. 9 § 2 D. *de exc. rei iud.*, XLIV, 2. Cfr. C. FUCHS, *Kritische Studien zum Pandektenrecht* (Studi critici sul testo delle Pandette), pag. 12. Vedi L. 5 § 10 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. L. 10 § 7 D. *de in rem verso*, XV, 3. L. 10 § 2. L. 22 § 7 D. *mand.*, XVII, 1.

<sup>83)</sup> Vedi sopra num. 73 pag. 352 (ediz. ted. pag. 470).

<sup>84)</sup> Num. 73 in princ. pag. 342 seg. (ediz. ted. pag. 457 seg.).

<sup>85)</sup> Riferendosi alla mancanza di un requisito dell'interdetto per ea. nella L. 1 § 15 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20. L. 4. § 1. L. 5 § 1 D. *de it. actiq. priv.*, XLIII, 19; riferendosi ad un'*exceptio* efficace per ea. nella L. 1 § 2 D. *de via publ. ref.*, XLIII, 11. L. 1 § 11 D. *de riv.*, XLIII, 21. PAUL, V, 6, 7.

<sup>86)</sup> Riferendosi alla mancanza di un requisito dell'interdetto per ea. nella L. 1 § 8 D. *de mort. inf.*, XI, 8. L. 2 §§ 13, 28 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; riferendosi ad una *exceptio* efficace con la forma attiva: *non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo, qui experitur* nella L. 4 § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

non habet interdictum oppure interdicto locus non est<sup>87)</sup>, interdictum inutile est<sup>88)</sup>. L'azione derivante dall'interdetto domandato nonostante un *exceptio* efficace è dunque respinta e senza distinzione, tanto cioè se questa *exceptio* si trovi già come *exceptio* stabile nell'*interdictum redditum*, quanto se non abbia luogo che nella *sponsio* oppure nell'*actio*, che da questa *sponsio* deriva.

Per contro nemmeno in un interdetto può l'*exceptio*, che è un puro mezzo di difesa, aver mai l'effetto, che l'impetrante venga condannato di fronte all'impetrato. Però non è lecito servirsi di questa innegabile verità per contestare il cosiddetto effetto recuperatorio dell'*Uti possidetis*, come tenta di fare lo SCHMIDT<sup>89)</sup>.

L'effetto recuperatorio di questo interdetto in realtà non deriva dalla *exceptio vitiosae possessionis*, come dovrebbe certo ritenersi secondo il concetto che ha il SAVIGNY<sup>90)</sup> di quell'effetto, secondo il quale solo il convenuto che non possiede può ottenere la condanna dell'avversario, che possiede *iniuste* da lui, e non può per contro ottenerla l'attore che non possiede; esso deriva dalla duplicità di questo interdetto, la cui vera essenza, come abbiamo veduto<sup>91)</sup>, è appunto disconosciuta dallo SCHMIDT.

---

<sup>87)</sup> *Locum non habet* a proposito della mancanza di un requisito dell'interdetto: L. 2 § 4 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; *interdicto locus non est* a proposito di una *exceptio* efficace: L. 1 § 6 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13.

<sup>88)</sup> A proposito della mancanza di un requisito dell'interdetto per ea. nella L. 3 § 5 D. *uti poss.*, XLIII, 17; a proposito di un'*exceptio* efficace per ea. nella L. 1 § 11 *de it. actiug. priv.*, XLIII, 19.

<sup>89)</sup> loc. cit. pag. 112 segg. e *Heidelberger Jahrbücher der Literatur* (Annali di letteratura di Heidelberg), Anno LVI pag. 692 seg.

<sup>90)</sup> *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), § 37, 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 404 e seg.

<sup>91)</sup> Vedi sopra § 1836 b num. 47 pag. 206 (ediz. ted. pag. 274 seg.). Un minuto esame della duplicità dell'*Uti possidetis* può esser fatto solo al tit. 17 di questo libro. Vedi frattanto, sulla questione toccata nel testo, WITTE *L'interdetto Uti possidetis*, pag. 60 segg.



## § 1837 b.

*La prescrizione* <sup>1)</sup>.

77. Nello stesso modo che il prescriversi di un'*actio* consiste in ciò, che essa, astrazione fatta da talune circostanze, che ne protraggono la durata, può venir sollevata con successo soltanto entro un determinato periodo di tempo decorrente dal momento in cui avrebbe potuto dapprima essere esercitata, così per prescrizione di un interdetto deve intendersi quell'influenza, che il decorrere del tempo esercita, escludendo l'emanazione efficace di questo interdetto non appena dal momento, in cui questo avrebbe potuto dapprima esser domandato, sia decorso un determinato periodo di tempo.

Ed è difatti in questo senso, che l'antica procedura interdittale conosceva la prescrizione.

L. 1 § 4 D. h. t. XLIII, 1:

(ULP., lib. LXVII *ad ed.*). *Interdictorum quaedam annalia sunt, quaedam perpetua.*

Gli interdetti qui chiamati *annalia* vengono detti anche *annua* <sup>1 a)</sup> e *temporaria* <sup>1 b)</sup>.

Tre sono indicati dalle fonti come singoli casi di interdetti prescrivibili in questo senso, cioè gli interdetti *de vi non armata*, *Quod vi aut clam* e *fraudatorium*.

In quest'ultimo la prescrizione è fatta valere mercè una *exceptio* stabile, che ci è anche stata tramandata come tale.

L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8:

(ULP. lib. LXXIII *ad ed.*). *Ait praetor: « Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illi, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esse oportet,*

1) SCHMIDT, loc. cit., pag. 116-125.

<sup>1 a)</sup> L. 4 *cod.* (PAUL. lib. LXVII *ad ed.* vedi infra num. 80 in principio).

<sup>1 b)</sup> L. 2 § 44 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.* vedi sopra pag. 36 (ediz. ted. pag. 45).

et SI NON PLUS QUAM ANNUS EST, CUM DE EA RE, QUA DE AGITUR, EXPERIUNDI POTESTAS EST, *restituas* <sup>2</sup>).

Affatto simile deve essere stato il tenore di un'*exceptio* stabile nell'interdetto *Quod vi aut clam*, che certo per un errore degli amanuensi non ci è stata tramandata nella sua dicitura <sup>3</sup>).

Nell'interdetto *de vi non armata* l'accento alla prescrizione si trovava nell'*in hoc anno* » in esso stabilmente inserito <sup>4</sup>).

Ai sopraindicati interdetti prescrivibili le fonti contrappongono l'imprescrivibilità di parecchi altri. Così la l. 2 § 44 D. *ne quid in loco publ* XLIII, 8 riportata sopra a pag. 36 (ediz. tedesca pag. 45), per l'interdetto *de via publica*. Inoltre la l. 8 § 7 D. *de precario* XLIII, 26:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*). *Interdictum hoc et post annum competere LABEO scribit, eoque iure utimur: cum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum —*

per l'interdetto *de precario*; la l. 20 § 6 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*). *Hoc interdictum perpetuo datur, etc.*

per l'interdetto demolitorio: la l. 3 § 16 D. *de tab. exhib.*, XLIII, 5 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.* vedi infra prima della nota 18) per l'interdetto *de tabulis exhibendis*; e la l. 3 § 15 D. *de hom. lib. exhib.* XLIII, 29:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*). *Hoc interdictum perpetuum est —*  
per l'interdetto *de homine libero exhibendo*.

Da CICERONE sappiamo inoltre, che l'interdetto *de vi armata* non ammetteva l'eccezione della prescrizione.

<sup>2</sup>) LENEL, *Ed. perp.*, pag. 398.

<sup>3</sup>) L. 15 §§ 4-6 D. *quod vi*, XLIII, 24. Vedi LENEL, loc. cit., pag. 387 e sopra § 1837 a num. 73 nota 19 pag. 316 (ediz. ted. pag. 463).

<sup>4</sup>) Vedi sopra ivi pag. 346 (ediz. tedesca pag. 463) alla nota 22. Vedi anche L. 2 Cod. *unde vi*, VIII, 4: (DIOCLET. et MAXIM.) *Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum annus excessit, certissimi iuris est etc.* (a. 293). VAT. FRAGM. § 312 (JID. *ead. anno.* Vedi infra num. 80 prima della nota 45. L. 1 Cod. *si per vim*, VIII, 5: (CONSTANTIN. a. 326) — *spatia recuperandas possessionis legibus praestituta — tempus —, quod recuperandas possessioni legibus praestitutum est.*

UIC. *ad div. XV, 16, 3: — postulabimus —, ex qua aiptou vi hominibus armatis deiectus sis, in eam restituare. In hoc interdicto non solet addi « in hoc anno »*<sup>5)</sup>.

In ugual modo parrebbe enunciata espressamente l'imprescrittibilità di una serie di interdetti proibitorii<sup>6)</sup>.

L. 2 § 34 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.* vedi sopra pag. 35 (Ediz. ted. pag. 45).

L. 1 § 3 D. *de via publ. refc.* XLIII, 11 (Id. *eod.* vedi ivi).

L. 20 § 16 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*). *Hoc interdictum etiam post annum et heredi ceterisque successoribus competit.*

L. 1 § 6 D. *de migr.*, XLIII, 32:

(ULP. lib. LXXIII *ad ed.*). *Hoc interdictum perpetuum est et in successores et successoribus dabitur.*

L. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* XLIII, 4:

(ULP. lib. LXXII *ad ed.*). *Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem similesque personas dabitur, nisi in id, quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata.*

Ma certamente in nessuno di questi passi ULPIANO ha parlato dell'imprescrittibilità degli interdetti, di cui ivi si tratta.

Una prescrizione dell'interdetto proibitorio *de via publica* (l. 2 § 34 *cit.*) è affatto inconcepibile: da qual momento dovrebbe essa decor-

<sup>5)</sup> Cfr. sopra § 1837 a num. 73 nota 23 pag. 347 (ediz. tedesca pag. 464).

<sup>6)</sup> Così intende i passi citati nel testo lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 122 alle note 19-23. E così li intende anche lo PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 140 alla nota 1, il quale ne argomenta, che la possibilità della prescrizione sussiste anche negli interdetti proibitorii, e scorge poi in ciò una ragione per affermare, che per la legittimazione passiva in questi interdetti si richiegga una violazione anteriore alla emanazione dell'interdetto.

rere? Non certo dal momento, in cui ha avuto luogo un *factum* o *immissum*, che pregiudica la via pubblica. Il verificarsi di un tal *factum* o *immissum* è così lungi dal far parte dei requisiti di questo interdetto, che per tal caso è stato anzi istituito uno speciale interdetto restitutorio <sup>7)</sup>. Non si saprebbe quindi scorgere, che cosa potesse indurre ULPIANO a pronunciarsi sulla imprescrittibilità dell'interdetto proibitorio di per sè evidente. Dall'altro lato le parole, con cui termina il nostro passo: *condemnatio — ex eo facienda est, quanti aotoris intersit* —, mostrano, che per lo meno in esse non si trattava dell'interdetto, ma del *iudicium secutorium* <sup>8)</sup>. S'impone quindi l'ipotesi, che l'intero passo abbia in origine parlato dell'*agere ex interdicto*, compresa la procedura per sponsione. Con ciò s'accorda benissimo, come vedremo più tardi <sup>9)</sup>, la menzione della natura popolare dell'interdetto, che a prima vista pare strana in questo luogo.

Così è pure riguardo al secondo passo (l. 1 § 3 D. *de via publ. ref.* XLIII, 11) <sup>10)</sup>. Qui non v'è nemmeno l'apparenza di una circostanza, dalla quale potesse cominciare a decorrere la prescrizione; perciò l'escluderla espressamente sarebbe stato per lo meno superfluo.

Nell'interdetto *Ne vis fiat aedificanti* una prescrizione avrebbe certo potuto cominciare a decorrere dalla prestazione o dall'offerta della *cautio ex operis novi nuntiatione*. Se non che l'ammettere una prescrizione per sè stante di quest'interdetto è inconcepibile, una volta che la facoltà di continuare la costruzione vietata ha anzi senz'altro per condizione, che continui a sussistere la cauzione prestata solo per un tempo determinato <sup>10 a)</sup>, e si estingue di per sè con la vittoria del denunziante nell'azione derivante da questa cauzione <sup>10 b)</sup>. Perciò anche supponendo che potesse in genere aver luogo una prescrizione negli interdetti proibitorii, è per lo meno improbabile, che

<sup>7)</sup> L. 2 cit. §§ 35 sq.

<sup>8)</sup> Vedi LENEL, *Ed. perp.*, pag. 367 § 237 sotto il num. 2.

<sup>9)</sup> Cfr. infra num. 81 alla nota 60 seg.

<sup>10)</sup> Cfr. ivi alla nota 61 a, e sulla relazione delle parole finali col *iudicium secutorium*, vedi LENEL, loc. cit., pag. 368 § 240 in fine.

<sup>10 a)</sup> L. 13 § 1. L. 2) § 14 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1.

<sup>10 b)</sup> BURCKHARD, *Continuazione di questo Commentario*, lib. XXXIX § 1673 c num. 70 (ediz. ted. I pag. 491 e seg.).

i giuristi romani sollevassero appunto a proposito di questo interdetto la questione sulla sua ammissibilità <sup>10 c)</sup>. È ben diverso rispetto alla prescrizione della *sponsio ex interdicto reddito*. Costituendo tale prescrizione la regola generale <sup>10 d)</sup>, era appunto opportuno vedere, se non si dovesse qui far luogo a un'eccezione. È infatti innegabile, che la prescrizione della *sponsio* mentre la cauzione continuava tuttavia a sussistere avrebbe prodotta un'intima contraddizione nello stato delle cose: qual facoltà avrebbe ormai garantito al denunziato la cauzione una volta avvenuta quella prescrizione? Ed ancorchè volessimo ammettere, che, a dispetto della regola, in virtù della quale non poteva venir ripetuta nemmeno l'emanazione di un interdetto proibitorio tra le stesse persone rispetto al medesimo rapporto <sup>11)</sup>, vi fosse modo di eludere in questo interdetto l'effetto consuntivo dell'*interdictum redditum* — a che la lungaggine di una nuova domanda, mentre era assai più semplice escludere la prescrizione della *sponsio*? Le ultime parole della l. 20 § 16 cit. XXXIX, 1 possono pur sempre essersi riferite già nel loro senso originario alla trasmissione attiva dell'interdetto stesso nell'erede <sup>11 a)</sup>; nulla vieta pertanto di ritenere, che ULPIANO intendesse con esse parlare della medesima facoltà, di cui il principio del passo ha probabilmente espresso la prescrittibilità, cioè della facoltà di costringere alla *sponsio ex interdicto reddito*.

Del pari inconcepibile è una prescrizione dell'interdetto *de migrando*, nel quale pure sarebbe difficile fissarne il principio. Dovrebbe questo per gli oggetti controversi introdotti non a scopo di pignorazione aver luogo con la loro introduzione? e per quelli introdotti allo scopo di pignorarli aver luogo con l'estinzione del debito della mer-

---

<sup>10 c)</sup> Come lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 122 nota 22, anche il BURCKHARD, lib. XXXIX § 1673 b (ediz. ted. I pag. 426) prima della nota 69, ritiene che la L. 20 § 16 cit. parli della imprescrittibilità dell'interdetto.

<sup>10 d)</sup> Vedi infra num. 80 alla nota 62 a.

<sup>11)</sup> Vedi infra § 1838 num. 88 in fine.

<sup>11 a)</sup> A questa le abbiamo riferite sopra § 1835 num. 12 nota 17 a pag. 66 (ediz. ted. pag. 86); e ad ogni modo parmi si possa dalla trasmissibilità nell'erede della *sponsio ex interdicto reddito* concludere per la trasmissibilità dell'interdetto stesso.

cede o rispettivamente con la *mora accipiendi* del locatore? A che dunque la dichiarazione espressa, che l'interdetto non si prescrive? Come abbiamo mostrato precedentemente <sup>12)</sup>, le parole finali della l. 1 § 6 D. *de migr.* XLIII, 32 si riferivano originariamente alla trasmissibilità nell'erede attiva e passiva della coazione alla *sponsio ex interdicto*; bisogna quindi ritenere, che a tale *sponsio* si riferisca anche la imprescrittibilità. Ed infatti la prescrizione della *sponsio* mal s'accorderebbe col continuare del diritto derivante dal contratto di locazione, in forza del quale il conduttore può domandare la libera disposizione dei mobili non introdotti a scopo di pignorazione o divenuti esenti da pegno.

Lo stesso è per la l. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4 riguardo all'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est*. Tra i requisiti di questo interdetto non v'è un impedimento già frapposto all'*immissus* nella presa di possesso delle cose ereditarie, nè una turbativa o una sottrazione del possesso di queste cose; per conseguenza non c'è da pensare, che potesse cominciare a decorrere una prescrizione dal verificarsi di una circostanza, che è affatto indifferente in rapporto al diritto di impetrare l'interdetto. Per contro abbiamo già sopra <sup>13)</sup> accennato a evidenti tracce di un'interpolazione, che ci provano anche materialmente, che questo passo in origine trattava della *sponsio ex interdicto reddito*. A che cosa avrebbe servito anche al legatario il continuare del suo diritto alla *cautio legatorum*, quando si fosse prescritta la *sponsio* derivante dall'interdetto emanato a tutela di quel diritto?

Ed ora potrà anche ammettersi come dimostrato, che nella L. 1 pr. D. *uti poss.* XLIII, 17 c'è un'interpolazione affatto simile a quella, che ammettiamo per i passi esaminati. È impossibile, che ULPIANO abbia scritto:

*neque pluris, quam quanti ea res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.*

<sup>12)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 67 alla nota 40 segg. pag. 292 (ediz. tedesca pag. 391 segg.).

<sup>13)</sup> Ivi alla nota 45 segg. pag. 295 segg. (ediz. ted. pag. 395 segg.).

Già il KELLER <sup>14)</sup> aveva dichiarato indubitabile, che qui non si parla dell'*interdictum reddere*, ma solo dell'*agere ex interdicto*. E se il KELLER con questo *agere ex interdicto* intendeva indicare espressamente anche l'ordine delle note sponsioni e restipulazioni, il RUDORFF <sup>15)</sup>, riferendo quelle parole al *iudicium Cascellianum* <sup>16)</sup>, non ha migliorato l'osservazione del KELLER. Perocchè ogniqualvolta il pretore non dice espressamente, che un'azione non deve andare al di là del semplice ammontare del *quanti ea res est* o *erit*, la limitazione a questo ammontare è sottintesa: un'azione diretta a un « *pluris, quam quanti ea res erit* » — sarebbe addirittura inaudita. Quindi a buon diritto è da ciò il LENEL <sup>17)</sup> indotto a fare l'ipotesi, che quelle parole si riferissero in origine a una *sponsio*. Nè perchè il LENEL intende per tale *sponsio* ciascuna delle due sponsioni, che erano necessarie alla continuazione del procedimento bilaterale derivante dall'*Uti possidetis*, credo possa farglisi alcuna obbiezione <sup>18)</sup>. Vero è,

<sup>14)</sup> *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI pag. 308.

<sup>15)</sup> Ivi pag. 359 segg., nota n. 142 al *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) del SAVIGNY, 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 700 *De iurisdictione edictum* § 247 sotto il num. IV.

<sup>16)</sup> Aderiscono alla sua opinione lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 257 cfr. pag. 254. Il MOMMSEN, nella sua edizione del Digesto *ad h. l.*, il BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 44 e 56 e con particolare insistenza il KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 106 segg., il quale, giusta il suo concetto dell'*Uti possidetis* (vedi sopra § 1836 a num. 39 nota 69 pag. 163 (ediz. tedesca pag. 217 seg.)), reputa affatto impossibile, che la clausola della prescrizione si riferisca alla procedura delle sponsioni. Il WITTE, *Das interdictum Uti possidetis*, pag. 149 seg., riferisce l'*intra annum* alla procedura delle sponsioni, ma vorrebbe riferire il *neque pluris, quam quanti ea res erit* al *iudicium secutorium* nell'unilaterale turbativa di possesso, cioè *ex interdicto secundario*.

<sup>17)</sup> *Ed. perp.*, pag. 379 sotto il num. 2. Vedi sopra § 1836 a num. 39 pagina 163 (ediz. tedesca pag. 218). Della stessa opinione è l'EXNER, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della Fondazione Savigny), parte rom. vol. VIII pag. 177 nota 16.

<sup>18)</sup> Lo PFERSCHE, pag. 89 seg., trova ciò strano a proposito del procedimento bilaterale, « dappoichè la provocazione poteva far seguito alla licitazione, e bastava un *ab interdicto reddito* ». Contro questa ipotesi vedi infra § 1838 c num. 94 dopo la nota 2 c messo in correlazione col § 1838 a num. 90 alla nota 47. Affatto erroneo in tutti i casi è il riferire la nostra L. 1 pr. al proibitorio secondario, come fa lo PFERSCHE, il quale opina, che questa legge

che la proposizione interpolata avrebbe potuto riferirsi anche alla *sponsio* derivante da uno degli interdetti secondarii o a tutt'e due, giacchè è per lo meno probabile, che, tanto quella doppia sponsione, quanto queste sponzioni singole si prescrivessero nel termine di un *annus utilis* <sup>18 a)</sup>. Ma in tutti i casi, e ciò solo qui importa, anche l'« *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit* » come quel « *neque pluris, etc.* » si riferisce nel suo senso originario a una sponsione derivante dall' *Uti possidetis*.

E posto tal precedente, tanto più pienamente giustificata è la nostra ipotesi sul significato originario dei passi testè esaminati, possedendo noi una testimonianza espressa della prescrittibilità per sè stante dell' *agere ex interdicto reddito* in un passo affatto esente da ogni sospetto.

PAULUS, *rec. sent.*, IV, 7, 6: *Edicto perpetuo cavetur, ut, si tabulae testamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit, quo ad exhibendum compellitur, qui supprimit etc.*

Dell'interdetto *de tabulis exhibendis* è invece detto per contrapposizione nella già citata l. 3 § 16 D. *de tab. exhib.*, XLIII, 5:

(ULP., lib. LXVIII, *ad ed.*) *Interdictum hoc et post annum competere constat, etc.*

Ora è evidente, che qui non può trattarsi dell' *actio arbitraria* fondata su quell'interdetto: quest'azione ha luogo in generale soltanto quando

---

statuisca, che a partire dalla turbativa del possesso si debba entro un anno e domandare l'interdetto e iniziar la lite per sponsione. e che essa dia così il limite di tempo indispensabile in ogni azione di turbativa del possesso. Nemmeno il proibitorio secondario, come nessun altro interdetto proibitorio, presuppone una precedente turbativa (GAIO, IV. 170); la sponsione su di esso interdetto la presuppone: perciò la prescrizione della facoltà di domandare tale sponsione può cominciare solo allorquando dopo l'emanazione dell'interdetto ha avuto luogo una violazione. Vedi infra § 1838 c num. 97 dopo la nota 71 c. Il *secundarium prohibitorium* medesimo, cioè la facoltà d'impetrarlo quando l'avversario ha tralasciato i *cetera ex interdicto*, non può, a mio parere, prescriversi; nè v'è alcuna ragione per ammettere la prescrizione del *secundarium restitutorium*. Vedi sopra § 1836 c num. 54 in fine pag. 230 (ediz. tedesca pag. 307) e infra num. 81 alla nota 62.

<sup>18 a)</sup> Vedi infra num. 81 alla nota 62 a segg.



viene invocata immediatamente dopo l'emanazione dell'interdetto<sup>19)</sup>. Quindi l'*interdicto reddito intra annum agi, quo ad exhibendum compellitur, qui supprimit* va riferito alla prescrizione del *iudicium securitorium*. E da ciò risulta ancora, che con l'*agere ex sponsione* si prescrive anche la facoltà di domandare la *sponsio*<sup>20)</sup>. Infatti se questa facoltà avesse dovuto esser fatta valere immediatamente dopo l'emanazione dell'interdetto, la sua prescrizione sarebbe altrettanto inconcepibile, quanto quella dell'*actio arbitraria*. Ma, come vedremo ben presto<sup>21)</sup>, in tutti gli interdetti imperativi la sponsione non poteva esser domandata se non dopo passata quell'udienza, nella quale era stato emanato l'interdetto. Dunque anche in quelli nulla esclude materialmente la possibilità di una prescrizione del diritto alla sponsione. Ora la prescrizione dell'*agere ex sponsione* presuppone necessariamente la perdita di quel diritto. Questa perdita, là dove è in questione la prescrizione dell'*agere ex sponsione*, non può avvenire che in due modi: o con l'adesione alla sponsione, o per prescrizione. Se la prescrizione dell'*agere ex sponsione* decorresse dall'adesione alla sponsione, non rimarrebbe da prendere in considerazione che la prima alternativa. Ma in realtà essa decorre, giusta il nostro passo, *ex interdicto reddito*: perciò si deve per lo meno ammettere accanto alla prima anche la seconda alternativa come realmente sussistente. Ora è certo evidente di per sè stesso, che la facoltà di domandare la *sponsio* in base all'interdetto *de tabulis exhibendis*, che è un interdetto imperativo, deve cominciare a prescriversi *ex interdicto reddito*, cioè contemporaneamente con la prescrizione dell'*agere ex sponsione*. Se poi ciò malgrado si prescrivesse quella in un termine minore, che non quest'ultima, sarebbe ad ogni modo inesatto il dire puramente e semplicemente, come fa il nostro testo, che dopo l'emanazione dell'interdetto si può *intra annum agere*; perocchè quando il diritto alla *sponsio* si prescrivesse in un minor termine, verrebbe necessariamente eliminato anche l'*agere ex sponsione*. E non essendovi alcuna ragione per ritenere, che questo passo sia monco, esso prova

<sup>19)</sup> GAIO, IV, 162 sq.

<sup>20)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 365 alla nota 1.

<sup>21)</sup> Vedi infra § 1838 a num. 90 alla nota 38 seg.

dunque, che anche la facoltà di domandare la *sponsio* non si prescrive che in un anno a datare dell'emanazione dell'interdetto.

Il risultato ottenuto, col provare che il principio e la fine del termine di prescrizione nella *sponsio* e nel *iudicium secutorium* coincidono, varrà prossimamente ad indicarci qual luogo occupassero nella procedura interdittale le *sponsiones ex interdicto* <sup>22)</sup>.

La precedente ricerca ci ha dunque mostrato, come nella procedura interdittale classica bisogna ben distinguere tra la prescrizione della facoltà di domandare un interdetto (prescrizione dell'interdetto stesso) e la prescrizione della facoltà di provocare una sponsione *ex interdicto reddito*, oppure di esercitare un'azione in base a questa sponsione (prescrizione della sponsione e dell'*agere ex interdicto reddito*). Non è punto necessario, che abbiano luogo ambedue le prescrizioni riguardo al medesimo interdetto; infatti, come mostrano l'interdetto *de tabulis exhibendis* e l'*Uti possidetis*, da un interdetto imprescrittibile può svolgersi un procedimento che si prescrive in breve termine, mentre in altri casi nemmeno questo procedimento ulteriore è soggetto a prescrizione.

Con lo sparire della procedura interdittale scomparve naturalmente anche questa differenza. E perciò nella compilazione di GIUSTINIANO ciò che si riferiva in origine alla provocazione, alla *sponsio* o all'*agere ex interdicto reddito*, è cancellato, come riguardo all'interdetto *de tabulis exhibendis*, ed è stato interpolato ciò che si riferisce all'interdetto o all'*actio extraordinaria*, come negli interdetti proibitorii *de via publica*, *de via publica reficienda*, *Ne vis fiat aedificanti*, *de migrando*, *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est* e nell'*Uti possidetis*. Vedremo ben presto <sup>22 a)</sup>, quale profonda modificazione del diritto materiale abbia ciò prodotto in questo ultimo interdetto.

Resta da accennare in questo luogo, come la prescrizione teodosiana dell'azione trovi naturalmente applicazione anche nelle *actiones ex causa* di interdetti imperativi imprescrittibili. Perocchè queste sono *natae* una volta per tutte col verificarsi dei loro requisiti in un dato

<sup>22)</sup> Vedi infra § 1838 a num. 90 alla nota 46 d.

<sup>22 a)</sup> Vedi infra num. 79 alla nota 43 a segg.

caso. Per contro le *actiones ex causa* di interdetti proibitorii, astrazione fatta dall'eccezione dell'*Uti possidetis*, di cui è stato sopra toccato, non soggiacciono nemmeno ora alla prescrizione: tendendo esse a un generale divieto di agire contrariamente a un determinato stato di cose, esse sorgono di bel nuovo ad ogni momento, fintantochè durano i loro requisiti.

Mentre la prescrizione della sponsione e dell'*agere ex interdicto reddito* è scomparsa nella compilazione nel modo testè descritto, si è affermata in essa una terza specie di prescrizione negli interdetti, cioè la prescrizione del diritto stesso, che dev'esser tutelato mercò l'interdetto.

Questa prescrizione interviene negli interdetti proibitorii dati a tutela del quasipossesso di *servitutes discontinuae*, nell'interdetto *de itinere actuque privato reficiendo*<sup>23)</sup>, — e in modo sommamente singolare nell'interdetto *Utrubi*.

Giusta le parole:

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

con quest'interdetto vince, com'è noto, colui che nell'ultimo anno computato a ritroso dall'emanazione dell'interdetto ha posseduto più a lungo che l'avversario, e senza vizio di fronte a questo. Di fronte a un possesso vizioso il diritto alla tutela del possesso quindi si prescrive per il precedente possessore legittimo col decorrere di un anno dall'ultimo giorno del suo possesso<sup>24)</sup>. Se poi l'avversario acquista un possesso senza vizio, la prescrizione si compie al più tardi in sei mesi a datare da questo acquisto del possesso, purchè l'av-

<sup>23)</sup> Cfr. SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 116, dove in modo non molto felice è detto: « Di una vera prescrizione non è fatta qui parola in nessun luogo », mentre è solo escluso, che si parli della « prescrizione dell'azione ». Cfr. sopra § 1837 a num. 73 pag. 348 (ediz. ted. pag. 465) alla nota 25 segg. e infra num. 78 nota 33.

<sup>24)</sup> Cfr. L. 156 D. de V. S., L. 16: (*Licinius Rufinus* lib. X *regularum*) « Maiore parte anni » *possedit* quis *intellegitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit* ».

versario, o il suo avente causa, rimanga costantemente nel possesso acquistato <sup>25)</sup>). Però se la durata del possesso valevole pel precedente possessore non arriva nemmeno mercè l'*accessio possessionis* a sei mesi interi, la prescrizione è già spirata nel momento in cui il possessore attuale personalmente o in forza dell'accessione può far valere per sé una durata di possesso un po' più lunga.

Finalmente troviamo una prescrizione corrispondente alla prescrizione del diritto stesso tutelato da un interdetto nei due interdetti popolari dati a tutela del corso di fiumi pubblici <sup>25 a)</sup>). Il diritto del pubblico al mantenimento del corso dell'acqua, in quanto esso può esser fatto valere da privati mercè quest'interdetto, è prescritto allorchè il cambiamento illecito del corso dell'acqua è esistito durante l'estate dell'anno precedente <sup>25 b)</sup>).

Però una differenza essenziale tra questo caso e i casi della tutela interdittale della *iuris quasi possessio* di servitù discontinue sta in ciò, che in esso incombe all'attore l'asserzione e la prova, che il corso delle acque è stato cambiato dall'impetrato di fronte all'estate dell'anno precedente, mentre in questi ultimi interdetti è viceversa l'impetrato che deve affermare e, ove occorra, provare che l'esercizio

---

<sup>25)</sup> GAIUS, IV, 152: *Annus autem retrorsus numeratur. itaque si tu verbi gratia VIII mensibus possederis prioribus, et ego VII posterioribus, ego potior ero, quod trium priorum mensium possessio nihil tibi in hoc interdicto prodest, quod alterius anni possessio est.*

<sup>25 a)</sup> Riguardo all'interdetto proibitorio vedi L. 1 pr. D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13 (ULP. lib. LXVIII ad ed.): *Ait praetor: In flumine publico in ve ripa eius facere aut in flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto; — riguardo al restitutorio ivi § 11: Deinde ait praetor: Quod in flumine publico ripamve eius factum sive quid in (id ins. M.) flumen ripamve eius immisum habes, si ob id aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit, restituis.*

<sup>25 b)</sup> L. 1 cit. § 8: *Is autem hoc interdicto (il proibitorio) tenetur, qui aliter fecit fluere, quam priore aestate fluxit. et idcirco aiunt praetorem priorem aestatem comprehendisse, quia semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius (potius del. HAL.) quam hieme. nec ad instantem aestatem, sed ad priorem interdictum refertur, quia illius aestatis fluxus indubitator est. aestas ad aequinoctium autumnale (autumnale del. M.) refertur. et si forte aestate interdicetur, proxima superior aestas erit intuenda: si vero hieme tunc non proxima (a ins. M.) hieme aestas, sed superior erit inspicienda.*

delle servitù in questione appartiene a un'epoca troppo remota, perchè ne sia ammissibile l'attuale tutela <sup>25 c)</sup>.

78. Il termine di prescrizione di un anno per la domanda dell'interdetto è *tempus utile* nell'interdetto *de vi non armata*.

L. 1 § 39 D. *de vi*:

(ULP., lib. LXIX *ad ed.*). *Annus in hoc interdicto utilis est* <sup>26)</sup>.

Lo stesso risulta rispetto al termine di prescrizione per gli interdetti *fraudatorium* e *Quod vi* giusta la formula editale, che pel primo ci è stata trasmessa <sup>27)</sup>, e pel secondo si può con sicurezza completare <sup>28)</sup>:

*si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est* <sup>29)</sup>.

E il termine nel *fraudatorium* decorre dal giorno dell'avvenuta *venditio bonorum*.

L. 10 § 18 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8:

(ULP., lib. LXXIII, *ad ed.*). *Annus huius in factum actionis* (originariamente: *huius interdicti*) *computabitur ex die venditionis bonorum* <sup>30)</sup>.

<sup>25 c)</sup> Vedi sopra § 1837 a num. 73 pag. 348 (ediz. tedesca pag. 465).

<sup>26)</sup> Secondo la nota 24 alla L. 2 Cod. *unde vi*, VIII, 4 della edizione dell'HERRMANN (Kriegel) il Cod. *Veronensis* nella copia del BLUHME (Prefazione pag. XV) di cui si è servito l'HERRMANN, legge in quel passo: « *si necdum utilis annus excessit* ». I *Codicis Justiniani fragmenta Veronensia* del KRÜGER, p. 56 col. 1 v. 24, hanno invece « *si necdum annus excessit* », come si trova anche nell'edizione del KRÜGER. Bisognerà dunque ammettere un errore del BLUHME o dell'HERRMANN, e quel passo non potrà valere come ulteriore prova della *utilis computatio* della prescrizione dell'interdetto.

<sup>27)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8 (vedi sopra num. 77 alla nota 2 pag. 366 (ediz. ted. pag. 490)).

<sup>28)</sup> L. 1 pr. D. *quod vi*, XLIII, 24 messo in correlazione con la L. 15 §§ 4-6 *cod.* Cfr. num. 77 nota 3 pag. 367 (ediz. ted. pag. 490).

<sup>29)</sup> Cfr. L. 1 D. *de div. temp. praescr.*, XLIV, 3.

<sup>30)</sup> Cfr. L. 6 § 14 *cod.* (ULP. lib. LXVI *ad ed.*) della *Pauliana*: *Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis (sc. bonorum)*, e su di questa SCHEY, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto) vol. XIII pag. 154 segg. — Di diverso parere lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 120, il quale partendo da un concetto fondamentalmente diverso dell'*interdictum fraudatorium*, non riferisce la L. 10 § 18 cit. a questo interdetto: egli ne fa cominciare la prescrizione con l'atto fraudolento.

Nell'interdetto *Quod vi aut clam* la prescrizione comincia col compimento dell'*opus* o col cessare dal lavorarvi.

L. 15 § 4 D. *quod vi*, XLIII, 24 :

(ULP., lib. LXXI, *ad ed.*). *Et post annum non competit. annus autem oedere incipit, ex quod id opus factum perfectum est aut fieri desit, licet perfectum non sit: alioquin si a principio operis coepta annum quis numeret, necesse est, cum his, qui opus tardissime facerent, saepius agi.*

Nell'*Unde vi* non ci vien detto quale sia il giorno del principio della prescrizione; ma senza alcun dubbio è il giorno in cui è stata compiuta la delezione.

Era computata *utiliter* anche la prescrizione di un anno per la stipulazione delle sponzioni in base all'*Uti possidetis*.

L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17: *intra annum, quo primum experiri potestas fuerit* <sup>31)</sup>.

Certamente un tal computo aveva luogo in tutti quei casi, in cui il procedimento per sponzione sottostava a quella breve prescrizione, per es. nell'interdetto *de tabulis exhibendis*.

Negli interdetti imperativi la prescrizione della sponzione comincia a decorrere immediatamente dall'emanazione dell'interdetto: in questo momento si hanno tutti i requisiti della sponzione. Non così negli interdetti proibitorii: qui solo il verificarsi di un atto contrario al divieto fonda la possibilità di venire alla sponzione *an aliquid adversus edictum praetoris factum sit*, quindi la prescrizione della sponzione può cominciare solo da una violazione del divieto. Una particolarità in questo riguardo presentano gli *interdicta duplicia*, che sono tutti proibitorii. La doppia sponzione necessaria alla continuazione del procedimento bilaterale presuppone, che da ambedue i lati sia avvenuto qualche cosa, che l'avversario possa designare come *vis adversus edictum*: la prescrizione della *sponsio* non può cominciare prima che questa *vis* sia eseguita anche dalla parte che fa questo atto per ultima. E là dove, come nell'*Uti possidetis*, pel proseguimento della procedura bilaterale è richiesta ancora

<sup>31)</sup> Vedi sopra num. 77 alla nota 14 segg.

qualche altra cosa tra la *vis* bilaterale e la doppia sponzione, cioè la *fructus licitatio* e la prestazione della cauzione da parte del maggior offerente <sup>31 a)</sup>, la prescrizione della *sponsio* naturalmente non può cominciare a decorrere se non dal verificarsi di quei requisiti <sup>31 b)</sup>.

Con lo sparire dell'antica procedura interdittale il contenuto del *iudicium secutorium*, il quale per l'addietro aveva seguito immediatamente la stipulazione delle sponzioni <sup>31 c)</sup>, fu trasferito nell'*actio extraordinaria ex causa interdicti*. Per conseguenza si applica ora la *utilis computatio* per la parte dell'*actio extraordinaria ex causa* dell'*Ut i possidetis* soꝛgiacente alla prescrizione annuale, la quale per l'addietro nel *iudicium secutorium* era stata perseguita sia in base al procedimento bilaterale, cioè col *Cascellianum* o col *fructuarium*, sia in base d'uno degli *interdicta secundaria*. Questo è il significato delle parole della l. 1 pr. D. *uti poss.*, XLIII, 17 da noi più volte riferite:

*intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.*

Veniamo ora al termine di prescrizione per i diritti stessi tutelati da interdetti.

La maggior parte degli interdetti, che van qui presi in considerazione, richieggono giusta la formula stabilita nell'editto un esercizio « *hoc anno* » —; e quest'anno si computa risalendo dal giorno dell'*interdictum redditum*.

L. 1 § 3 D. *de it. actiug. priv.*, XLIII, 19:

(ULP., lib. LXX, *ad ed.*). *Annui temporis spatio conclusit usum. annum ex die interdicti [editi ins. M.] retrorsum computare debemus.*

Ma si computa l'anno anche qui *utiliter* come nella prescrizione dell'interdetto *Unde vi*, la cui formula ha del pari il semplice « *hoc anno* »? Bisogna certamente ritenere che no. Imperocchè per

<sup>31 a)</sup> Vedi infra § 1838 c num. 95 in fine.

<sup>31 b)</sup> Vedi ivi e sopra § 1836 a num. 39 p. 160 seg. (ediz. ted. p. 218 seg.).

<sup>c)</sup> Vedi infra § 1838 b num. 93 alla nota 58 a e num. 91 alla nota 8 a.

quanto sia vero « che i giuristi romani consideravano l'*utile tempus* come inseparabilmente collegato con le prescrizioni di azioni di un anno o ancora più brevi, sia che questa disposizione accessoria fosse espressa o no ogni volta nell'editto » <sup>32)</sup> — è pure innegabile, che qui non si tratta punto della prescrizione di una azione interdittale, ma si tratta invece di questo fatto, che il diritto stesso, che sarebbe stato al bisogno protetto mercè un interdetto, si estingue non appena dall'esercizio che fonda questo diritto è decorso un anno, — e ciò senza guardare, se entro quest'anno vi sia stato o no motivo di domandare l'interdetto. E appunto perciò manca qui totalmente la possibilità di computare l'anno *ex quo primum experiundi potestas erat* <sup>33)</sup>: non resta quindi che misurarlo semplicemente secondo il calendario.

Certo ciò può avere nell'interdetto *de itinere actuque privato* lo strano effetto, che il diritto ad un ulteriore esercizio sia prescritto nello stesso momento, nel quale era sorto. Infatti quel diritto nasce, tostochè l'esercizio della servitù è stato praticato in 30 giorni diversi entro lo spazio di un anno naturale <sup>34)</sup>; la sua prescrizione comincia, ove esso sia stato fondato dall'esercizio di altri 29 giorni dello stesso anno, col primo giorno del suo esercizio. Se ora immaginiamo come giorno in cui comincia l'esercizio il 1.º gennaio, e come trentesimo ed ultimo giorno il 31 dicembre dello stesso anno, il requisito dell'interdetto verrebbe a mancare già il 1.º gennaio dell'anno seguente. Però di fronte a questo risultato innegabilmente strano non dobbiamo dimenticare, che questo interdetto è stato creato per servitù di passaggio, il cui esercizio può ripetersi con estrema facilità. Perciò si devono dare delle circostanze affatto straordinarie, perchè da una parte gli atti di esercizio necessari abbraccino lo spazio di un anno intero, o anche solo la maggior parte di un anno, e dall'altra parte dopo il decorso di un anno non abbiano luogo nuovi atti di esercizio che collegati coi precedenti mantengano o fondino di bel nuovo il

<sup>32)</sup> SAVIGNY, *System*, vol. IV pag. 428.

<sup>33)</sup> Questo è quello che vuole intendere lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 116, quando dice che qui naturalmente non si può parlare di un *tempus utile*.

<sup>34)</sup> L. 1 § 2 D. *de it. actuoq. priv.*, XLIII, 19.



diritto all'esercizio ulteriore. Oltredichè contro la perdita del diritto d'impetrare l'interdetto vien data una *restitutio in integrum*, semprechè tal perdita derivi da sousabile impedimento ad ulteriori atti di esercizio <sup>35)</sup>.

Per contro l'applicazione della *computatio utilis* in quegli interdetti, che richiedono soltanto un atto di esercizio nell'ultimo anno porterebbe con sè la conseguenza, certo punto desiderata, che, in base di un solo atto di esercizio eseguito molti anni prima, potrebbe esser domandato l'interdetto, solo che in tale intervallo non si sia avuto motivo d'impetrarlo.

Vien senza alcun dubbio computato *continus* il termine di prescrizione del diritto all'interdetto *de aqua aestiva* e all'interdetto *de rivis* in quanto quest'ultimo si riferisce a un acquedotto per *aqua aestiva*. A tenore delle formule dell'interdetto stabilite nell'editto « *Uti priore aestate aquam duxisti* » <sup>36)</sup>; — « *uti — priore aestate — a te duxit* » <sup>36 a)</sup> l'atto di esercizio deve essere eseguito nel penultimo semestre d'estate, cioè tra il penultimo equinozio di primavera e il penultimo equinozio di autunno; il termine più breve decorre quindi da questo giorno fino al giorno che precede il secondo equinozio di primavera successivo, per es., dal 20 settembre 1886 fino al 20 marzo 1888. Una *computatio utilis* è per conseguenza esclusa già per questa ragione, che il termine computato *continus* è per lo meno di un anno e mezzo.

L. 1 §§ 32 segg. D. *de aqua cott.*, XLIII, 20:

(ULP., lib. LXX, *ad ed.*) § 32: *Aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et finire aequinoctio autumnali: et ita senis mensibus aestas et hiems dividitur.* § 33: *Priorem aestatem ex comparatione duarum aestatum accipi.* § 34: *Propter hoc, si aestate interdicam, nonnunquam annum et sex menses continere: quod ita contingit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur: et proinde, si hieme interdicatur, etiam in biennium haec res extendetur.*

<sup>35)</sup> L. 1 cit. §§ 9 sq. (vedi infra § 1838 num. 86 alla nota 73).

<sup>36)</sup> L. 1 § 29 D. *de aqu. cott.* XLIII, 24.

<sup>36 a)</sup> L. 1 pr. D. *de riv.*, XLIII, 25.

Una norma analoga vale naturalmente per l'interdetto utile per l'*aqua hiberna* <sup>36 b)</sup>; e così pure pei due interdetti popolari tendenti al mantenimento del corso dell'acqua di fiumi pubblici, in quello stato in cui esso era nell'estate dell'anno precedente <sup>36 c)</sup>.

Finalmente è ovvio, che il termine pel diritto all'*Utrubi* è computato *continue*: esso poggia sul confronto della durata del possesso delle due parti nell'ultimo anno; qui una *computatio utilis* è inconcepibile.

79. Lo SCHMIDT <sup>37)</sup> rigetta come assolutamente impossibile la questione posta da taluni, se l'effetto della prescrizione di un interdetto sia la perdita del diritto stesso tutelato dall'interdetto, o soltanto la perdita della tutela interdittale, cioè, per serviroi dell'espressione del SAVIGNY <sup>38)</sup>, se tale effetto sia il più forte o il più debole. Lo SCHMIDT afferma, che è l'interdetto che produce l'obbligazione; che il non essere ancora trascorso un determinato periodo di tempo acconcio alla richiesta dell'interdetto è una delle condizioni necessarie perchè nasca l'obbligazione. Se quel tempo è trascorso, egli osserva, non si può dire che l'obbligazione cessi più o meno completamente di esistere: non ne nasce alcuna.

Senonchè, come mostreremo più tardi <sup>39)</sup>, riguardo al tempo in cui gli interdetti erano stabiliti nell'editto, e più ancora dacchè la *lex Cornelia* dell'anno 687 u. c. aveva vincolato i pretori ai loro editti giurisdizionali, non è punto vero, che i rapporti posti sotto la tutela di interdetti divenissero rapporti *giuridici* soltanto in forza dell'emaneazione formale di un interdetto in un dato caso: essi lo erano già senz'altro non appena esistessero i requisiti edittali per la facoltà di domandare l'interdetto. Per conseguenza anche i rapporti obbligatorii tutelati mediante un interdetto esistono come tali già prima dell'e-

---

<sup>36 b)</sup> L. 1 cit. § 35. — Nell'interdetto utile per acquedotto dell'ultima estate (L. 1 cit. § 36) non si può parlare di una prescrizione: se quest'interdetto non viene impetrato prima che sia decorso il successivo semestre d'inverno, ha subito applicazione l'interdetto edittale *de priore aestate*.

<sup>36 c)</sup> Vedi sopra num. 77 alla nota 25 a segg.

<sup>37)</sup> Loc. cit., pag. 120 seg.

<sup>38)</sup> *System*, vol. V pag. 366 segg.

<sup>39)</sup> § 1839 a num. 117.

manazione dell'interdetto, e così anche i diritti di credito, che debbono essere fatti valere per mezzo di quei tre interdetti, la prescrizione dei quali ci è attestata dalle fonti: essi scaturiscono direttamente dalla deiezione, dal *vi aut clam factum*, dalla frode perpetrata in danno dei creditori. Perciò la questione esclusa dallo SCHMIDT sull'influenza della prescrizione dell'interdetto su questi diritti di credito è altrettanto giustificata, come la questione sull'effetto della prescrizione dell'azione sui diritti di credito in generale. S'intende però che non è qui il luogo di esaminare quella questione.

E come il rapporto tutelato da un interdetto non diviene rapporto giuridico solo con l'emanazione dell'interdetto, così non possiamo scorgere alcuna ragione per ritenere, che ogni rapporto tutelato da un interdetto sia un'obbligazione. Al contrario noi reputiamo, che questo rapporto conservi anche dopo l'emanazione dell'interdetto precisamente la stessa indole giuridica, che aveva prima. Ciò vale specialmente pel possesso e quasi-possesso tutelati da interdetti<sup>40)</sup>. In questo luogo basterà osservare, che noi consideriamo quei rapporti col BEKKER<sup>41)</sup> e con Gustavo HARTMANN<sup>42)</sup> come diritti reali.

Per conseguenza anche l'effetto della prescrizione sul diritto *ex interdicto reddito* negli interdetti imperativi si determina secondo la natura giuridica del rapporto tutelato dall'interdetto; questo diritto è infatti appunto quello medesimo, di cui l'interdetto stesso comanda il soddisfacimento. E precisamente lo stesso deve valere riguardo alla prescrizione di trenta o di quaranta anni delle azioni *ex causa* di interdetti imperativi. È a questo riguardo affatto indifferente, che si consideri il contenuto di queste azioni come quello degli antichi interdetti stessi, o come quello dei *iudicia secutoria* ovvero *arbitraria*

<sup>40)</sup> Vedi ivi dopo la nota 42.

<sup>41)</sup> *Aktionen*, vol. II pag. 370. *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), pag. 362 segg.

<sup>42)</sup> *Rechte an eigener Sache* (Diritti su cosa propria), n. VI pag. 61, nei *Jahrbücher* (Annali) di JHERING, vol. XVII pag. 118. — Per prevenire un malinteso faccio notare espressamente, che qui non si parla del quasipossesso in generale, per es. non si parla anche del quasipossesso di un diritto di decima, o di un diritto di caccia, ma soltanto di quello che è in diritto romano tutelato da interdetti, cioè del quasipossesso di servitù, superficie, enfiteuai.

basati su interdetti emanati: i due contenuti coincidono perfettamente. Perciò anche oggi, per es., il diritto tutelato con l'azione *ex causa del Quorum bonorum* si palesa affatto della stessa specie che quello che vien fatto valere mediante l'*hereditatis petitio*, quindi nel suo contenuto essenziale, cioè astrazione fatta dalle cosiddette *personales praestationes*<sup>43)</sup>, come un diritto non d'obbligazione; il rapporto di diritto successorio, che è fondamento di ambedue quei mezzi di tutela giuridica, continua a sussistere nonostante la prescrizione di quei mezzi di tutela. Invece l'interdetto *de tabulis exhibendis* e molti altri fanno valere dei puri diritti d'obbligazione; e su questi diritti la prescrizione delle *actiones extraordinariae ex causa interdicti* che li tutelano esercita lo stesso effetto, che esercita in generale la prescrizione dell'azione sui diritti di credito.

Per contro negli interdetti proibitorii non nasceva un diritto perseguibile mercè l'*agere ex interdicto* se non da una violazione del divieto espresso in generale nell'interdetto, e il diritto si limitava al risarcimento del danno cagionato da quella singola violazione. Per conseguenza la prescrizione di questo diritto non poteva avere alcuna influenza sulla forza del divieto generale: ciò che si prescriveva era unicamente quel diritto al risarcimento. E tal diritto si palesa sempre per natura sua per un puro diritto di obbligazione: dalla violazione del divieto l'autore della violazione veniva obbligato al risarcimento dei danni; la prescrizione del diritto aveva quindi lo stesso effetto che la prescrizione di un credito.

Ora GIUSTINIANO, come abbiamo veduto<sup>43 a)</sup>, ha trasferito la prescrizione annuale della *sponsio* dell'*Uti possidetis* all'azione *ex causa* di quest'interdetto. Egli non può avere inteso con ciò, che il diritto a risarcimento per ciascuna turbativa di possesso debba prescriversi

---

<sup>43)</sup> Tra le *personales praestationes* bisogna porre nel *Quorum bonorum*, oltre la responsabilità pel *dolo desistisse possidere*, l'obbligo del convenuto di consegnare le cose ereditarie usucapite *pro herede*. Cfr. sopra § 1835 a num. 19 alla nota 67 a pag. 97 (ediz. tedesca pag. 128). — La differenza tra la *mala fides* e la *bona fides* del convenuto rispetto alle *personales praestationes*, così importante per l'*hereditatis petitio*, non ha punto bisogno d'esser rilevata nel *Quorum bonorum*. Vedi infra § 1838 e num. 103 tra le note 21 e 22.

<sup>43 a)</sup> Vedi sopra num. 77 pag. 375 (ediz. tedesca pag. 501) alla nota 22 a.

entro il termine di un anno; perocchè per una turbativa di possesso appartenente totalmente al passato non nasceva mai un diritto dall'*Uti possidetis*, nè in generale un interdetto proibitorio rende l'impetrato responsabile di un atto, che ha avuto luogo prima della sua emanazione <sup>43 b)</sup>: dunque in seguito a una tale turbativa di possesso non si aveva nulla, che potesse sottostare alla prescrizione. Solo in tanto poteva l'*Uti possidetis*, come altri interdetti proibitorii, retroagire sul passato, in quanto prima della sua emanazione un atto dell'impetrato avesse prodotto uno stato di cose, la cui continuazione dopo tale emanazione apparisse contraria al divieto <sup>43 c)</sup>. E solo in questi ristretti limiti può quindi anche far ciò l'*actio extraordinaria ex causa dell'Uti possidetis*. Adunque soltanto il diritto che questo stato di cose sia fatto cessare, perseguibile con questa azione, può essere quello che ora secondo la disposizione di GIUSTINIANO si prescrive entro un anno. E anche per esso è indispensabile un'ulteriore limitazione. Un tale stato di cose può infatti verificarsi in due forme diverse: in primo luogo come assetto durevole, che menoma la facoltà di disporre della cosa, che il possessore ha avuto finora, ma non l'impedisce interamente, in secondo luogo come presenza del possesso in colui che possiede *vittio* dal primo possessore.

Per questo secondo caso della turbativa del possesso mercè la permanenza della *vittiosa possessio*, come vedremo tra breve <sup>43 d)</sup>, la prescrizione annuale è esclusa anche presso GIUSTINIANO: essa vale unicamente pel caso della turbativa di possesso mediante una disposizione di cose stabile. Quindi se questa disposizione è durata un anno senza essere impugnata in giudizio, essa ora non può più venire impugnata con un'azione possessoria; invece l'*Uti possidetis* del diritto classico poteva farla cessare anche dopo un anno, purchè fosse diretto contro colui che l'aveva prodotta.

Finalmente l'effetto della prescrizione del diritto alla tutela giuridica nel quasipossesso di servitù discontinue non può essere che la

<sup>43 b)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 61 pag. 265 segg. (ediz. ted. pag. 354 segg.).

<sup>43 c)</sup> Vedi ivi num. 63 pag. 276 segg. (ediz. ted. pag. 369 segg.).

<sup>43 d)</sup> Vedi infra num. 80 pag. 389 (ediz. ted. pag. 522).

completa estinzione del diritto prescritto con tutti i suoi effetti <sup>43 e)</sup>, appunto come l'effetto del *non usus* pel diritto di tali servitù. Perocchè il diritto di questo quasipossesso, che prende corpo non in uno stato di cose durevole, ma unicamente in singoli atti di esercizio, non ha come tale alcun altro contenuto, se non la pretesa di eseguire liberamente anche per l'avvenire tali atti di esercizio della servitù in base a quelli eseguiti per lo passato. Quindi non appena gli atti di esercizio anteriori non giustificano più tale pretesa, il diritto del quasipossesso è perciò appunto estinto. Per conseguenza logica anche l'usucapione di una servitù discontinua deve rimanere interrotta, non appena per troppo lungo non esercizio della servitù il futuro esercizio di questa vien ad esser privo di tutela giuridica. In altri termini, per l'usucapione di una servitù discontinua di questa specie, che ogni anno può essere esercitata quante volte si vuole, è necessario, che per ogni anno del tempo dell'usucapione venga provato almeno un atto non vizioso di esercizio, la cui distanza dal susseguente atto di esercizio non deve raggiungere un intero anno. Imperocchè il quasipossesso, che qui, come s'è detto, non consiste in uno stato durevole, ma in singoli atti di esercizio, può considerarsi come perdurante senza interruzione per tutto il tempo dell'usucapione soltanto in questo senso, che esso in nessun momento è rimasto privo della tutela interdittale. Se l'esercizio della servitù può bensì aver luogo ogni anno, ma solo per scopi circoscritti in determinati limiti di tempo, come, ad esempio, per l'assetto dei campi e per la raccolta, allora basta che possa venir provato un atto d'esercizio per ogni anno del tempo dell'usucapione, ancorchè i singoli atti provati distino l'uno dall'altro di più di un anno di calendario, per esempio una raccolta (del grano d'inverno) sia stata fatta alla fine di luglio, l'altra (del grano d'estate) alla fine dell'agosto dell'anno seguente: perocchè in questo caso, applicando per analogia l'interdetto *de aqua aestiva* <sup>43 f)</sup>,

<sup>43 e)</sup> IHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sulla ragione della tutela del possesso) 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 177 segg. Lo stesso, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (Amenità e serietà nella giurisprudenza) pag. 290 alla nota 1 e pag. 327 seg. nota 13.

<sup>43 f)</sup> Cfr. sopra num. 78 pag. 382 (ediz. ted. pag. 510).

il quasi possesso fondato dal primo atto verrebbe pur sempre tutelato, se, per esempio, la ripetizione, che si vuol effettuare alla fine dell'agosto dell'anno seguente, fosse impedita dall'avversario. Non c'è bisogno di indugiarsi a dimostrare come, là dove l'usucapione ordinaria di una servitù discontinua non può aver luogo, perchè non vien dimostrato l'esercizio annuo, già per questa ragione non si può parlare nemmeno di un'usucapione straordinaria. È invece ammissibile malgrado quella circostanza la prescrizione immemorabile: a provar questa basta convincere il giudice, che l'esercizio della servitù, di cui è questione, ha avuto luogo a memoria d'uomo in tutti i casi adatti; e questa convinzione può benissimo esser fondata senza che venga dimostrato un atto di esercizio in ogni anno del tempo dell'usucapione<sup>43 g)</sup>; qui nulla importa l'esistenza di una tutela del possesso.

Ciò che è stato detto sull'effetto della prescrizione del quasipossesso nelle servitù discontinue vale anche per l'interdetto petitorio *de itinere actusque privato reficiendo*: il quasipossesso delle servitù di passaggio si estingue col cessare del diritto alla tutela giuridica. S'intende però di per sè, che il diritto stesso della servitù di passaggio continua ciononostante a durare fino a che non si estingua per *non usus*; perocchè questo diritto contiene l'autorizzazione — affatto indipendente dal cessare del diritto alla tutela interdittale —

---

<sup>43 e)</sup> Così viene osservato nella pratica della provincia di HANNOVER. Qui secondo la sentenza pregiudiziale III della Corte d'Appello (*Ober Appellationsgericht*) di CELLE del 31 marzo 1842 per l'usucapione di una servitù discontinua, che per la sua natura può esser esercitata ogni anno, è richiesta la prova di un atto di esercizio di ciascun anno del tempo dell'usucapione; dove non è possibile fornire tale prova, si ricorre alla prescrizione immemorabile. — Non si può certo a favore di tal metodo addurre le norme del diritto romano. Perocchè sebbene questo diritto ammetta la prescrizione immemorabile precisamente in quei rapporti, che in esso non partecipano alla tutela del possesso, però, a quanto io veggo, si tratta ovunque di uno stato di cose, non della ripetizione di un atto d'esercizio. Ciò è fuor di dubbio per le costruzioni, di cui è menzione nella L. 1 § 23; L. 2 pr. §§ 1, 3, 4, 5, 7, 8 D. *de aq. et aq. pl.*, XXXIX, 3; ma anche nelle *viae vicinales* della L. 3 pr. D. *de loc. et itin.*, XLIII, 7 è questione di *opere* stradali e nella L. 26 D. *de aq. et aq. pl.*, XXXIX, 3; L. 3 § 4 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20 e L. 7 Cod. *de serv.*, III, 34 di acquedotti parimenti nel senso di costruzioni. Cfr. BRINZ, *Pandekten* 2.<sup>a</sup> ediz. vol. I pag. 641 seg.

ad esercitarlo liberamente, senza punto guardare se abbia già avuto luogo un atto di esercizio.

Nello stesso modo che il quasipossesso delle servitù discontinue cessa completamente con la sua prescrizione, così si estingue pure pienamente con la sua prescrizione il diritto pubblico al mantenimento del corso dell'acqua in quello stato, in cui era nell'estate dell'anno precedente, in quanto quel diritto è tutelato da interdetti popolari. Tuttavia s'intende di per sè, che resta libero alle autorità amministrative competenti il ripristinare quello stato in via amministrativa.

Finalmente l'effetto della prescrizione del diritto di possesso tutelato con l'*Utrubi* si scorge facilmente quale debba essere. Anche questo diritto di possesso non consisteva in generale in niente altro, se non nel diritto di riacquistare per mezzo dell'interdetto il rapporto di dominio di fatto sulla cosa controversa, e insieme, in certi dati casi, nella prospettiva di affermare liberamente per mezzo del medesimo interdetto il possesso riacquistato entro un anno dalla sua prima perdita, in forza dell'aggiunta del tempo del possesso anteriore. Quel diritto è ormai eliminato; se questa prospettiva non si realizza, il diritto di possesso è dunque andato perduto.

80. Secondo la L. 4 D. h. t.:

(PAUL, lib. LXVII *ad ed.*). *Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum* SABINUS *respondit* —

avvenuta la prescrizione di un interdetto doveva esser dato un *iudicium* sull'arricchimento dell'avversario.

Così troviamo stabilita nell'editto un'*actio* pel caso della prescrizione dell'*interdictum fraudatorium* <sup>41</sup>).

L. 10 § 24 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8:

(ULP., lib. LXXIII *ad ed.*). *Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit; iniquum enim*

---

<sup>41</sup>) Ciò risulta dalle parole « *iniquum enim PRAETOR putavit* ». LENEL, *Ed. perp.*, pag. 399 nota 1.



*praetor putavit in luoro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco luorum ei extorquendum putavit. sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quicvis, competit actio in id, quod ad eum pervenit dolo malo eius factum est, quo minus perveniret.*

Al *pervenire* è espressamente parificato il *dolo malo fecisse, quo minus perveniret*.

Era inoltre promessa un'*actio* pel caso della deiezione.

VAT. FRAGM. § 312:

(*Divi DIOCLETIANUS et CONSTANTIUS Aurelio Onesimo*) — *unde aditus praeses provinciae si de possessione te pulsus animadvertit, nec annus excessit, ex interdicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel, si hoc tempus finitum est, per formulam promissam*<sup>44 a)</sup> (a. 293).

Senza dubbio è a questa *actio* che si riferiva la clausola finale dell'editto assai malamente interpolata nella L. 1 pr. D. *de vi*, XLIII, 16 sull'interdetto *Unde vi non armata*:

*post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.*

Qui non si parla punto di una estensione della responsabilità anche al *dolo malo fecisse, quo minus perveniret*; una tale estensione infatti renderebbe illusoria tutta la prescrizione dell'interdetto<sup>45</sup>).

L'interdetto *de vi armata* non si prescriveva; per conseguenza non poteva esservi la necessità di un'*actio* pel caso della sua prescrizione. Perciò le parole finali della L. 3 § 12 *de vi*, XLIII, 16:

ULP., lib. LXIX *ad ed.*) — *et post annum reddetur (sc. interdictum de vi armata) in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit*<sup>45 a)</sup> (*deiecitve ins. M.) unde (del. M.) vi* —

<sup>44 a)</sup> Cfr. L. 17 Cod. *de A. B. et V.*, IV, 49: (DIOCLET. et MAXIM.) — *igitur ad instar interdicti seu actionis promissae experiendum esse perspiciatis.*

<sup>45)</sup> Sul *dolo fecisse quo minus possideretur*, vedi sopra § 1838 num. 58 alla nota 19 pag. 253 (ediz. ted. pag. 337).

<sup>45 a)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit., vuol rimpiazzare il *prohibuit* con *deiecit*; egli crede, che questa parola sia venuta per isbaglio nel testo per un errore del-

si palesano per un'interpolazione, che ha per iscopo di parificare l'interdetto *de vi armata* all'ordinario interdetto *de vi* <sup>46)</sup>. Non può quindi scorgersi con lo SCHMIDT <sup>47)</sup> in quelle parole una prova per ritenere, che l'azione contro il deiciente circa il suo arricchimento rivestisse la forma dell'interdetto. Certo un appoggio migliore per l'opinione dello SCHMIDT sembrerebbe la L. 7 § 5 D. *comm. div.*, X, 3:

(ULP., lib. XX *ad ed.*). JULIANUS scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi, etc.

Ora noi troviamo, che nella *vis armata* l'interdetto aveva senz'altro luogo *post annum*; il nostro passo quindi, che nella sua continuazione stabilisce l'esclusione dell'*arbitrium communi dividundo* per ogni specie di acquisto vizioso del possesso ammettendo uno speciale mezzo giuridico contro l'*iniustus possessor* <sup>48)</sup>, non poteva fare a meno di nominare l'interdetto *de vi armata*. E se esso nominava inoltre, come io sarei propenso a ritenere, un'*actio in factum* pel caso della *vis non armata*, è perfettamente concepibile, che i compilatori, che dovevano far scomparire la differenza dei mezzi di tutela contro la *vis*, abbiano fuso il tutto nella forma del testo attuale: già l'interdetto, nel senso in cui essi l'intendevano, non era altro che un'*actio in factum*.

Vedremo più avanti <sup>49)</sup>, che pel diritto classico l'aver luogo per l'arricchimento un *interdictum utile* o un'*actio in factum* non portava con sè semplicemente una differenza formale.

La prescrizione *teodosiana* delle azioni vale naturalmente anche per le azioni di arricchimento in discorso.

---

l'amanuense dal § 13 o 14, dove si parla dell'interdetto *Si uti frui prohibitus esse dicetur*.

<sup>46)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 376 sotto il num. 2 in fine.

<sup>47)</sup> Loc. cit., pag. 121.

<sup>48)</sup> Alle parole riferite nel testo fanno seguito le proposizioni: *et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.*

<sup>49)</sup> Vedi infra § 1839 num. 115. Cfr. anche § 1837 num. 66 alla nota 26 segg. pag. 289 (ediz. ted. pag. 386 seg.).

La norma, che dopo la prescrizione dell'interdetto doveva darsi un *iudicium* per l'arricchimento, non si riferiva al procedimento delle sponzioni e al *iudicium secutorium*: se questo era prescritto, non aveva più luogo un procedimento neppure per l'arricchimento.

Nella compilazione l'*actio extraordinaria ex causa interdicti*, l'interdetto nel senso di GIUSTINIANO, ha accolto in sè il contenuto dell'antico *iudicium secutorium*. Ora per conseguenza quella norma:

*Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum* —

deve valere anche pel contenuto dell'antico *iudicium secutorium*. Quindi l'effetto recuperatorio dell'*Uti possidetis*, semprechè continui il possesso del *vitio a nobis possidens*, dura trent'anni interi. E in realtà tanto più ciò apparisce necessario, quando si pensi, che a tenore della L. 3 Cod. Quor. bon., VIII, 2 dell'a. 395 il *bonorum possessor* può pretendere per trent'anni da qualunque possessore il possesso di qualunque cosa posseduta dal defunto alla sua morte<sup>49 a)</sup>. Sarebbe del resto un errore il far datare quest'effetto recuperatorio dell'*Uti possidetis* dalla fine della procedura interdittale. Nel continuare della *vitiosa possessio* è riposto un continuo impedimento al possesso dell'antico possessore, a cagion del quale impedimento poteva per l'addietro essere impetrato l'interdetto<sup>50)</sup>, e, fino alla prescrizione teodosiana, senz'alouna limitazione di tempo.

S'intende di per sè, che non si può parlare di un'applicazione della L. 4 D. h. t. cit. all'originario *Utrubi* e agli interdetti creati a tutela del quasipossesso di servitù discontinue. Perchè non son tanto quest

<sup>49 a)</sup> *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio per la pratica civile), volume LXX pag. 42 segg.

<sup>50)</sup> Cfr. sopra § 1837 num. 63 p. 276 segg. (ediz. ted. p. 369 segg.) e num. 79 pag. 386 (ediz. ted. pag. 515) prima della nota 43 d. Però non si può addurre a questo proposito con l'ARNOTTS, *Pandekten*, § 172 nota 3, il WITTE, *Das interdictum Uti possidetis*, pag. 88 seg. e il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 178 alla nota 2 la L. 1 § 5 D. *uti poss.*, XLIII, 17: *PERPETUO autem huic interdicto insunt haec « quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides »*. Cfr. in contrario VANGEROW, *Lehrbuch* (Trattato), vol. I § 336 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 682 seg. — RUDORFF, *Anm.*, n. 142 zu. v. SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (app. n.° 142 al Diritto del possesso del SAVIGNY), pag. 700 seg. — ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (Le cosiddette azioni bilaterali) pag. 67.

interdetti, che soggiacciono a una breve prescrizione, quanto piuttosto i diritti stessi di possesso e quasipossesso da essi tutelati, semprechè tali diritti si fondino su di un possesso antecedente o su antecedenti atti d'esercizio. Ora se con questa prescrizione si è estinto il diritto stesso, su cui soltanto poggia la pretesa alla tutela interdittale, viene così a mancare anche ogni fondamento per una pretesa per arricchimento dell'avversario.

81. Riguardo alla prescrizione ci resta ancora da esaminare, che cosa debba ammettersi circa quegli interdetti dei quali non ci è attestata nè la prescrittibilità, nè l'imprescrittibilità.

A ragione osserva lo SCHMIDT <sup>51)</sup>, che in questi interdetti si può prendere in considerazione il decorrere del tempo soltanto quando ciò si possa fare in base a principii generali. Tutto dipenderà dunque dal sapere, se la prescrizione degli interdetti, di cui ci è fatta testimonianza, possa venir ricondotta a tali principii generali.

Ora un principio generale per le azioni pretorie, e, ciò che per noi più importerebbe, con un'espressa applicazione anche ad interdetti, parrebbe enunciato nella L. 35 pr. D. *de O. et A.*, XLIV, 7:

(PAUL., lib. I *ad ed. praetoris*). *In honorariis actionibus sic esse definiendum CASSIUS ait, ut quae rei persecutionem habeant, haec etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen luorum eis extorqueatur, sicut fit in actione doli mali* <sup>52)</sup> *et interdicto Unde vi et similibus, etc.*

Secondo questo passo dunque si prescriverebbero nel termine di un anno quegli interdetti, che vanno considerati come azioni penali, ancorchè solo come unilaterali nel senso del SAVIGNY <sup>53)</sup>, mentre gli interdetti, che secondo l'opinione di questo scrittore sono detti conservatori <sup>54)</sup>, non soggiacciono alla prescrizione <sup>55)</sup>.

<sup>51)</sup> Loc. cit., pag. 122 seg.

<sup>52)</sup> Così secondo l'editto; secondo la L. 8 Cod. *de dolo*, II, 20 (21), l'azione, astrazion fatta dall'arricchimento del convenuto, si prescrive, com'è noto, *intra continuum biennium*.

<sup>53)</sup> Quelli cioè che non debbono procacciare all'attore più di un semplice risarcimento di danni. SAVIGNY, *System*, vol. V pag. 41.

<sup>54)</sup> Ivi.

<sup>55)</sup> Qui nulla rileva per noi, che nella continuazione della L. 35 pr. cit.,

Ciò però, quanto alla prima parte, non s'accorda coi fatti.

È vero, che i tre interdetti *Quod vi, fraudatorium* e *de vi non armata*, tendenti a punire un delitto, si prescrivono nel termine di un anno. Ma in primo luogo l'interdetto *de vi armata*, che è senza dubbio un'azione penale unilaterale, non si prescrive<sup>56)</sup>. Inoltre riguardo all'*interdictum demolitorium* l'obbligo del denunciato alla demolizione dell'*opus* a proprie spese in contrapposizione alla semplice *patientia destruendi* è chiamato *poena*, e perciò dichiarato intrasmissibile per eredità<sup>57)</sup>; ciononostante appunto per questo interdetto troviamo attestata espressamente la imprescrittibilità<sup>58)</sup>. Come azioni penali sono pure da considerarsi tutti gli interdetti restitutorii ed esibitorii, in quanto rendono responsabile colui, *qui dolo possidere vel habere desuit*, oppure *fecit, quo minus ad eum perveniret*. Tuttavia è detto, per es., degli interdetti *de precario* e *de tabulis exhibendis*, senza alcuna distinzione, che essi non si prescrivono<sup>59)</sup>.

Dunque dalla L. 35 pr. D. cit. non si può desumere un principio generale per la prescrizione degli interdetti.

Ancor meno ciò si può fare rispetto agli interdetti popolari dalla L. 8 D. *de pop. act.*, XLVII, 23:

(ULP., lib. I *ad ed.*). *Omnes populares actiones neque in heredem dantur neque supra annum extenduntur.*

Noi dobbiamo anzi limitare questa norma rigorosamente alle *populares actiones* vere e proprie in contrapposizione ai *popularia in-*

---

che non è qui riportata, l'espressione « *actiones rei persecutionem continentes* », che nella parte riportata del passo designa quelle azioni conservatrici, venga, a quanto sembra, spiegata in un altro senso con le parole « *quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest* ». Cfr. in proposito SAVIGNY, loc. cit., vol. V pag. 353 nota o e SCHMIDT, loc. cit., pag. 123 nota 25. Vedi anche FRANCKE, *Beiträge* (Contributi) pag. 3 seg.

<sup>56)</sup> Vedi sopra num. 77 alla nota 5 pag. 368 (ediz. ted. pag. 491).

<sup>57)</sup> L. 22 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1: (MARCELLUS, lib. XV *dig.*) *Cui opus novum nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit: debet heres eius patientiam destruendi operis adversario praestare: nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur, porro autem in poenam heres non succedit.*

<sup>58)</sup> L. 20 § 6 D. *eod.* vedi sopra num. 77 pag. 367 (ediz. ted. pag. 491)

<sup>59)</sup> Ivi pag. 367 (ediz. ted. pag. 490 seg.).

*terdicta*. Infatti nella L. 2 § 34 D. *ne quid in loco pub.*, XLIII, 8 riferita a pag. 35 (ediz. ted., pag. 45) a giustificare l'imprescrittibilità dell'interdetto popolare restitutorio è precisamente detto: *pertinet enim ad publicam utilitatem*. E così nella L. 3 § 15 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 si dice dell'interdetto popolare *de homine libero exhibendo: perpetuum est*. Una conferma del fatto, che il carattere popolare di un interdetto, anzichè richiederla per condizione, esclude la breve prescrizione del procedimento che ne deriva, si trova anche nella già accennata L. 2 § 34 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 per l'interdetto proibitorio *de loco publico*, di cui ivi si tratta <sup>60)</sup>, sebbene noi riteniamo, che le parole di questo passo: *Hoc interdictum perpetuum et popolare est* — nella loro forma primitiva non si riferissero all'interdetto stesso, ma all'*agere ex interdicto* <sup>61)</sup>. Perocchè quest'abbandono della regola, in virtù della quale l'*actio per sponsionem ex interdicto* si prescrive in un anno a partire dal primo momento, in cui poteva sperimentarsi, deriva manifestamente dalla circostanza, che qui non si tratta esclusivamente, anzi in sostanza nemmeno in prima linea, dell'interesse privato dell'impetrante. E lo stesso risulta dalla L. 1 § 3 D. *de via publ. refic.*, XLIII, 11 <sup>61 a)</sup>: anche in questa legge si parla dell'imprescrittibilità (che secondo la nostra opinione è quella dell'*actio ex interdicto*) in diretta correlazione con la natura popolare dell'interdetto proibitorio *de via publica reficienda (dabitur — OMNIBUS)*.

Così veniamo con lo SCHMIDT <sup>62)</sup> al risultato puramente negativo, che i principii stabiliti nelle fonti per la prescrittibilità di azioni non s'attagliano agli interdetti; e come lui neppur noi possiamo dagli esempi attestatici di interdetti prescrivibili e imprescrivibili sviluppare una norma genera'e per gli interdetti come tali.

Stando così le cose, bisogna ritenere, che il pretore nello stabilire interdetti, nemmeno rispetto alla loro prescrittibilità è partito da considerazioni generali, ma in ciascun caso ordiuava ciò ch'egli re-

<sup>60)</sup> Vedi sopra pag. 35 (ediz. ted. pag. 45).

<sup>61)</sup> Vedi sopra num. 77 pag. 369 (ediz. ted. pag. 493) dopo la nota 8.

<sup>61 a)</sup> Vedi ivi pag. 369 (ediz. ted. pag. 493) alla nota 10.

<sup>62)</sup> Loc. cit., pag. 125.

putava per l'appunto acconcio per quel caso. Nel medesimo senso sembra abbia proceduto nelle sue decisioni anche la giurisprudenza romana in quegli interdetti, la cui formula edittale aveva lasciato adito alla questione circa la prescrizione, come mostra la massima di LABEONE dipoi riconosciuta universalmente, sull'interdetto *de precario* nella L. 8 § 7 D. *de precario* <sup>62 a)</sup>.

Noi dovremo porre tra gli interdetti prescrittibili soltanto quelli, la prescrizione dei quali è indicata nelle fonti.

Il contrario bisognerà invece ammettere per la prescrizione della *sponsio* e dell'*agere per sponsionem ex interdicto reddito* <sup>62 b)</sup>. Non saprei scorgere nessuna ragione, perchè questa prescrizione attestata in PAUL., R. S., IV, 7, 6 <sup>63)</sup> per l'interdetto imprescrittibile *de tabulis exhibendis* e nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17 giusta la restituzione del LENEL <sup>64)</sup> per l'*Uti possidetis*, debba considerarsi come una peculiarità di quegli interdetti. Chè anzi il fatto, che per gli interdetti *de via publica* e *de via publica reficienda* come interdetti popolari, e per gli interdetti *Ne vis fiat aedificanti*, *de migrando* e *Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est* secondo la nostra opinione vien fatta specialmente rilevare l'imprescrittibilità della *sponsio* <sup>65)</sup>, dà fondamento all'ipotesi, che queste non siano che eccezioni. Noi ne abbiam pur trovato la giustificazione da un lato nella natura popolare dei due primi interdetti <sup>66)</sup>, dall'altro lato nelle circostanze particolari dei tre altri. E perciò credo ben lecito l'estendere queste eccezioni in primo luogo a tutti gli interdetti popolari, per lo meno ai proibitorii, e poi a tutti quegli interdetti privati proibitorii, che servono a tutelare un diritto, che non è sorto solo con l'emanazione

<sup>62 a)</sup> Vedi sopra numero 77 pagina 369 (edizione tedesca pagina 490 e seguenti).

<sup>62 b)</sup> Di diversa opinione lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 249 seg., il quale considera l'effetto dell'*interdictum redditum* come durevole, ove non gli sia segnato un limite, e dice che nulla sa di un limite siffatto. Lo approva il BURCKHARD, nella *Continuazione di questo Commentario* lib. XXXIX, tit. I § 1673 num. 58 (ediz. ted. I pag. 393 nota 41).

<sup>63)</sup> Vedi sopra num. 77 pag. 373 (ediz. ted. pag. 498).

<sup>64)</sup> Ivi pag. 372 segg. (ediz. ted. pag. 497 seg.).

<sup>65)</sup> Vedi ivi pag. 366 (ediz. ted. pag. 491 seg.).

<sup>66)</sup> Vedi sopra alla nota 61 seg.

zione dell'interdetto. Di questi ultimi citeremo ancora, accanto ai già nominati, l'interdetto a tutela del *damni infecti nomine missus* e il *Salvianum*<sup>67)</sup>.

---

## PARTE SECONDA.

§ 1838.

### *La procedura.*

#### I. IN IURE.

a) *fino all'emanazione dell'interdetto*<sup>1)</sup>.

82. La peculiarità essenziale della procedura interdittale di fronte alla procedura ordinaria delle azioni cominciava con l'emanazione dell'interdetto. Il contenuto di ciò che precedeva tale emanazione come introduzione giuridica, non offriva alcun motivo d'allontanarsi da quella procedura; e dalle scarse indicazioni delle fonti pare, che questa introduzione rimanesse difatti interamente nella cerchia della procedura ordinaria.

S'intende di per sè, che l'emanazione di un interdetto, derivando dall'*imperium*, non era vincolata alla periodica convocazione del tribunale, al *rerum actus*. Ma noi possediamo anche una prova espressa di questo fatto, che un interdetto poteva essere impetrato in qualunque momento.

L. 9 D. *de relig.*, XI, 7 (GAI, lib. XIX, *ad ed. prov.*): *Liberum est ei, qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut STATIM INTERDICTO UTI, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et POSTEA IN FACTUM AGERE, per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse etc.*

Qui non è tanto il tenore delle parole (STATIM *interdicto uti* contrapposto al POSTEA *in factum agere*), che attesta la possibilità di

---

67) Cfr. infra § 1838 num. 88 alla nota 15 seg.

1) SCHMIDT, loc. cit., pagine 218-234.



una immediata emanazione dell'interdetto <sup>1a</sup>), quanto piuttosto la natura della cosa: nel seppellire i morti non si può indugiare a proprio talento; eppure l'interdetto essendo proibitorio doveva esser domandato prima del seppellimento. Pei casi, nei quali non era praticamente possibile il farlo, era appunto perciò necessaria un' *actio in factum* diretta al risarcimento dei danni <sup>1b</sup>).

L'emanazione dell'interdetto non era nemmeno vincolata ai *dies fasti*; essa non costituiva una *legis actio*. Infatti nessuna delle formule degli interdetti a noi note contiene una delle tre parole: *do*, *dico*, *addico*, il pronunciar le quali nell'esercizio delle sue funzioni nei *dies nefasti* era *nefas* pel *magistratus populi Romani*.

Secondo una notizia enunciata incidentalmente da CICERONE *pro Caecina*, XIII, 36: *Qui (sc. praetor) dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factum iubet* —

è da ritenere, che il pretore avesse speciali giorni di seduta per la richiesta e l'emanazione d'interdetti <sup>2</sup>).

La citazione dell'avversario innanzi al pretore per udir pronunciare l'interdetto aveva luogo senza dubbio nello stesso modo che la citazione innanzi al pretore nelle cause civili in generale, quindi di regola mediante *in ius vocatio*. Quando la citazione non poteva effet-

<sup>1a</sup>) Perocchè lo *statim* può in questo periodo avere anche il significato, che l'interdetto vien domandato *prima* del seppellimento, l'*actio in factum* soltanto *dopo*; e nella compilazione può essere inteso solamente in questo senso. Vedi infra § 1840 num. 126 alla nota 33.

<sup>1b</sup>) Su questa prova dell'indipendenza dell'emanazione dell'interdetto dal *rerum actus* ha richiamato la mia attenzione una notizia di O. HARTMANN. Vedi anche SCHMIDT, loc. cit., pag. 56 seg. nota 41. Potrebbe far nascere qualche dubbio la L. 8 § 5 *cod.* (ULP., lib. XXV, *ad ed.*). *Ei qui PROHIBITUS EST inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in factum actio competit ET INTERDICTUM, etiamsi non ipse prohibitus sit, sed procurator eius, quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur.* L'HALOANDER invece di *interdictum* vuol leggere: *interdum*; ma l'azione non spetterebbe ella *sempre*, quando venisse fatto impedimento al procuratore di colui, che ha il diritto? ULPIANO qui non vuol esaminare la differenza tra i due mezzi di tutela; e poi anche l'interdetto è in realtà applicabile, quando l'impedimento già frapposto è durevole, ciò che si riscontra certo assai spesso. Vedi sopra § 1837 num. 63 parte I pag. 275 segg. (ediz. ted. pag. 371 segg.), specialmente alla nota 80 a.

<sup>2</sup>) Cfr. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano) pag. 228 seg.

tuarsi e l'avversario rimaneva *indefensus*, interveniva, come abbiamo già veduto, la *missio in bona rei servandae causa* <sup>3)</sup>

Se l'avversario comparisce personalmente o è sufficientemente rappresentato, l'attore espone la sua richiesta per l'emanazione dell'interdetto da lui desiderato, *postulat interdictum* <sup>4)</sup>.

Nel far ciò egli ha libera scelta fra i diversi interdetti, che sono stabiliti nell'editto, o che si possono compilare come *utilia*, precisamente come l'attore ha libera scelta tra le diverse azioni <sup>5)</sup>.

A questa designazione dell'interdetto desiderato, che, come l'analogia designazione di un'*actio*, non vincola ancora l'attore, si può anche dare il nome di *edere* <sup>6)</sup>, nome che s'addice parimenti già alla comuni-

<sup>3)</sup> L. 3 § 14 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29. Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 17 (ediz. ted. pag. 21).

<sup>4)</sup> Cic., *pro Tull.*, XXIII, 53: — *si hodie postulem, Quod vi aut clam factum sit etc. Ad div.*, XV, 16: *postulabimusque, Ex qua haeresi vi hominibus armatis detectus sis, in eam restituere.* L. 1 in f. D. *de locis et itin.*, XLIII, 7: — *quolibet postulante de his interdictur.* L. 35 § 2 D. *de proc.*, III, 3: *Non solum autem si actio postuletur a procuratore, sed et si praetudicium vel interdictum etc.*

<sup>5)</sup> Così è detto riguardo alla scelta dell'interdetto *de vi armata*, in Cic., *pro Caec.*, III, 8: *Ac si qui mihi hoc iudex recuperatorve dicat: « Potuisti enim leniore actione configere: potuisti ad tuum ius faciliore et commodiore iudicio pervenire: qua re aut muta actionem aut noli mihi instare, ut iudicem », tamen is aut timidior videatur quam fortem aut cupidior quam sapientem iudicem esse aequum est, si aut mihi praescribat, quem ad modum meum ius persequar, aut ipse id, quod ad se delatum sit, non audeat iudicare. Etenim si praetor is, qui iudicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit, videto, quam iniquum sit, constituta iam re iudicem, quid agi potuerit aut quid possit, non quid actum sit, quaerere.* Del resto è difficile, che quella *lenior actio* e quel *facilius et commodius iudicium* contrapposti all'interdetto *de vi armata* vogliano significare l'*Uti possidetis*, quella *magna alea*, cuius est executio *perplexissima*, come opina il KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen* (Dissertazioni) pag. 147.

<sup>6)</sup> Cfr. L. III. Cod. *de L. C.*, III, 9 (SEVER. et ANTON., Valenti, III. K. Sept. Severo III et Antonino A. A. Cons., a. 202) *Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.* L. 3 Cod. *de ed.*, II, 1: (JID., *eid. eod. die*) *Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas.* L. 33 D. *de iud.*, V, 1: (MODESTIN., lib. III, *regul.*) *Non videtur in iudicem (cioè al magistrato giurisdizionale) consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.*

cazione fatta stragiudizialmente, all'avversario sul contenuto dell'interdetto, che si ha in mira d'impetrare <sup>7)</sup>. Pur tuttavia là dove noi troviamo nelle fonti l'espressione *interdictum editum*, questa, come bentosto vedremo, ha un significato più comprensivo.

In nessun luogo, ch'io mi sappia, è detto, che la domanda della emanazione di un interdetto, e per di più la controdi chiarazione dell'impetrato, dovessero rivestire una forma solenne. Non posso segnatamente trovarne una prova in CIC. *pro Caec.*, XXXI, 91:

*Cur ergo aut in illud cottidianum interdictum « Unde ille me vi deiecit » additur: « cum ego possiderem » <sup>7a)</sup>, si deici nemo potest, qui non possidet, aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quaeri, possederit necne?*

Quando il BEKKER <sup>7aa)</sup> opina, che il formalismo dell'antica procedura romana abbia richiesto, che il fondamento e motivo del solenne precetto del pretore consistesse anch'esso in solenni dichiarazioni delle parti, ciò vale esclusivamente per le *legis actiones*, per le quali, com'è noto, è sorto storicamente quel formalismo <sup>7b)</sup>. Ora il passo, certo in più punti corrotto, di FESTO s. v. *Possessio* (Mueller, pag. 233):

---

<sup>7)</sup> Cfr. L. 1 pr. § 1 D. *de ed.*, II, 13: (ULP., lib. IV *ad ed.*). *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur.* § 1: *Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. eum quoque edere LABEO ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret, quod dictaturus est, vel id dicendo (iudicando scr. M.), quo uti velit.*

<sup>7a)</sup> A ragione osserva il WLASSAK, *Römische Prozessgesetze* (Leggi procedurali romane), parte I, p. 74 nota 1: « È certo un modo inesatto di esprimersi quello usato da CICERONE, loc. cit., là dove designa col nome di interdetto anche l'*unde ille me vi deiecit*, cioè il contenuto dell'interdetto considerato dal punto di vista di una delle parti ». Similmente già il KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (La procedura civile romana al tempo delle *legis actiones*), pag. 381 nota 4.

<sup>7aa)</sup> *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di Storia del diritto, vol. V pagina 351 seg. e *Aktionen* (Azioni), vol. II, pag. 56 alla nota 8.

<sup>7b)</sup> L. 2 § 6 D. *de O. I.*, II, 1: (POMPON., lib. *siugul. enchiridii*) *Deinde ex his legibus (sc. duodecim tabularum) eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones.*

*Possessio est, ut definit GALLUS AELIUS, usus quidam agri aut aedifici, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est [E] rebus, quae tangi possunt; [NEQUE] qui dicit se possidere, his vere [IS SUAM REM HUSCHKE] potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui [EX IURE QUIRITUM HUSCHKE] possessionem suam vocare audeat, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: « Uti nunc possidetis eum fundum, q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto »*

rettamente inteso mette gli interdetti in diretta contrapposizione con le *legis actiones*<sup>7bb)</sup>, anzichè contarli tra le *legitimae actiones*, come afferma il BEKKER. E infatti già la trasformazione subita più tardi dall'*Uti possidetis* prova, che gli interdetti in nessun modo *immutabiles proinde atque leges observabantur*, mentre appunto questa immutabilità costituiva la proprietà caratteristica delle *legis actiones*<sup>7c)</sup>. E come avrebbe potuto un Romano pensare a ricondurre alle *leges* la forma degli interdetti, che erano stabiliti nell'editto, oppure, malgrado l'impossibilità di far ciò, a chiamare quei mezzi processuali *legitimae actiones*?

Il fatto, che l'interdetto stesso possedeva una formula più o meno stabile, si spiega assai naturalmente con l'abitudine dei Romani di usare sempre un'espressione accurata. Una volta scelta per un rapporto giuridico un'espressione bene appropriata, ne veniva di per sè l'attenersi ad essa in ogni caso di ripetizione; e dopochè furono stabiliti gli interdetti nell'editto, già prima della *lex Cornelia* dell'a. 687 u. c., ciò appare quasi necessario. Non si può però dedurne alcuna conseguenza per la forma della richiesta.

Certo neppur qui; come nella richiesta di un'*actio*, era in massima

<sup>7bb)</sup> Una più minuta dichiarazione di questo passo va riservata al *Commentario* al lib. XLIII tit. 17. Cfr. intanto KARLOWA e WLASSAK, loc. cit.

<sup>7c)</sup> GAI, IV, 11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur etc.* — CIC, *pro Mur.*, XII, 26: *Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret, atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est etc.*

necessaria una motivazione di fatto della richiesta. Ma come nella *postulatio* di un'*actio in factum concepta* era sottintesa l'affermazione, che esisteva lo stato di fatto indicato nella sua *intentio*, così la domanda di un interdetto determinato conteneva l'affermazione di quello stato di fatto, al quale a tenore della *formula interdicti* si riannodava l'ordine del pretore. Quei fatti invece, che non sono designati in questo stato di fatto, non v'era bisogno che fossero indicati nemmeno nella *postulatio interdicti*: per esempio nell'*Uti possidetis* non occorreva, che venisse indicato il modo speciale dell'acquisto del possesso, nell'interdetto *de itinere privato reficiendo* la causa, da cui era sorto il *ius itineris*, e così via. Ancor meno deve ritenersi, che si trovasse tra gli obblighi dell'impetrante quello d'informare il pretore del motivo di fatto della richiesta, quale potevano essere le minacce dell'avversario. Perciò l'esposizione fatta da TEOFILO <sup>8)</sup> della domanda dell'*Uti possidetis* può tutt'al più valere come descrizione di un procedimento, quali se ne davano nella vita, ma non come precisa indicazione delle norme del diritto in proposito.

Come per altre pretese perseguibili per azione, l'editto ammetteva anche per la pretesa tutelata da un interdetto un giuramento deferito su di essa all'avversario, con l'effetto che, pronunziato il giuramento in contrario, l'interdetto veniva negato, oppure, ove il giuramento stesso venisse contestato, era emanato con un'*exceptio iuris-iurandi* <sup>9)</sup>.

L. 3 § 1 D. *de iureiur.*, XII, 2:

(ULP., lib. XXII, *ad ed.*). *Quaecumque autem actione quis conveniatur, si iuraverit proficiet ei iusiurandum, sive in personam sive in rem sive in factum sive poenali actione vel quavis alia agatur sive de interdicto* <sup>10)</sup>.

Negli interdetti popolari il *iusiurandum voluntarium* dell'impetrato

<sup>8)</sup> *Ad* § 1 D. *de interd.*, IV, 15: — ἔπειτα τις ἐπιναί καὶ ἢ οὖσαν παρ' ἐμοὶ διαταρβάντων νομῶν · προσήλθον ἐγὼ τῷ πραιτωρὶ, τὴν τοῦ ἀντιδικίου διηροῦμενος ἀπειλῶν, εἶπον δὲ ἐμαυτὸν ἀνεπιπ' ἄλλως νέμεσθαι · καὶ ἀπερίνατο ὁ πραιτωρ οὕτως λέγων, *Sine vitio possidenti vim fieri veto.*

<sup>9)</sup> L. 3 pr.; L. 7 — L. 9 pr. D. *de iureiur.*, XII, 2. — LENEL, *Ed. perp.*, § 54.

<sup>10)</sup> La relazione di questo passo col *iusiurandum delatum in iure* (SCHMIDT, loc. cit., pag. 220 sotto il num. I in fine) è confutata dalla rubrica. LENEL, loc. cit., pag. 116 nota 4. Cfr. del resto anche SCHMIDT, loc. cit., pag. 225 nota 10.

aveva quest'effetto anche di fronte ai terzi, che volessero far uso di uno di simili interdetti contro di lui. Però l'effetto esonerante del giuramento cessava, ove fosse provata una collusione tra il deferente e colui che giurava.

Arg. L. 30 § 3 D. *de iureiur.*, XII, 2:

(PAUL., lib. XVIII, *ad ed.*). *In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.*

Per contro dovremo anche ammettere, che a colui, il quale col giuramento deferitogli aveva affermato di avere diritto all'interdetto, veniva data un'*actio in factum*<sup>11)</sup>.

In ambedue i casi la rinuncia dell'avversario a giurare equivaleva alla prestazione del giuramento<sup>12)</sup>.

In seguito all'estensione data dalla giurisprudenza romana a un altro editto<sup>12a)</sup> limitato in origine alla *pecunia certa credita*<sup>13)</sup>, anche a colui, che sollevava una pretesa perseguibile mediante un interdetto, è senza dubbio concessa la facoltà, di deferire *in iure* il giuramento su tale pretesa all'avversario, con questo effetto, che questi, a meno che non preferisse di soddisfare immediatamente quella pretesa, doveva o prestare il giuramento o riferirlo<sup>14)</sup>: altrimenti era considerato come uno *qui non uti oportet se defendit*<sup>15)</sup>. Però trattandosi qui sempre di un *incertum*, l'impetrato non veniva trattato

<sup>11)</sup> L. 9. cit. §§ 1-3; L. 28 § 10; L. 29 e L. 30 pr. D. *cod.* § 11 I. *de act.*, IV, 6. Cfr. per la formulazione di quest'azione LENEL, loc. cit. § 54 in fine.

<sup>12)</sup> L. 5 § 4; L. 6 e L. 9 § 1 D. *cod.*

<sup>12a)</sup> Cfr. LENEL, loc. cit., § 95 pag. 188 seg. sotto il num. 3 alla nota 1.

<sup>13)</sup> L. 34 pr. D. *cod.*: (ULP., lib. XXVI, *ad ed.*) *Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet: etiam de operis iusiurandum deferri potest etc.*

<sup>14)</sup> L. 34 § 6 D. *cod.*; L. 9 Cod. *de R. Cr.*, IV, 1. Anche qui del resto la dispensa da parte dell'avversario dal giuramento accettato equivaleva alla prestazione del giuramento. L. 37 D. *iureiur.*, XII, 2 (ULPIANO, lib. XXXIII, *ad ed.*).

<sup>15)</sup> Cfr. L. 34 cit. § 3: *Procurator non compellitur iurare, nec defensor, et ita JULIANUS scribit libro decimo digestorum, defensorem iurare non compelli sufficere ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium suscipere.*

quale *indicatus*, come nel medesimo caso colui che era citato *de pecunia certa* <sup>16)</sup>, forse con questo temperamento, che allo scopo della esecuzione forzata sul patrimonio aveva ancora luogo un *arbitrium liti aestimandae* <sup>17)</sup>; ma interveniva invece la *missio in bona* <sup>18)</sup>.

83. Può accadere, che l'impetrato ammetta senza riserve *in iure* prima dell'emanazione dell'interdetto tutto lo stato di fatto, che costituisce il requisito edittale dell'interdetto, o la pretesa, che l'impetrante vuol far valere per mezzo dell'interdetto, e che l'ammetta senza opporre alcuna eccezione.

Secondo due passi di ULPIANO l'interdetto *de tabulis exhibendis* in questo caso non veniva emanato.

I. 1 § 1 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5:

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

L. 2 § 8 D. *testam. quemadm. aper.*, XXIX, 3:

(ID., lib. L, *ad ed.*). *Si quis non negans, apud se tabulas esse, non patiatur inspicere et describere, omnimodo ad hoc compelletur: si tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est, ad interdictum rem mitti (remitti scr. RUCKERUS sec. M.), quod est de tabulis exhibendis.*

Giustamente però si sono scorte nelle misure qui indicate, tendenti a costringere il *confessus* all'esibizione del testamento, dei mezzi di coazione attribuiti ai magistrati, la cui applicazione restò probabilmente limitata all'interdetto *de tabulis exhibendis* <sup>19)</sup>, oppure solo verso

<sup>16)</sup> *Lex Rubria*, cap. 21. DEMELIUS, *Die confessio im römischen Civilprozess* (La *confessio* nella procedura civile romana), §§ 9 e 10.

<sup>17)</sup> Si noti specialmente, che non si può riferire a ciò la L. 34 cit. § 9: questo passo tratta del *iusiurandum in iudicio delatum*. LENEL, loc. cit. pagina. 189 nota 4.

<sup>18)</sup> LENEL, loc. cit., nota 5. Cfr. DEMELIUS, loc. cit. §§ 11 e 15. Vedi anche infra il testo al num. 84 dopo la nota 32.

<sup>19)</sup> Così lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 222 e pag. 223 alla nota 7.

la fine dell'epoca classica divenne più ampia <sup>20</sup>). Del resto non c'è nessuna ragione per supporre, che quella coazione fosse una coazione diretta, eseguita *manu militari* <sup>21</sup>); di ciò sarebbe stata fatta senza dubbio espressa menzione: si può benissimo spiegare l'*omnimodo compellere* limitandolo alla *pignoris capio* e alla *multae dictio* <sup>22</sup>).

Sul procedimento regolare contro il *confessus in iure* negli interdetti possediamo un altro passo d'ULPIANO, che non solamente parla in termini affatto generali, ma dice espressamente di voler dar norma a interdetti di ogni specie.

Questo è la L. 6 § 2 D. *de confess.*, XLII, 2:

(ULP., lib. V, *de omn. tribunal.*). *Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habebis, atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset. et si alia quacumque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest, in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis Divi MARCI debere, et omne omnino, quod quis*

<sup>20</sup>) Così il BETHMANN-HOLLWEG, *Römischer Civilprocess* (Procedura civile romana), vol. II pag. 359 alla nota 77. Cfr. infra alla nota 25.

<sup>21</sup>) Come fanno i sunnominati scrittori. In senso contrario anche lo PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 122 alla nota 1.

<sup>22</sup>) Cfr. L. 3 Cod. *de susp. tut.*, V, 43: (ALEXANDER, 229) *Prases provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis OMNIMODO administrationis officium COMPELLAT agnoscere. quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis.* Vedi O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung*, pag. 514 e pag. 516. — Non mi è interamente chiara l'opinione del DEMELIUS, loc. cit. pag. 164 nota 1 (vedi infra alla nota 27). — Lo PFERSCHKE, loc. cit. pag. 120 segg., riferisce la L. 1 § 1 e L. 1 § 8 citati, non all'interdetto *de tabulis exhibendis*, ma a un decreto di esibizione, che egli suppone precedesse l'interdetto, e che, secondo la sua opinione, sarebbe stato oggetto del puro procedimento di cognizione « al di fuori dell'*ordo iudiciorum* ». Secondo lui l'interdetto non avrebbe avuto luogo, se non nell'inosservanza di quel decreto. È difficile comprendere, come il pretore, rimasto quel decreto senza effetto, potesse prendere il partito di invitare di nuovo per mezzo dell'interdetto il non ossequente possessore del testamento ad effettuare l'esibizione. Qui non si può trovare un'analogia col caso dell'azione di risarcimento contro l'*argentarius*, che non ha ottemperato all'ordine del pretore di presentare i suoi libri (L. 8 § 1 D. *de ed.*, II, 13): questa non è appunto che una semplice azione di risarcimento, non contiene un nuovo invito all'esibizione.



*confessus est, pro iudicato habere . dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem, et si non restituatur, lis aestimabitur.*

Da questo passo lo SCHMIDT <sup>23)</sup> deduce, che il magistrato in un interdetto restitutorio, per lo meno dopo l'*oratio divi MARCI*, di cui è qui fatta menzione, abbia innanzi tutto intimato al *confessus* l'ordine preciso di effettuare la restituzione in un termine determinato; e nel caso che tale ordine non fosse eseguito, l'oggetto sia stato valutato in denaro per mezzo di una cosiddetta *actio confessoria* giusta le regole della procedura formulare. Che, per esempio, nell'interdetto *Unde vi* l'ordine della restituzione fosse così concepito:

*Quod tu illum ex fundo, q. d. a., vi deiecisse confessus es, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas;*

e l'*actio confessoria*:

*Quod N.<sup>us</sup> N.<sup>us</sup> A.<sup>m</sup> A.<sup>m</sup> de fundo, q. d. a., vi deiecisse confessus est, quanti ea res est, tantam pecuniam N.<sup>m</sup> N.<sup>m</sup> A.<sup>o</sup> A.<sup>o</sup> condemna.*

Egli ritiene che, fatta astrazione dall'interdetto *de tabulis exhibendis*, lo stesso trattamento sia invalso anche per gli interdetti esibitorii.

Crede invece, che negli interdetti proibitorii, malgrado la norma enunciata anche per essi nella L. 6 § 2 cit.: *omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere*, l'interdetto non abbia mai potuto esser reso superfluo da una simile, per quanto ampia, confessione: perchè qui si ha un divieto di atti futuri fondato su questi fatti; e che si sia potuto avere solo questo effetto, che il divieto formulato condizionatamente nell'editto venisse emanato come divieto incondizionato, per esempio:

*Quod arborem ex aedibus tuis in aedes illius impendere, et per te stare, quo minus eam ademeris, confessus es, quo minus illi eam arborem adimere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.*

Egli dice, che prima dell'*oratio Divi MARCI* la norma: *confessus in iure pro iudicato est* probabilmente era limitata ad *aeris confessi*, e

<sup>23)</sup> Loc. cit., pag. 220 segg.

perciò con la *confessio in iure* l'ordine dell'interdetto di rado o non mai diveniva inutile.

Anche il BETHMANN-HOLLWEG <sup>21)</sup> ammette, che, astrazione fatta da certe eccezioni, fino all'*oratio Divi MARCI* in generale, quindi anche negli interdetti <sup>21a)</sup>, la *confessio in iure* non vincolava chi la faceva, e perciò il convenuto nonostante la sua *confessio* potesse provocare l'avversario al *iudicium* corrispondente all'azione. Se però egli non faceva ciò, nè soddisfaceva l'attore, era considerato *pro damnato*; ed allora il magistrato ordinava l'esecuzione mediante *duci iubere* o *missio in bona*. Quell'*oratio*, continua il BETHMANN-HOLLWEG, ha dato alla massima *confessum pro iudicato haberi* la più ampia estensione. Anche adesso però soltanto colui, che aveva confessato innanzi al tribunale un determinato debito in denaro, era parificato al condannato, nel senso che aveva luogo un'esecuzione immediata; negli altri casi il *confessus* doveva innanzi tutto essere invitato a prendere gli accordi pel pagamento di un *interesse* che soddisfacesse l'attore; se ciò non si poteva ottenere, il motivo dell'azione riconosciuto per vero dal convenuto si considerava come accertato, e, ove il convenuto non consegnasse subito o entro un termine assegnatogli l'oggetto primitivo dell'azione, s'incaricava un *iudex*, non dell'istruzione del processo, ma della valutazione della cosa. Riguardo agli interdetti questo scrittore descrive il procedimento, a quanto sembra pel tempo posteriore all'*oratio*, oppure per questa medesima — la quale non mi riesce nei suoi particolari interamente chiara — nel modo seguente <sup>24b)</sup>. « Se il convenuto ammette tutto (*confessio in iure*), cioè, confessa di essere obbligato alla restituzione o all'esibizione, o che l'impedimento da lui frapposto all'attore nell'esercizio del suo diritto non è giustificato, non si ha alcuna lite (*controversia*), per la cui soluzione il pretore possa emanare un interdetto. Il vincere le difficoltà di fatto, che il convenuto pur tuttavia interpone, è cosa che riguarda l'*imperium* pretorio. Non adempiendo il convenuto neppur qui ciò che è un obbligo indubitabile di ogni buon cittadino (*indefensus*), si può pro-

<sup>21)</sup> Loc. cit., pag. 542 segg.

<sup>21a)</sup> Ivi, pag. 543 nota 16.

<sup>24b)</sup> Loc. cit., pag. 358 seg.

cedere contro di lui all'arresto personale, alla *missio in bona*, e alla *bonorum venditio* <sup>24c)</sup>. Però il pretore è autorizzato ad accordargli ancora un termine per l'esibizione o la restituzione <sup>24d)</sup>, ad assicurare all'attore questa prestazione o l'esercizio indisturbato del suo diritto coll'imporre una cauzione al convenuto, o a costringere subito costui direttamente alla prestazione dovuta, e alla fine del periodo della procedura formulare questo sembra sia stato il procedimento abituale <sup>25)</sup>. Egli aggiunge, che l'opinione dello SCHMIDT, che quest'ordine di esibizione e di restituzione non fosse che un interdetto concepito in termini incondizionati, manca dell'appoggio delle fonti, come l'*actio aestimatoria* da lui ammessa <sup>26)</sup>.

Anche il DEMELIUS <sup>26)</sup> respinge quest'ipotesi dello SCHMIDT di un ordine incondizionato di esibizione o di restituzione. « Un tale ordine, egli osserva giustamente, non ci sembra necessario, come non lo è contro l'*incerti confessus* di fronte a un'*actio*. In tutti i casi quell'ordine incondizionato non avrebbe la natura di un interdetto, sul quale possano poscia fondarsi le forme speciali della procedura interdittale; esso è invece un diretto *compellere ad satisfaciendum*. Come tale è considerato anche nei passi <sup>27)</sup> adottati dallo SCHMIDT ».

L'opinione del DEMELIUS medesimo è la seguente. Il fatto provato da questi passi, che contro il *confessus* non si procedeva alla emanazione dell'interdetto, non va considerato con lo SCHMIDT come una conseguenza dell'*oratio Divi MARCI*, ma è una norma di diritto vigente già da prima, derivante dalla natura della procedura inter-

<sup>24c)</sup> Come prova di ciò vien citata a pag. 359 nota 74 la *Lex Rubria*, c. XXII.

<sup>24d)</sup> A prova di ciò è citata ivi, nota 75, la L. 1 § 1 D. *de tab. exhib.*, XLIII, 5 (vedi sopra a pag. 9 (ediz. tedesca pag. 11)) con richiamo alla L. 6 § 2 D. *de confessis*, XLII, 2. — Vedi anche ivi pag. 548 seg. nota 42.

<sup>25)</sup> Vengono addotte a provarlo le L. 2 § 8 D. *test. quemadm. ap.*, XXIX, 3 e L. 1 § 1 D. *de tab. exhib.*, XLIII, 5 cit. Vedi sopra alla nota 20.

<sup>25a)</sup> Loc. cit. pag. 359 nota 77 in fine. Non saprei certo dire, come s'accordi questo passo, in cui l'autore rigetta l'*aestimatoria actio*, con l'osservazione, loc. cit. pag. 549 nota 42 in fine: « L'emanazione della formula, la nomina di un *iudex rei aestimandae causa* dopo *si non restitatur* (nella L. 6 § 2 cit. D. *de confessis*, XLII, 2) sono state cancellate dai compilatori ».

<sup>26)</sup> Loc. cit., pag. 164 nota 1.

<sup>27)</sup> L. 1 § 1 D. *de tab. exhib.*, XLIII, 5 e L. 2 § 8 D. *test. quemadm.*, XXIX, 3.

dittale. L'emanazione di un comando *condizionato* e una lite per spon- sione circa la reale esistenza delle condizioni, lite che, come è noto, era parte essenziale dell'antica procedura interdittale, avevano ragion d'essere e importanza soltanto là, dove esistesse controversia su ciò che costituiva il presupposto dell'intervento pretorio. Con le sponzioni e le *condictiones*, che ne scaturivano, non si doveva decidere altro che la questione di diritto, la quale nel caso della *confessio* era già chiara; per il conseguimento dell'*interesse* patrimoniale dell'attore deve in tutti i casi essere stato dato un *iudicium* speciale fondato sulla *sponsione vicisse* e diretto al *quanti ea res*: perchè dunque non avrebbe dovuto esser dato subito un *iudicium* di questa specie anche contro il *confessus*, che non ottemperava all'ordine di soddisfare l'attore? Per ragioni di equità non si è voluto trattare il *confessus*, che non ha potuto soltanto mettersi d'accordo con l'avversario sull'entità della prestazione, come uno che non obbedisce agli ordini del pretore, e fargli perdere la somma della sponsione.

L'*actio*, egli dice, che in conseguenza di ciò doveva darsi contro il *confessus* per il *quanti ea res*, non si può immaginare, che prima della *oratio Divi MARCI* fosse sul genere di un'*actio confessoria*. Perocchè dalla L. 6 cit. D. *de confess.* bisogna con certezza desumere <sup>23)</sup> che fino a questa *oratio* dovette aver luogo anche relativamente agli interdetti *l'urgeri, ut certum confiteatur* contro il *confessus*. Inoltre il rinvio del procedimento ulteriore contro l'*incerti confessus* al magistrato romano, contenuto nel cap. XXII della *Lex Rubria*, sarebbe inesplicabile, se si fosse trattato della costituzione di un *iudicium liti aestimandae*, mentre tale devoluzione si mostra affatto necessaria, quando alcuno, che con l'*incerti confessio* ha dichiarato di non voler litigare sull'esistenza del suo obbligo di esibizione o di restituzione, ma ciononostante non dà la dovuta soddisfazione, doveva essere spinto o alla *certi confessio* o alla discussione della controversia. E

<sup>23)</sup> Si vorrà qui parlare specialmente della L. 6 cit. § 1: *Si quis incertum confiteatur (vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere), urgeri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem confiteatur* — ricollegata coll'influenza dell'*oratio* sugli interdetti descritta al § 2 *ead.*

per quanto sembri verosimile appunto negli interdetti la suddivisione di tutto il materiale del processo in due questioni, la questione giuridica e quella dell'estimazione, inquantochè anche nel caso della *instiatio*, se era possibile, due formule servivano di base al procedimento, quella della *sponsio* e l'*arbitraria*, con la prima delle quali veniva trattata la questione giuridica, con la seconda la questione della valutazione, — pure uno era il *iudex*, e questi doveva risolvere le due questioni in base alle due formule, mantenendole in immediata connessione tra loro, di modo che anche qui tutto il materiale della cognizione veniva alla discussione affatto unito ed indiviso <sup>29</sup>). Il disgiungere invece le questioni sul se e sul quanto, che sarebbe stata una conseguenza della concessione di un *arbitrium liti aestimandae* in base alla *confessio in iure*, doveva parere non scevro d'inconvenienti anche negli interdetti restitutorii ed esibitorii.

Perciò, egli continua, l'azione contro il *confessus*, che non soddisfaceva il suo obbligo, nè confessava un *certum*, deve supporre fosse un *iudicium*, la cui *intentio* conteneva i requisiti dell'interdetto.

Forse la medesima formula è stata poscia applicata, per dare negli interdetti imperativi anche al non confesso la possibilità di dibattere una controversia *sine periculo sponsionis*. E così si spiega, come, secondo il parere di PROCULO, nella domanda dell'*actio arbitraria* da parte dell'impetrato vi sia una *confessio* del *se restituere vel exhibere debere* <sup>30</sup>).

Per gli interdetti proibitorii, secondo il DEMELIUS, esisteva una procedura configurata in un modo essenzialmente diverso, già nel tempo antecedente all'*oratio Divi MARCI*. Il detto scrittore ammette, come vedemmo sopra <sup>30a</sup>), in tutti gli interdetti, anche nei *simplicia*, un obbligo alla difesa da parte dell'impetrato relativamente ai *cetera ex interdicto facienda*, anche nel caso, che non si abbia una *vis adversus edictum facta*, e afferma che, ove questi *cetera* fossero stati omessi,

<sup>29</sup>) GAIO, IV, 165. Vedi infra § 1838 b num. 92 alla nota 18.

<sup>30</sup>) GAIO, IV, 163: PROCULO placuit DENEGANDUM calumniae iudicium ei, qui arbitrium postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

<sup>30a</sup>) § 1836 c num. 57 nota 31 pag. 241 (ediz. tedesca parte I pag. 321).

veniva pronunziato contro l'impetrato, che per lui è un *indefensus*, un *interdictum secundarium*, che ripeteva in forma incondizionata il divieto espresso sotto condizione nell'*interdictum primum*. Il *confessus in iure*, egli dice, deve ora essere stato trattato negli interdetti proibitorii precisamente come un *indefensus*, tranne che di fronte a lui non si procedeva all'emanazione dell'interdetto vero e proprio, ma veniva emanato subito un *prohibitorium*, uguale nel suo contenuto a quel *secundarium*, quindi incondizionato. Secondo il DEMELIUS, sarebbe stato assurdo, una volta che il *confessus* confessava sin dal principio tutti i requisiti dell'interdetto, e dichiarava di non volerlo contestare l'esistenza, il rinviarlo ciononostante, con l'emanazione del *vim fieri veto* condizionato, alla *vis ex conventu*, alla *sponsio* e agli altri *cetera ex interdicto*, e farlo in certo modo prima divenire un *indefensus*, per poi giungere a quello stesso *vim fieri veto* incondizionato, che nulla avrebbe vietato di pronunciar subito. Naturalmente il *prohibitorium* da emanarsi contro il *confessus* avrebbe dovuto far richiamo al fatto della *confessio*, precisamente come il *secundarium* al *cetera ex interdicto fieri noluisse*.

In seguito all'*oratio Divi MARCI* egli opina abbia una *confessoria actio* preso il posto del *secutorium*, il quale prima doveva aver luogo allo scopo di ottenere contro il *confessus* una condanna in danaro eseguibile, tanto negli interdetti restitutorii ed esibitorii, quanto, in certi casi, anche nei proibitorii, allorquando cioè l'impetrato oltre i requisiti generali dell'interdetto aveva confessato anche una *vis adversus edictum a se facta*.

84. Noi non possiamo associarci a queste acute teorie rispetto all'epoca precedente all'*oratio Divi MARCI*.

Innanzi tutto, per ciò che riguarda gli interdetti proibitorii, noi neghiamo in generale, astrazione fatta dal dovere di comparire per sentirsi pronunciare l'interdetto stesso, l'esistenza di un obbligo alla difesa prima del momento in cui ha avuto luogo una *vis adversus edictum* <sup>31)</sup>. Nello stesso modo quindi che l'impetrato, il quale si è presentato per sentirsi intimare l'interdetto, prima di una tale

---

<sup>31)</sup> Vedi sopra § 1836 e num. 57 pag. 244 seg. (ediz. tedesca parte I pag. 325 e seg.).

*vis* non può apparire come *indefensus*, così non può esser trattato come *indefensus* colui, il quale prima dell'emanazione dell'interdetto ammette la presenza dei requisiti edittali di tale interdetto, ma non l'esistenza di uno stato di cose da lui prodotto, il cui perdurare sarebbe *vis adversus edictum facta*. E come noi dovemmo rifiutarci di riconoscere qualsiasi fondamento al presunto *secundarium* degli *interdicta prohibitoria simplicia*, così dovremo far ciò anche con la sua copia costruita contro il *confessus*: anche questa è affatto senza scopo; l'interdetto, qual'era stabilito nell'editto, bastava pienamente, nè conteneva un rigore ingiustificato verso il *confessus*<sup>31a)</sup>. Infatti se questi riconosceva la presenza dei requisiti edittali dell'interdetto, tanto più s'intendeva di per sè nel suo caso, che egli doveva evitare una violazione del divieto intimatogli; egli non poteva certo sollevare lagnanze sulle dure conseguenze di una tale violazione. Dall'altro lato ora per l'impetrante un sufficiente vantaggio il poter profittare nel *iudicium ex sponsione* della confessione fatta *in iure* prima dell'emanazione dell'interdetto. Oltredichè in un gran numero di interdetti proibitorii i requisiti edittali non si potrebbero ragionevolmente negare, perchè sono manifesti a tutti; basta pensare agli interdetti a tutela dei *loca sacra, religiosa, sancta, publica*, delle *viae publicae*, dei *flumina publica*. In tutti questi, partendo dall'opinione da noi combattuta, difficilmente si sarebbe mai venuti all'applicazione della formula edittale; in realtà si sarebbe dovuto qui emanare sempre quel *prohibitorium* incondizionato, supposto dal DEMELIUS, riferentesi alla *confessio* dell'impetrato, di modo che si potrebbe a buon diritto domandare, a quale scopo abbia il pretore pubblicata nell'editto quella forma condizionata.

31a) Anche lo PFERSCHÉ, loc. cit. pag. 123, reputa, che prima dell'*oratio Divi Marci* la *confessio* negli interdetti non abbia avuto alcuna influenza sul corso del processo, tranne quando il convenuto fosse pronto anche ad adempiere il suo obbligo eseguendo la prestazione. E questo sarà di regola accaduto negli interdetti proibitorii, dappoichè il convenuto rendendosi confesso doveva già aver preveduto l'obbligo, che gliene derivava, ed inoltre perchè questa prestazione di regola consisteva solo nella cauzione della futura astensione dagli atti vietati. Cfr. in proposito infra § 1838 e num. 104 dopo la nota 60 d.

Noi reputiamo adunque con lo SCHMIDT, che ad ogni modo prima dell'*oratio Divi MARCI*, nonostante una *confessio in iure*, che abbracciava unicamente i requisiti edittali di un interdetto proibitorio, quest'interdetto venisse emanato nella sua forma edittale.

E dappoichè noi limitiamo col DEMELIUS <sup>32)</sup> l'effetto di quella *oratio* alle *actiones arbitrariae*, dobbiamo affermare lo stesso anche pel tempo ad essa posteriore <sup>32a)</sup>.

Siamo inoltre d'accordo con lo SCHMIDT nel ritenere, che prima della *oratio* il comando interdittale doveva esser sempre pronunciato di fronte al *confessus in iure* anche negli interdetti imperativi, e così pure nei proibitorii, allorquando in questi la *confessio* si estendeva a uno stato di cose prodotto da un atto del convenuto, il continuare del quale contenesse una *vis adversus edictum*, a meno che il *confessus* non soddisfacesse l'impetrante, o riferisse la *confessio* a una somma di danaro approvata da questo. Se il *confessus* non compariva per sentirsi pronunciare l'interdetto, o non aderiva all'ulteriore procedimento derivante dall'interdetto, aveva indubbiamente luogo contro di lui la *missio in bona*.

Se il *confessus* non si metteva subito d'accordo con l'avversario sull'ampiezza e la valutazione dell'obbligo di restituzione o di esibizione da lui confessato, allora già alla fine della repubblica, aveva negli interdetti imperativi la possibilità di sfuggire al pericolo di una pena processuale, domandando la *formula arbitraria* <sup>33)</sup>. Se egli non profittava di questa possibilità, suo danno <sup>33a)</sup>.

Ma già prima che l'impetrato avesse così il modo di conseguire senz'altro svantaggio un'adeguata valutazione del suo obbligo, e più tardi anche negli interdetti proibitorii nel caso indicato — poichè per questi restò sempre preclusa la via dell'*agere sine poena* — l'emana- zione dell'interdetto contro il *confessus* e il conseguente procedimento

<sup>32)</sup> Loc. cit., § 15.

<sup>32a)</sup> Secondo lo PFERSCHÉ, loc. cit. pag. 124, veniva ora anche negli interdetti proibitorii impartita una semplice *actio*, con la quale il rigore processuale era « certamente alquanto mitigato ».

<sup>33)</sup> Cic., *pro Tullio*, XXIII, 53 (vedi sopra pag. 6 seg. (ediz. tedesca parte I pag. 8 nota 11)).

<sup>33a)</sup> Similmente lo PFERSCHÉ, loc. cit., pag. 123.



*per sponsionem* non avevano in sè nulla d'iniquo. Senza dubbio nel pericolo della *poena sponsionis* v'era per lui un assai forte *urgeri*, affinchè soddisfacesse l'impetrante o confessasse un *certum*, che procacciasse a costui la dovuta indennità; ma dall'altro lato, e di ciò sembra che il DEMELIUS non abbia tenuto conto, il pari pericolo della *summa restipulationis* doveva indurre l'impetrante a moderare le sue pretese; perchè certo egli perdeva il processo per sponsione, anche allorquando l'impetrato dimostrava, che non dipendeva da lui, se l'avversario non era stato pienamente risarcito dei danni, ma dall'avversario medesimo, che aveva respinto l'offerta di una indennità assolutamente adeguata; in altri termini il *per actorem stare, quo minus ex decreto praetoris restitutum sit*, equivaleva qui completamente all'*eum, quo cum interdictum est, restituisse*<sup>34</sup>).

Di uno speciale *iudicium* circa il *quanti ea res* contro il *confessus* non v'era quindi alcun bisogno.

L'osservazione del DEMELIUS<sup>35</sup>), certo a prima vista assai convincente, che ammettendo un tal *iudicium* si spieghi nel modo più verosimile, come PROCULO nella domanda da parte dell'impetrato di un'*actio arbitraria* formulata subito abbia potuto scorgere una *confessio*, sotto un più attento esame si manifesta fallace. Anche se fosse stato dato contro il *confessus* quel presunto *iudicium*, ed avesse avuto precisamente lo stesso tenore, che l'*actio arbitraria*, che l'impetrato poteva domandare dopo l'emanazione dell'interdetto, *antequam ex iure exivit*, difficilmente avrebbe potuto sfuggire a PROCULO, che, se le formule di azione erano uguali, v'era però tra i due casi questa differenza capitale, che nell'uno la *confessio* aveva escluso l'emanazione dell'interdetto, mentre nell'altro invece l'emanazione dell'interdetto aveva dovuto precedere, per render possibile la domanda dell'azione. La conseguenza da trarre da quell'opinione di PROCULO pel trattamento del *confessio in iure* dovrebbe dunque essere precisamente il con-

---

<sup>34</sup>) Cfr. Cic., *pro Tullio*, XIX, 45 (infra § 1838 a num. 89 nota 21); *pro Caec.*, XIX, 55 (infra num. 85 dopo la nota 67); XXVIII, 80 (ivi, nota 22 a); XXIX, 82 (infra § 1838 a num. 89 nota 5); § 84, XXXII, 92 (sopra § 1837 a num. 73 nota 8 pag. 345 (edizione tedesca parte I pag. 461).

<sup>35</sup>) Loc. cit., pag. 167 seg.

trario di ciò che il DEMELIUS ne deduce, e cioè: che nonostante la *confessio in iure* l'interdetto veniva emanato, ma che il *confessus*, com'è agevole comprendere, per sfuggire alla *poena sponsionis* altrimenti certa per lui, solleva domandare l'*actio arbitraria*. Solo allorché la *confessio in iure* rimaneva senza alcuna influenza sulla emanazione dell'interdetto, e serviva unicamente di base pel contenuto della decisione *in iudicio*, era possibile parificarle la domanda dell'*actio arbitraria post interdictum redditum*. E qui certo bisogna ammettere come evidente di per sè, che, ove il tenore di quest'azione richiedesse espressamente col *Si paret* la prova dei requisiti edittali dell'interdetto, esso non escludeva con ciò quella parificazione <sup>36)</sup>. Però l'osservazione, che nella domanda della *formula arbitraria* era riposta una *confessio*, non era punto basata sul tenore di questa formula, ma semplicemente sulla facile persuasione d'indole puramente pratica, che un impetrato, che confida nel suo buon dritto, debba preferire la via del procedimento *per sponsionem* pericolosa non per lui, s'egli ha veramente ragione, ma bensì per il suo avversario, e per lui anzi atta solo a recar vantaggio. E difatti è da por mente, che la sentenza di PROCULO non aveva altro scopo, se non di negare il *iudicium calumniae* all'impetrato, che aveva domandato l'*actio arbitraria*: colui, che non ha fede egli stesso nella sua causa, non doveva poter rinfacciare all'avversario, di intentare il giudizio pur sapendo infondata la propria pretesa. Appunto perciò poterono i SABINIANI combattere quell'opinione sullo stesso terreno di un concetto pratico, ritenendo essi, che nella scelta della procedura più modesta non vi sia assolutamente alcuna manifestazione di sfiducia nella propria posizione giuridica, molto meno quindi un riconoscimento della fondatezza della posizione dell'avversario.

L'*oratio Divi MARCI* attribuita alla *confessio in iure* riguardo a tutte le pretese dell'attore, che contro un avversario contraddicente con-

---

<sup>37)</sup> Come ricostruisce il RUDORFF, *De iurisdictione edictum*, §§ 222, 223, 224, 241, 247 sotto il num. VI, 4, I, 257, 261, 275. — Cfr. in contrario il LENEL, *Ed. perp.*, pag. 358 seg., il quale, per esempio, fa l'ipotesi di una formula così concepita:

*Quod opus — vi aut clam factum est, si arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit etc.*

ducono a un'*actio arbitraria*, lo stesso effetto obbligatorio della *pronuntiatio secundum actorem*. Tra queste pretese sono espressamente annoverate anche quelle, che son fatte valere mediante un interdetto di qualunque specie. Riguardo a queste la *pronuntiatio secundum actorem* aveva luogo in generale in forza della decisione della contesa per sponsione, e nelle pretese, che son tutelate da interdetti imperativi, anche con l'*actio arbitraria* domandata subito dopo l'emana-zione dell'interdetto. In seguito alla *confessio in iure* ora un interdetto imperativo era dunque superfluo, un interdetto proibitorio era superfluo solo allorquando, oltre i suoi requisiti edittali, era stata riconosciuta l'esistenza di uno stato di cose, il continuare del quale conteneva una *vis adversus edictum*: perchè solo quando veniva affermata una tale *vis*, si sarebbe potuto venire all'*agere ex interdicto*. E se ora nel processo la condizione delle cose era senz'altro precisamente la stessa, che quando nel procedimento derivante *ex interdicto reddito* la decisione pregiudiziale era risultata favorevole all'impetrante nel modo descritto, è quasi di per sè stesso evidente, che anche nell'ulteriore corso della discussione si riscontrava una uguaglianza analoga. In altri termini: nello stesso modo che alla decisione del procedimento per sponsione faceva seguito un *iudicium secutorium*, la *confessio in iure* era seguita da un *iudicium*, che differiva da quello soltanto in ciò, che il suo requisito naturalmente non era espresso con le parole: *Si Aulus Agerius sponsione vicerit* <sup>37)</sup>, ma *Quod Numerius Negidius confessus est*. E ciò vale ad indicare anche l'analogia con l'altra specie di procedimento *ex interdicto*, con quello cioè *per formulam arbitriam*. Per conseguenza bisogna concepire come *arbitraria* anche l'*actio confessoria*, che noi qui ammettiamo con lo SCHMIDT <sup>38)</sup>, contrapponendola alla ricostruzione approvata da questo scrittore e a quelle due azioni analoghe <sup>39)</sup>. Il termine *ad restituendam rem*, di cui è menzione nella L. 6 § 2 cit.

<sup>37)</sup> LENEL, loc. cit., pag. 360 sotto il num. 4.

<sup>38)</sup> Loc. cit., pag. 222 (vedi sopra pag. 11 (edizione tedesca pag. 13)) Così anche lo PFERSCHKE, loc. cit., pag. 124. — Cfr. DEMELIUS, loc. cit., pag. 16; nota 1.

<sup>39)</sup> Vedi LENEL, loc. cit., pag. 358 seg. sotto il num. 2 pag. 360 sotto il num. 4.

*de confess.* XLII, 2, vien posto al *confessus* non dal magistrato giurisdizionale, innanzi al quale è stata pronunciata la *confessio*, ma dall'*arbiter* nominato da quel magistrato in seguito alla *confessio*<sup>39 a)</sup>. Ed è appunto quest'*arbiter*, che procede eventualmente alla *litis aestimatio*, e condanna a pagarne l'ammontare. Se si reputa con la opinione dominante<sup>40)</sup>, che il *iussus de restituendo* nelle *actiones arbitrariae* sia un comando, che veniva intimato solo dopo constatato *in quali et quanto* l'oggetto concreto della restituzione, si troverà tanto più evidente, che esso là, dove doveva esser pronunciato in base a una *confessio in iure*, venisse emanato non dal pretore, ma da un *iudex privatus*. Io non condivido certo questa opinione. Mi sembra invece, che precisamente questa L. 6 § 2 mostri, che quel comando non sia stato altro che l'invito fatto dal *iudex* al convenuto in termini affatto generali di soddisfare l'attore sulla base della *pronuntiatio* entro un termine contemporaneamente assegnatogli<sup>41)</sup>. Io immagino quindi il procedimento ulteriore a un dipresso nel seguente modo. Se entro quel termine l'attore si dichiarava soddisfatto, aveva luogo l'*absolutio*. Nel caso contrario veniva stabilito *solo adesso*, che cosa in base alla *pronuntiatio* avrebbe dovuto prestare il convenuto *arbitratu iudicis*. Se egli aveva già in realtà fatta questa prestazione, oppure ne aveva fatta debitamente l'offerta, veniva parimenti assoluto; ove nè l'una ne l'altra cosa era avvenuta, aveva luogo la *litis aestimatio* e la *condemnatio*<sup>42)</sup>. E anche con questo mio

<sup>39 a)</sup> Cfr. anche L. 4 § 2 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 e su questa § 1838 a num. 90 nota 40.

<sup>40)</sup> Vedi per esempio SAVIGNY, *System*, Vol. V pag. 121 segg. — KELLER, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana) § 28 alla nota 322 § 67 alla nota 792. — BETHMANN-HOLLWEG, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana) vol. II, pag. 226 alla nota 41; pag. 288 alla nota 58.

<sup>41)</sup> Questo termine veniva sempre posto. Bisogna quindi distinguerlo da quello, di cui è menzione ai §§ 2 seq. I. *de off. iud.*, IV, 17. Vedi anche SAVIGNY, loc. cit., pag. 122 nota 1. — Di diversa opinione il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit.

<sup>42)</sup> Ciò vien confermato, a mio parere, dalla L. 35 § 1 D. *de R. V.*, VI, 1, che il KELLER, loc. cit. nota 322, cita in appoggio della sua opinione. Gli altri passi da lui citati (L. 13 § 9 D. *de a. p.*, XLI, 2; L. 9 § 1 D. *de furt.*, XLVII, 2; L. 8 § 4 D. *si serv.*, VIII, 5 e § 2 I. *de off. iud.*, IV, 17) non possono nulla provare per la nostra questione. Oltre di che circa il § 2 cit.,

modo d'intendere il *iussus de restituendo*, a prescindere dalla logica parità con la procedura contro il convenuto, contro il qua -

non bisogna dimenticare, che esso espone, non il diritto classico, ma il *giustiniano*, come mostra chiaramente la menzione della *cautio de litis aestimatione*; lo stesso si dica del § 3 *ead.* Vedi anche la nota 41. — A favore della mia opinione parla inoltre la L. 14 §§ 4 e 11 in fine D. *quod. met.*, IV, 2 (nella quale bisogna leggere col MOMMSEN: *si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, non tenebitur*); e soprattutto la semplice soluzione, che si trova in essa per l'enigma dell'*actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet*. Infatti se il *iussus* contiene l'invito affatto generico di soddisfare l'attore in base alla *pronuntiatio*, per esempio *N.º A.º decem Ephasi dare oportere*, non venendo eseguito il soddisfacimento, il convenuto deve essere condannato, come s'intende di per sè, non nell'*interesse* dell'attore, che il pagamento primitivamente dovuto abbia luogo in Efeso (*INTERERIT*), ma nell'*interesse* rappresentato dal non avere avuto luogo il pagamento colà (*INTERFUIT*), come ci fanno sapere infatti le sentenze delle fonti raccolte dal LENEL, *Ed. perp.*, pag. 194 (L. un. Cod. *ubi conv. qui certo loco*, III, 18; L. 2 § 8; L. 8 D. *de eo, quod certo loco*, XIII, 4; § 33 I. *de act.*, IV, 6; L. 15 D. *de comp.*, XVI, 2). Così intesa, mi sembra che una clausola del soddisfacimento concepita all'incirca nelle parole: « *nisi arbitrato tua pecunia solvetur* » non presenti materialmente difficoltà di sorta. Nè occorre dimostrare, come s'accordi con ciò ottimamente la L. 4 § 1 D. *de eo quod certo loco*, XIII, 4. Conveniamo invece col LENEL, *Beiträge zur Kenntnis des prätorischen Edicts* (Contributi alla conoscenza dell'editto pretorio), pag. 60 seg., nel non meravigliarci, che fosse qui concessa al convenuto la possibilità di sfuggire alla condanna, soddisfacendo l'attore dopo la *litis contestatio*, — una possibilità, che egli, se fosse stato citato al luogo di adempimento, non avrebbe avuto, giusta l'opinione dapprima generalmente accettata, e più tardi mantenuta ancora dai Proculeriani. Giacchè, a prescindere che questo era l'effetto involontario della forma dell'*arbitraria actio* scelta pel bene dell'attore, quest'ultimo, mercè l'apprezzamento che veniva fatto del suo *interesse* alla prestazione contrattuale, veniva anche pienamente risarcito del ritardo del suo soddisfacimento, ciò che egli non avrebbe conseguito mercè l'azione proposta al luogo di adempimento. L. 2 § 8 cit.; L. 10 D. *ead.* — Del resto non mi pare, che si possa ammettere, che la formula contenesse, sia nella clausola del soddisfacimento, sia nella *condemnatio*, un accenno espresso all'*interesse* dell'una o dell'altra delle due parti: di fronte a un tale accenno sarebbe troppo ingenua la questione di ULPIANO nella L. 2 § 8 cit.: « *utrum (iudex) quantitatem contractus debeat servare an vel excedere vel minuire quantitatem debeat* ». E senza dubbio è in certo modo forzato il riferire col LENEL, *Ed. perp.*, pag. 193, alla redazione dell'editto di GIULIANO la susseguente osservazione di quel passo: « *JULIANUS LABEONIS opinionem secutus etiam actoris habuit rationem* ». Non avrebbe potuto la *condemnatio* dopo la clausola del soddisfacimento esser concepita per esempio così: « *quanti ea res* (cioè la

tervenuta la *pronuntiatio*, è certo ragionevole il porre tutto il procedimento ulteriore contro il *confessus* nelle mani dell'*arbiter*. Perchè soltanto così perviene il *confessus* nella condizione spettante, secondo equità anche a lui, come al convenuto, di prender consiglio circa gli obblighi, che gl'incombono presso quell'autorità, che deve poscia decidere, se tali obblighi sono stati adempiuti.

85. Se l'impetrato impugna l'esistenza dei requisiti edittali dell'interdetto, o rispettivamente quei fatti che l'impetrante afferma allo scopo di ottenere un *interdictum utile*, oppure domanda una *exceptio*, sia ammettendo, sia contestando le affermazioni dell'avversario come tali, allora l'emanazione o il rifiuto dell'interdetto può esser preceduto da una discussione più o meno lunga.

L'interdetto vien rifiutato, quando le asserzioni dell'impetrante, ancorchè non vengano in nulla contestate, non fondano l'interdetto desiderato, per es. quando coosti, che il *flumen*, a cagion del quale egli domanda di essere tutelato con un *interdictum de flumine publico*, è un *flumen privatum*<sup>43</sup>); o quando colui che domanda l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* dice egli stesso, che la costruzione, contro la quale vuol esser tutelato, è già eseguita<sup>44</sup>); così pure quando è fuor di dubbio, che un *opus in solo factum*, riguardo al quale s'invoça il *Quod vi aut clam*, o è eseguito, sebbene contro

---

prestazione che secondo il parere del giudice soddisfa l'attore) *erit* (tenendo conto del suo ritardo fino alla sentenza), *tantam pecuniam etc. ?* ». Possiamo qui tralasciar di esaminare, se, ammessa tale opinione, le parole del § 33 c. I. *de act.*, IV, 6: « *Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione agit: idque enim PRAETOR MONSTRAT, SCILICET QUIA UTILITAS SOLVENDI SALVA EST PROMISSORI* » debbano venir riferite a un editto, che prometteva l'*actio*, nel quale l'*interesse* del convenuto alla prestazione nel luogo di adempimento era assicurato espressamente (LENEL, *Beiträge* (Contributi), pag. 60), o se esse possano in egual modo riferirsi alla clausola del soddisfacimento da me ammessa, la quale nell'azione al luogo stesso di adempimento è evidentemente senza oggetto (LENEL, *Ed. perp.*, pag. 196).

<sup>43</sup>) Cfr. L. 1 § 4 D. *de flum.*, XLIII, 12: *Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum est, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum*; L. 1 § 2 D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13; L. un. § 6 D. *de ripa mun.*, XLIII, 15.

<sup>44</sup>) L. 2 pr. in fine § 17; L. 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8.

un divieto dell'impetrante, pur tuttavia dal proprietario possessore entro i limiti del suo stato di possesso <sup>45)</sup>, oppure è eseguito dopo sufficiente preannunzio dell'*opus* progettato all'avversario, senza che questi abbia sollevata tempestivamente opposizione <sup>46)</sup>; oppure che dall'*opus* eseguito *vi aut clam* non è stato leso un interesse giuridico dell'impetrante <sup>47)</sup>. È possibile, che risulti subito *in iure* l'inesistenza dei fatti, che sono tra i requisiti dell'interdetto domandato. Il pretore per es. desume dai suoi atti, che all'impetrante non è stata data la *bonorum possessio* da lui affermata, o che più tardi è risultata *non ex edicto data* <sup>48)</sup>. Qui egli rifiuta il *Quorum bonorum* e il *Quod legatorum*, che colui reclama come presunto *bonorum possessor*. Oppure l'impetrante ammette, che il presunto precarista è proprietario della cosa che gli è stata data in precario non solo in considerazione del diritto di possesso dell'avversario: qui non avendo quegli la cosa in precario nel senso giuridico <sup>49)</sup>, non si può dare l'interdetto *de precario*. Per un'altra ragione, cioè perchè un *iusiurandum in iure delatum et praestitum loco solutionis cedit* <sup>50)</sup>, un giuramento prestato *in iure* dall'impetrato su delazione dell'impetrante, oppure dal quale il primo dopo l'accettazione è stato dispensato dall'impetrante, esclude qualsiasi interdetto sull'oggetto, su cui esso è stato deferito. E l'interdetto, come l'*actio*, vien denegato anche allorquando una *exceptio in iure* efficace prodotta in contrario è liquida, sia per la confessione dell'impetrante, sia per mezzi di prova inconfutabili. In questo modo può avere effetto anche l'*exceptio iusiurandi* basata su di un giuramento dell'impetrato deferito stragiudizialmente <sup>51)</sup>.

<sup>45)</sup> WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. II § 465 nota 9.

<sup>46)</sup> L. 5 § 1 D. *quod vi*, XLIII, 24.

<sup>47)</sup> L. 21 D. *de aq. et aq. pl. arc.*, XXXIX, 1. — STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio* (La dottrina dell'*operis novi nunciatio*), pag. 390 seg. WINDSCHEID, loc. cit. nota 6 a.

<sup>48)</sup> Vedi per esempio: L. 42 § 2 D. *de B. L.*, XXXVIII, 2; L. 11 pr. D. *de b. p. c. l.*, XXXVII, 4. — Cfr. LEIST, Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXVIII.

<sup>49)</sup> L. 4 § 3 D. *de prec.*, XLIII, 26; cfr. L. 6 § 4 *eod.*

<sup>50)</sup> L. 27, L. 28 § 1, L. 35 § 1 D. *de iureiur.*, XII, 2. Non esattamente lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 225 alla nota 1, il quale cita questo caso come un esempio della falsità constatata *in iure* delle asserzioni dell'impetrante.

<sup>51)</sup> L. 3 § 1 D. *de iureiur.*, XII, 2. Vedi sopra num. 82 pag. 402 (testo tedesco, parte II pag. 9).

Se la domanda di un interdetto appare abbastanza fondata, e all'interdetto non si oppone una *exceptio* liquida, la discussione *in iure* fino all'emanazione dell'interdetto, comprese le *exceptiones* in esso accolte, nel maggior numero dei casi procede semplicemente al suo fine, precisamente come la discussione sulla concessione di una *formula actionis* in pari circostanze.

Il più semplice corso del procedimento è quello, in cui si tratta di dare una formula interdittale stabilita nell'editto. Qui non bisogna fare altro, che modificare in modo corrispondente alla specie l'elocuzione, che in quella formula è mantenuta in termini indeterminati e generici, affinchè possa venir adattata con precisione a ogni dato caso. Così per es. all' « ILLE » o « IS » delle formule vien sostituito il nome dell'impetrante <sup>52)</sup> o dell'impetrato <sup>53)</sup>, o forse anche di un terzo <sup>54)</sup>, secondo le circostanze; oppure al nome schematico vien sostituito il nome reale della persona, a cui si accenna nel caso pratico <sup>55)</sup>; al « TU » ecc. e « TUUS » <sup>56)</sup> viene aggiunto il nome dell'im-

<sup>52)</sup> Così all'« ille » ecc. negli interdetti: *Quorum bonorum, Quod legatorum, de tabulis exhibendis, de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando, Ne quid in loco publico fiat, Ut via publica ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat, de ripa munienda, Unde vi* (qui anche nell'aggiunta della forma antica «cum ille possideret». *Cic., pro Caec., XXXII, 93*), *Quem fundum, de aqua ex castello duenda, de rivis, de cloaca privata, de remissionibus, Ne vis fiat aedificanti, de precario, de arboribus caedendis, de glande legenda, (Salvianum), fraudulentarium*; — all'« is » ecc. negli interdetti: *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, Ne vis fiat ei, quas ventris nomine in possessionem missa est, de loco publico fruendo* (v.: *ei qui conduxit sociove eius*), *de migrando* (v.: *quo minus ei, qui cum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat*).

<sup>53)</sup> Così è per l'« ab illo » negli interdetti *de itinere actuque privato, de itinere privato reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de fonte, de fonte reficiendo*.

<sup>54)</sup> Così all'« is » il nome del locatore nell'interdetto *de loco publico fruendo*, all'« ab eo » il nome del concedente nell'interdetto *de aqua ex castello duenda*; — come pure all'« is eave » nell'interdetto *de liberis exhibendis* il nome del figlio, e aggiungendo « is » oppure « ea » ove questo nome non apparisce accanto al « qui (o quae) in potestate Lucii Titii est » (Vedi il testo infra).

<sup>55)</sup> Così a « *Lucius Titius* » nell'interdetto *de tabulis exhibendis* era sostituito il nome del testatore; a « *Lucii Titii* » nell'interdetto *de liberis exhibendis* quello di chi aveva la potestà; a « *Lucius Titius* » nell'interdetto *de liberis duendis* quello del figlio di famiglia, a « *Lucii Titii* » e « *Lucio Titio* » in quel medesimo interdetto il nome di chi aveva la potestà; a « *Lucius Titius* » nel *fraudatorium* il nome del *fraudator*.

<sup>56)</sup> Per esempio negli interdetti *de tabulis exhibendis, de mortuo inferendo*,



petrato; e lo stesso avviene forse dovunque quest'ultimo è interpellato in seconda persona. Non ci fermeremo qui a esaminare, se negli interdetti *de homine libero exhibendo* e *de liberis exhibendis* accanto alle parole « *Quem liberum* » e « *Qui* (o *quas*) *in potestate Lucii Titii est* » venisse posto il nome della persona illecitamente detenuta. Una prova di due degli adattamenti qui mentovati della formula pubblicata nell'editto si ha in *Cic., pro Tull., XII, 29*:

*Videtis praetores per hos annos intercedere hoc interdicto velut inter me et M. Claudium: UNDE DE DOLO MALO TUO, M. TULLI, M. CLAUDIUS AUT FAMILIA AUT PROCURATOR EIUS VI DETRUBUS EST, caetera ex formula* (cioè precisamente nella forma stabilita nell'editto)<sup>56a</sup>).

Dell'espresso riferimento del *vi factum* a un divieto del figlio di famiglia, che domanda *suo nomine* il *Quod vi*, abbiamo già parlato sopra (§ 1835 num. 10 alla nota 74 pag. 53 (Ediz. tedesca, parte I, pag. 68)).

Se il *Quorum bonorum* o il *Quod legatorum* veniva richiesto presso un magistrato, che non era quel medesimo, che aveva conferito la *bonorum possessio* presupposta da questi interdetti, l'« *ex edicto meo* » doveva conseguentemente esser cambiato in « *ex edicto* » col nome di quest'ultimo magistrato al genitivo.

Finalmente è da presumere, come è stato già accennato, che nell'interdetto *de liberis exhibendis* nel luogo del « *Qui quaeve* » schematico venisse nella specie posto « *Qui* » o « *quae* ».

Sembra però, che questa specificazione dei termini generici delle formule edittali si sia limitata, almeno di regola, alla designazione delle persone interessate, e che riguardo ai rapporti materiali fosse invece mantenuto anche in ciascun dato caso il tenore indeterminato della formula. Così per es. risulta da *Cic., pro Caec., XXVIII, 80* (vedi infra § 1838 a num. 89 nota 22 a), che l'interdetto *Unde vi*

---

*de sepulchro aedificando, Ne quid in loco publico fiat* (nell'*exceptio stabile v. : tibi concessum est*), *de ripa munienda* (nella *exceptio stabile v. : si tibi damni infecti — vel cautum vel satisfatum est*), *Unde vi, Quem fundum, de cloaca privata, Ne vis fiat aedificanti, de arboribus caedendis, de glande legenda, de liberis exhibendis, de migrando, fraudatorium.*

<sup>56a</sup>) Sul significato di questa forma parallela dell'*Unde vi* cfr. KELLER, *Semestria ad Cic.*, vol. I, pag. 304 segg.

adattato al caso pratico non nominava il fondo controverso, dal quale l'impetrante affermava di esser stato espulso, ma ripeteva senz'altro l'*Unde* della formula stabilita nell'editto. Similmente nell'applicazione degli interdetti *de mortuo inferendo* e *de sepulchro aedificando* era detto: *Quo quave — mortuum inferre — ius est, Quo — ius est — mortuum inferre*; e gli interdetti *de loco sacro, religioso, sancto, publico, de via publica, de flumine publico, de cloaca publica* nella loro applicazione pratica non designavano mai la piazza, la via, il fiume, la cloaca del caso particolare, ma solo una piazza, una via, un fiume, una cloaca della qualità richiesta, perchè venga accordato l'interdetto. Così l'*Uti possidetis* diceva soltanto « *eas aedes* », « *eum fundum* », e gli interdetti *Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum* a designare il loro oggetto concreto non usavano che queste parole iniziali indeterminate, che servono anche loro di nome. Così pure gli interdetti *de itinere privato* e *de itinere privato reficiendo* cominciavano sempre con « *Quo itinere actuque* » e gli interdetti *demolitorium* e *Ne vis fiat aedificanti* con « *Quem in locum nuntiatum est* » senza designazione precisa. E la stessa specificazione relativa, fatta intercalando nella formula le parole « *qua de agitur* » o simili, si trova solo in alcuni degli interdetti testè citati, senza che si possa scorgere, perchè si riscontri in questi e manchi in altri. Così manca nell'*Unde vi*<sup>57)</sup>, e inoltre in tutti gli interdetti creati a tutela delle *res sacrae, religiosae, sanctae, publicae* e nell'interdetto *de itinere privato reficiendo*, mentre si trovava negli interdetti *Uti possidetis, de superficibus, de itinere privato, demolitorium, Ne vis fiat aedificanti, de precario, Utrubi, de migrando*.

Per eccezione sembra peraltro, che sia stato designato più precisamente nell'applicazione concreta anche il rapporto di fatto, di cui trattava l'interdetto; così nel *Quod vi aut clam* secondo la L. 22 § 4 D., *quod vi*, XLIII, 24:

(VENULEIUS, lib. II *interd.*). *Si quis proiectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte*

<sup>57)</sup> A ragione rigetta lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 227 nota 14, l'opinione diversa del KELLER, *Semestria ad Cic.*, vol. I, pag. 296 segg. come priva dell'appoggio delle fonti. Cfr. anche LENEL, *Ed. perp.*, pag. 373.

*cum eo agi Quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri non solum is locus est, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse*<sup>58)</sup>.

Anche la forma contenente come requisito dell'interdetto più alternative, quale era data dall'editto per taluni interdetti, veniva mantenuta nel caso pratico, ancorchè fosse fin dal principio fuor di dubbio, che l'impetrante appoggiava la sua domanda esclusivamente su una delle alternative. Ciò è attestato riguardo all'interdetto *de itinere actuque privato*, nel quale la formola edittale suonava:

*Quo itinere actuque, quo de agitur, hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es etc.*<sup>59)</sup>.

Infatti nella L. 1 § 4 D. *de it. actuy. pr.* XLIII, 19 è detto:

(ULP. lib. LXX, *ad ed.*). *Si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare vel iter vel actum in usu habuisse.*

Lo stesso risulta per il *Quod vi aut clam*, la cui forma completa, che in realtà contiene due alternative, che si escludono reciprocamente, vien sempre usata anche là, dove manifestamente si accenna a una sola di esse, anzi una sola è concepibile<sup>59a)</sup>.

E non altrimenti dev'essere stato per gli interdetti *de vi*.

L'interdetto *de vi non armata* nella sua antica forma suonava:

*Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius — vi deiecisti*<sup>60)</sup> etc. —,

<sup>58)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 387 nota 14. Vedi sopra § 1835 num. 10 nota 74 pag. 53 (testo tedesco parte I pag. 68).

<sup>59)</sup> L. 1 pr. D. *de it. actuy. priv.*, XLIII, 19. Bisogna cancellare, perchè glossemi, le parole « *privato* » dopo « *actuque* », e « *vel via* » dopo « *agitur* », come fa il MOMMSEN. LENEL, loc. cit. pag. 383 seg. note 16 e 17. Di diversa opinione è lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 79 nota 17 pag. 226.

<sup>59a)</sup> L. 17 D. *quod vi*, XLIII, 24 (vedi sopra § 1835 num. 10 nota 68 pag. 51 (testo tedesco parte I pag. 65)). L. 13 § 1 *ead.* (ivi pag. 51 (testo tedesco pagina 64 seg.)). L. 9 D. *de O. et A.*, XLIV, 7 (ivi nota 67 pag. 50 (testo tedesco pag. 64)) messe in correlazione con L. 13 § 2 D. *quod vi*, XLIII, 24 (ivi pag. 53 seg. (testo tedesco pag. 69)). Cfr. quanto è ivi esposto.

<sup>60)</sup> CIC, *pro Tull.*, XIX, 44. — LENEL, loc. cit. pag. 371.

e l'interdetto *de vi armata*:

*Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti etc.* <sup>61)</sup>.

Senza dubbio <sup>62)</sup> tutte le alternative qui indicate venivano comprese nell'interdetto in ogni caso pratico, di modo che nell'interdetto *de vi non armata* con le varie combinazioni possibili <sup>63)</sup> si potevano avere non meno di nove casi diversi come requisiti riconosciuti e indipendenti tra loro, mentre l'impetrante avrà per lo più fatto valere uno solo di questi casi possibili come fatto realmente avvenuto. GIULIANO ha semplificato essenzialmente la formula edittale lasciando nella menzione della parte espulsa soltanto il principale (*illum*), dappoichè questi era considerato egli stesso come espulso nella sua *familia* e nel suo *procurator* <sup>64)</sup>, e cancellando la parola *procurator* anche nella menzione della parte espellente, dappoichè l'espulsione operata dal *procurator* era posta a carico del principale come una espulsione operata con un atto proprio <sup>65)</sup>. È rimasta dunque soltanto l'alternativa: *Unde — tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit* <sup>66)</sup>, il cui secondo membro serviva a dare adito alla domanda nossale contro quel principale, che non aveva nè comandata nè approvata l'espulsione operata dalla sua *familia*, e non poteva quindi esser trattato come deiciente <sup>67)</sup>. È certo però, che l'interdetto veniva dato con questa alternativa, anche allorquando l'impetrante voleva adoperarlo unicamente come interdetto *directum*, oppure unicamente come interdetto nossale.

<sup>61)</sup> CIC., *pro Caec.*, XIX, 55 (vedi pag. 426 (testo tedesco parte II pag. 40)). — LENEL, loc. cit. pag. 375.

<sup>62)</sup> Cfr. CIC., *pro Caec.*, XIX, 55.

<sup>63)</sup> 1) *tu illum*, 2) *tu familiam illius*, 3) *tu procuratorem illius*, 4) *familia tua illum*, 5) *familia tua familiam illius*, 6) *familia tua procuratorem illius*, 7) *procurator tuus illum*, 8) *procurator tuus familiam illius*, 9) *procurator tuus procuratorem illius*.

<sup>64)</sup> L. 1 § 22 D. *de vi*, XLIII, 16.

<sup>65)</sup> L. 1 §§ 12 e 14; L. 3 § 10 *eod.*; L. 152 §§ 1 *seg.* D. *de R. I.* L, 17.

<sup>66)</sup> L. 1 pr. D. *de vi*, XLIII, 16. — LENEL, loc. cit. pag. 373.

<sup>67)</sup> L. 1 cit. §§ 11, 15 (vedi sopra § 1837 num. 72 pag. 344 e 336) (testo tedesco parte I pag. 450 e pag. 445).

Appunto quest'interdetto ci mostra nello stesso tempo con le parole « *aut familia tua deiecit* », che il pretore non soleva cambiare nella forma stabilita nell'editto nessuna parola, che non fosse stata fin da prima usata puramente come schematica, a meno che l'*interpretatio* non dichiarasse inevitabile la sostituzione di un *interdictum utile* all'interdetto formulato nell'editto: l'« *aut familia tua* » era usato anche quando si trattava di un solo schiavo.

CIC., *pro Caec.*, XIX, 55: UNDE TU AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS. *Si nec vilicus tuus solus deiecisset, non familia deiecisset, ut opinor, sed aliquis de familia. Recte igitur diceres, te restituisset? Quipe. Quid enim facilius est quam probari iis, qui Latine sciant, in uno servulo familiae nomen non valere? Si vero ne habeas quidem servum praeter eum, qui me deiecerit, clames videlicet: Si habeo familiam, a familia mea fateor te esse deiectum. Neque enim dubium est, quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intelligamus quae constet ex servis pluribus, quin unus homo familia non sit. Verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit.* § 56. *At vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem et pro nihilo putet.* c. XX. *Quid ergo? isti homines Latine non loquuntur? Immo vero tantum loquuntur, quantum est satis ad intelligendam voluntatem: cum sibi hoc proposuerint, ut sive me tu deieceris sive tuorum quispiam sive servorum sive amicorum, ut servos non numero distinguant, sed appellant uno familiae nomine* <sup>64</sup>).

86. Però non sempre bastava il semplice completamento dello schema: spesso delle ragioni di fatto richiedevano, che l'interdetto formulato nell'editto venisse emanato *utiliter*, oppure, anche senza un modello edittole, che si dovesse costruire un interdetto, per così dire, *ad hoc*.

Nella maggior parte dei casi di questo genere non vi sarà stato alcun dubbio, che un interdetto stabilito nell'editto non era applicabile che con una certa modificazione, e che una volta modificato

<sup>64</sup>) Vedi L. 1 cit. § 17 e su questa vedi sopra § 1837 num. 72 pag. 344 (testo tedesco parte I pag. 450).

poteva essere applicato, per es. il *Quod legatorum* a cose, che erano state prese in possesso senza l'autorizzazione del magistrato *fideicommissorum nomine* <sup>61)</sup>; l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa missus est* pel fedecommissario o a tutela della *missio Antoniniana* <sup>62a)</sup>; l'interdetto *de aqua aestiva per aqua hiberna* <sup>62b)</sup>, ecc. Non mancano purtuttavia tracce di controversie sulla necessità di modificare un interdetto stabilito nell'editto, o sull'ammissibilità di un interdetto emanato *ad hoc*. Mentre per es. taluni giuristi reputavano, che il *Quod legatorum* edittale fosse disadatto contro colui, che aveva preso di proprio arbitrio l'oggetto dell'usufrutto legatogli, perchè un tale legatario non possiede ma detiene soltanto, e con ciò ammettevano che si potesse ricorrere solo a un *Quod legatorum utile*, ULPIANO era di contraria opinione <sup>70)</sup>. ULPIANO ammetteva quell'interdetto anche contro colui, che era stato immesso *legatorum servandorum causa*, per lo meno quando gli era stata data *cautio legatorum nomine* <sup>71)</sup>, sebbene questi, principalmente a partire dall'au-

<sup>61)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 363 nota 2.

<sup>62a)</sup> L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

<sup>62b)</sup> L. 1 § 35 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20.

<sup>70)</sup> L. 1 § 8 D. *quod legat.*, XLIII, 3 (ULP., lib. LXVII, *ad ed.*): *Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictum eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. idem dicendum est et in servitute relicta.* VAT. FRAGM. § 90: (VENULEIUS ?) — *Si usufructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et (ut scr. HUSCKE) interdictum Uti possidetis utile hoc nomine proponitur (et ins. MOMMSEN) Unde vi, quia non possidet, (etiam ins. H.) utile datur, quod taliter (H.) concipiendum est: Quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quo minus possideres uteris frueris.* — RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI, pag. 341 seg., il quale peraltro mi pare che vada troppo oltre, quando ammette, che alcuni giuristi romani abbiano qui lasciato il *bonorum possessor* privo di difesa. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 14 seg.

<sup>71)</sup> L. 1 cit. § 9: *Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem. movet illud primum, quod non possidet is, qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod praetorem habet huius rei auctorem. tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine, nec recedat: tunc enim etiam possidere videtur.* Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 29 nota 12.

torizzazione pretoria, non possedesse *legatorum nomine*, ma avesse piuttosto la cosa in custodia *legatorum servandorum causa*, e dopo la prestazione della cauzione divenisse possessore *pro possessore*<sup>71a)</sup>. GAIO<sup>71b)</sup> e MARCIANO<sup>71c)</sup> volevano perciò che qui si applicasse un interdetto creato a bella posta, presumibilmente un *prohibitorium*. Così una volta un pretore aveva emanato un interdetto a tutela di una cloaca nuova praticata in terreno pubblico, ed era stato approvato da OFILIO e da TREBAZIO; LABEONE invece pare lo abbia disapprovato<sup>71d)</sup>, perchè il permesso per costruzioni di tale specie poteva esser dato soltanto dal pubblico magistrato incaricato della *cura viarum publicarum*<sup>71e)</sup>, quantunque egli non avesse alcuna difficoltà

<sup>71a)</sup> Arg. L. 13 § 12 D. *de H. P.*, V, 3.

<sup>71b)</sup> L. 11 D. *ut legat.*, XXXVI, 3 (lib. XIII, *ad ed. prov.*): *Si legatariis, qui adversus me in possessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi praetor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem*. Lo PFERSCHE, *Interdicte*, pag. 150, opina risultare da questo frammento, che il pretore veniva per eccezione in aiuto dell'erede mercè un interdetto, e trova una ragione « per questo trattamento particolarmente favorevole » solo nella considerazione, « che l'erede, che non aveva ancora preso possesso delle cose dell'eredità, non poteva di fronte ai legatarii immessi, nè far uso di azioni possessorie, nè procedere di proprio arbitrio ». Io non posso scorgere nel frammento, nè un eccezionale trattamento favorevole, nè nulla che indichi, che l'interdetto fosse dato soltanto a quell'erede, che non aveva ancora preso possesso delle cose dell'eredità.

<sup>71c)</sup> Arg. L. 40 D. *de solut.*, XLVI, 3 (lib. III, *Instit.*): — *item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit*.

<sup>71d)</sup> L. 2 D. *de cloac.*, XLIII, 23: (VENULEIUS, lib. I, *interd.*) *Quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aequè interdicendum LABEO ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas est: praetorem enim sic interdixisse « ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret » (tamen, LABEO ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas est, praetorem sic interdixisse « ne vis — liceret » scr. M.): idque OFILIO et TREBATIO placuisse. ipse dicendum ait, ut ne (ante scr. M.) factam cloacam purgare et restituere permittendum sit per interdictum, novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit*. Cfr. SCHMIDT, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), volume XV, pag. 84 segg.

<sup>71e)</sup> Vedi MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* (Diritto pubblico romano), vol. II, 1° pag. 589 nota 6.

ad accordare la tutela interdittale per l'immissione di una cloaca privata in una cloaca pubblica, parimenti senza un modello dell'editto <sup>71 f</sup>). Semprechè non fosse vincolato dai concordi *responsa* ottenuti dalle due parti da giuristi patentati, o dal *responsum* di uno di tali giuristi addotto da una sola parte, il pretore avrà in tali casi dato luogo a minute discussioni tra le parti. Ed è altresì da presumere, che talvolta vi sarà stata una viva contesa sulla forma speciale di un interdetto domandato *ad hoc*, contro la cui ammissibilità forse non si sarà neppur tentato di sollevare obiezioni <sup>72</sup>).

Un motivo generale per la modificazione della formula edittale si aveva là, dove si doveva cominciare per riacquistare mediante la *restitutio in integrum* un interdetto divenuto nel caso pratico inammissibile. Qui doveva questo allora esser dato *utiliter*, purchè potesse esser reso di nuovo efficace con l'opportuno cambiamento dei requisiti, o con l'omissione di una *exceptio* stabile. Si aveva il primo caso, per es. quando veniva data la *restitutio* contro la prescrizione dell'interdetto *de itinere actuque privato*: invece dell'« *hoc anno* » doveva porsi un termine corrispondente alle circostanze, quale per es. « *superiore anno* », oppure « *tertio, quarto etc. ab hoc anno* ».

---

<sup>71 f</sup>) L. 1 § 9 D. *de cloac.*, XLIII, 23: (ULP., lib. LXXI, *ad ed.*) *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 (sed et Pomponius scribit, si quis velit — non esse eum impediendum scr. M.)*. Vuole ULPiano, con una prolissità, che allora è certo insopportabile, far dire a POMPONIO la stessa cosa, che egli ha prima riferito come opinione di LABEONE? oppure voleva LABEONE tutelare soltanto l'immissione in una cloaca pubblica di una cloaca privata già esistente, ma scaricantesi finora in una cloaca privata altrui o qualche cosa di simile, e POMPONIO anche la nuova costruzione di una cloaca privata, che sbocca in una cloaca pubblica? La proposta di una trasposizione di parole fatta dal MOMMSEN sembra basarsi sulla prima interpretazione. Tuttavia poichè appunto in questa trasposizione il « *sed et* » apparisce affatto improprio, tanto più si dovrà dare la preferenza all'altra interpretazione, respingendo quella proposta.

<sup>72</sup>) Per esempio sulla forma assai minuziosa dell'interdetto *de aqua* senza modello, che LABEONE sembra abbia proposto contro l'inquinamento dell'acqua. L. 1 § 27 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20. — LENEL, loc. cit. pag. 384 e seg. nota 18.



L. 1 §§ 9 sq. D. *de it. actus. priv.*, XLIII, 19:

(ULP. lib. LXX, *ad. ed.*). *Si quis propter inundationem usus non sit itinere actusque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte « si qua mihi iusta causa esse videbitur » . sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere MARCELLUS probat . praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet. § 10: Praeterea sciendum est, si dilatione data adversario futurum est, ut causa interdicti mei deterior fiat, ac-quissimum est repetita die reddi interdictum <sup>73)</sup>.*

L'altro caso si verificava per es. quando era data la *restitutio* contro la prescrizione del *Quod vi aut clam*: qui il conferimento della *restitutio* consisteva nell'omissione della *exceptio annua*.

L. 15 § 5 D. *quod vi*, XLIII, 24:

(ULP., lib. LXXI, *ad. ed.*). *Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, ut puta in sepulchro vi aut clam factum est vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus vel sub aqua vel (in ins. M.) cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est: nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et iusta causa ignorantiae interveniente <sup>74)</sup>.*

Per contro la *restitutio in integrum* contro l'esclusione da un interdetto non importava modificazione della formula edittale, quando si compieva col rifiuto di una *exceptio* non stabile contro l'interdetto in sè fondata. Ciò ci è attestato rispetto alla *exceptio, si de ea re interdictum non est* nell'interdetto *de homine libero exhibendo* <sup>75)</sup>.

<sup>73)</sup> Cfr. L. 26 § 4 D. *ex quib. c. mai.*, IV, 6.

<sup>74)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 230, reputa inoltre possibile, che la restituzione qui si compiesse mediante l'inserzione di una replica a quella *exceptio*, per esempio aggiungendo: « *aut si plus est (sc. quam annus), at ille ita factum esse ex iusta causa ignoraverit* ». Allora il *iudex privatus* avrebbe dovuto decidere sull'esistenza della *causa restitutionis*: mi sembra, che ciò fosse esclusivamente affare del magistrato; il *iudex* poteva decidere soltanto sullo stato di fatto della *laesio*.

<sup>75)</sup> L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (vedi infra num. 88 dopo la nota 37).

Dava in specie frequente motivo all'emanazione di un interdetto utile la rappresentanza, sia dall'una parte che dall'altra.

Negli interdetti restitutorii ed esibitorii la compilazione della formula non presenta alcuna difficoltà; secondo ogni probabilità essa avveniva come nelle *formulae actionum*; si poneva cioè il nome del rappresentante nell'ordine stesso in luogo del nome del principale, mentre nei presupposti dell'ordine, appariva il nome del principale. Per esempio così:

*Unde tu, Numeri Negidi, Aulum Agerium deieciisti, eo Lucium Titium (Auli Agerii procuratorem) restituas.*

*Unde Numerius Negidius Aulum Agerium deiecit, eo tu, Luci Titi, Aulum Agerium restituas.*

*Quas tabulas Publius Mevius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te, Numeri Negidi, sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas Lucio Titio (Auli Agerii procuratori) exhibeas.*

*Quas tabulas Publius Mevius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes Numerium Negidium sunt, aut dolo malo eius factum est, ut desinerent esse, ita eas tu, Luci Titi, Aulo Agerio exhibeas.*

Peraltro s'intende di per sè, che la designazione del principale non era necessaria, quando la formula edittale nei presupposti dell'ordine era concepita impersonalmente. Così segnatamente nel *Quod vi aut clam* riguardo all'autore dell'atto: qui era detto semplicemente: *Quod vi aut clam factum est*. Quindi se il rappresentante veniva citato per il *vi aut clam factum* del principale (*alieno nomine*), poteva adoperarsi la formula edittale dell'interdetto: dal suo tenore non si vedeva punto, che colui, al quale era diretto il « *restituas* » compariva come rappresentante <sup>76</sup>). Tanto più era appropriata la formula edittale là dove il rappresentante era chiamato a rispondere di un *vi aut clam*

<sup>76</sup>) L. 3 § 10 D. *quod vi*, XLIII, 24: *Idem (scil. LABEO) ait, et adversus procuratorem, tutorem, curatorem, municipumve syndicum alieno nomine interdici posse*. Con queste parole è detto qualche cosa di più che non, che anche il *Quod vi* ammette una rappresentanza dalla parte dell'impetrato: in tutti casi non v'era più alcun motivo per ULPIANO di far rilevar ciò.

*factum* commesso o ordinato da lui, che obbligava il principale tutt'al più alla *praestatio patientiae*. Parrebbe, è vero, che ULPIANO ammettesse una forma diversa, là dove osserva nella L. 11 § 6 D., *quod vi*, XLIII, 24 <sup>77)</sup>: *eveniat, ut in ipsum tutorem curatoremque aut utilis actio competat aut etiam UTILE INTERDICTUM*; ma l'*utilitas*, di cui qui si parla, non può essere intesa nel senso della creazione di un mezzo di tutela giuridica per un dato caso. Perocchè, come non si può trovare un'*actio*, che potesse essere configurata specialmente per questo caso, così non c'è alcun motivo plausibile per una modificazione della formula editale dell'interdetto <sup>77a)</sup>. Però se ci rammentiamo, che al tempo di ULPIANO nel caso di una condanna pronunciata per sentenza contro il tutore veniva negata l'*actio iudicati*, quando questi era appunto stato citato solo come tutore <sup>77b)</sup>, ci apparirà manifesto, che qui doveva aver luogo quell'azione spettante *ipso iure*; ed è ciò appunto, che può aver voluto dire ULPIANO. È dunque da presumere, che la parola « *iudicati* » o sia scomparsa o sia stata per un malinteso trasformata nella parola « *utilis* »; oppure che v'era originariamente una proposizione, tolta via dai compilatori, con la quale risultava chiaramente dal senso, che la parola « *actio* » usata così indeterminatamente voleva significare l'*actio iudicati* <sup>77c)</sup>. Ora se nel nostro caso veniva data l'*actio iudicati* in base al *Quod vi* ottenuto contro il tutore durante l'esercizio del suo ufficio, se ne può logica-

<sup>77)</sup> Vedi questo passo sopra § 1837 num. 69 pag. 307 seg. (testo tedesco parte I pag. 411).

<sup>77a)</sup> Quale scopo avrebbe avuto l'indicare qui, come il LENEL, *Ed. perp.*, pag. 387 note 11 e 15, ritiene che avvenisse, la persona di colui che aveva commesso l'atto, modificando la forma ordinaria dell'interdetto?

<sup>77b)</sup> L. 4 § 1 D. *de rei iud.*, XLII, 1. — KELLER, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana), § 53 nota 625.

<sup>77c)</sup> *Utilis iudicati actio competat* starebbe benissimo appunto per esprimere, che in questo caso l'*actio iudicati*, che per sè stessa spetta sempre, viene anche realmente data contro il tutore. L'esser stata cancellata la parola « *iudicati* » in questo caso, e l'esser stata scambiata con la parola « *utilis* » nell'altro, dove ULPIANO doveva aver scritto senz'altro « *iudicati actio* », si spiega assai naturalmente con l'ipotesi, che i compilatori non abbiano saputo far entrare « l'*actio iudicati* » nel contesto di questo passo; il mettere invece « *utilis* » nel secondo caso era suggerito dall'« *utile interdictum* », che viene dopo.

mente dedurre, che ancora dopo finita la sua tutela potesse venir domandato l'interdetto contro di lui *con successo, utiliter* in questo senso: qui poi egli era responsabile *suo nomine*.

Come adunque rimaneva applicabile la forma edittale del *Quod vi aut clam* anche contro un rappresentante del vero avversario, così era applicabile quando un rappresentante compariva invece dalla parte dell'attore. Soltanto quando un figlio di famiglia piativa a cagione di un *opus* fatto contro il suo divieto, era necessario un *interdictum* utile, per indicare questo motivo <sup>73)</sup>.

Tra gli interdetti proibitorii ve n'è un gran numero, che non si rivolgono all'impetrato, essendo il divieto concepito impersonalmente, e non trovandosi nei requisiti un accenno ad esso impetrato <sup>79)</sup>. Qui non scorgo alcuna difficoltà per ritenere, che l'interdetto veniva pronunciato nella forma edittale, anche quando dalla parte dell'impetrato compariva un rappresentante, per esempio così:

*Quo minus Aulo Agerio via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto.*

Dove il divieto è espresso impersonalmente, segnatamente quindi con le parole *vim fieri veto*, ma i requisiti, che presuppone, contengono un accenno alla persona dell'impetrato, per esempio nell'interdetto *de mortuo inferendo* o nel *de itinere privato*, l'interdetto diretto contro il rappresentante deve naturalmente aver sostituito in questo accenno il nome del principale, per esempio così:

*Quo quave Aulo Agerio mortuum inferre invito Numerio Negidio ius est etc.*

*Quo itinere actuque q. d. a., hoc anno nec vi neo clam neo precario a Numerio Negidio usus es etc.* <sup>80)</sup>.

<sup>73)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 10 pag. 53 (testo tedesco parte I pag. 68).

<sup>79)</sup> Tali sono gli interdetti: *Ne quid in loco sacro fiat, Ne quid in via publica fiat, Ut via publica ire agere liceat, de loco publico fruendo, de via publica reficienda, Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, Ut in flumine publico navigare liceat, de aqua ex castello ducenda, de remissionibus.*

<sup>80)</sup> E similmente negli interdetti: *de sepulchro aedificando, de itinere reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de rivis, de fonte, de fonte reficiendo, de cloaca privata, Ne vis fiat aedificanti (v.: aut per te stat, quo minus satisdatur), de arboribus caedendis, de glande legenda, de migrando.*

Ma qual norma si sarà tenuta negli interdetti: *Ne quid in loco publico fiat* e *Ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur*, nei quali secondo l'editto il divieto era pronunciato in seconda persona: *Ne quid facias — immittas?* Noi dobbiamo con lo SCHMIDT <sup>81)</sup> ritenere questa forma affatto disadatta di fronte al rappresentante dell'impetrato: ciò che importava non era, che venisse proibita qualche cosa al rappresentante, ma che venisse proibita al principale. Ora se un divieto concepito impersonalmente espresso di fronte al rappresentante vincolava il principale, questi sarà certo stato anche vincolato da un divieto riferito a lui in terza persona, ma intimato al rappresentante, come per esempio:

*Ne quid Numerius Negidius in loco publico faciat neve eum locum immittat etc.*

Negli interdetti popolari proibitorii concepiti impersonalmente anche in rapporto all'impetrante s'intende di per sè, che non si può parlare di una rappresentanza per l'impetrante; e così in quelli tra questi interdetti, che nella forma edittale designano l'impetrante con « *illi* » <sup>82)</sup>.

Negli interdetti privati proibitorii non manca mai, a quanto io veggo, l'accento alla persona dell'impetrante. Naturalmente in caso di rappresentanza quest'accento dev'esser mantenuto; e ciò si fa ponendo in luogo dell'*ille* o *is* schematico il nome del principale, e cambiando la seconda persona dello schema in terza designando appunto il principale, per esempio così:

*Quo quare Aulo Agerio (cioè al principale) mortuum inferre invito te ius est etc.*

*Quo itinere actuque, q. d. a., Aulus Agerius hoc anno n. v. n. cl. n. pr. a Numerio Negidio usus est, quo minus ita utatur etc.*

Come lo SCHMIDT <sup>83)</sup> ha con molto acume osservato, quest'ipotesi trova la sua conferma nella L. 13 pr. D. de. O. N. N., XXXIX, 1:

<sup>81)</sup> Loc. cit. pag. 232.

<sup>82)</sup> Son questi gli interdetti: *Ut via publica ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat, de ripa munienda*. Cfr. su di essi sopra § 1835 num. 8 pag. 43 (testo tedesco parte I pag. 54).

<sup>83)</sup> *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* (Annali del diritto comune tedesco) di BEKKER e MÜLLER, vol. IV, pag. 221 nota 19.

(JULIAN., lib. XLI, dig.). *Cum procurator opus novum nuntiat et satisfaciat rem ratam dominum habiturum, et remissio in domini personam confertur.*

Il che significa: nel caso in discorso l'interdetto di remissione schematico:

*Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat . ceterum nuntiationem missam facio —*

nella forma concreta pone il nome del principale:

*Quod ius sit Aulo Agerio (domino) prohibere, ne etc.* <sup>84</sup>).

Lo SCHMIDT <sup>85</sup>) suppone, che un interdetto proibitorio pronunciato di fronte al rappresentante contenesse l'aggiunta: *quod tu, procurator, illi (sc. domino) renunties*. Tuttavia è difficile, che l'effetto dell'interdetto, a favore o contro il principale, dipendesse dall'essere stato dal rappresentante dato o no seguito a quest'ordine di riferire il divieto al principale. Ora se quell'effetto aveva luogo senz'altro in forza del rapporto di rappresentanza, quest'ordine era dunque affatto superfluo.

Finalmente per ciò che riguarda gli *interdicta duplicia* nel caso della rappresentanza, la forma dell'*Utrubi*, che conteneva le espressioni « *utrubi* » e « *ab altero* », essendo impersonale rispetto ad ambedue le parti, avrà reso inutile una modificazione. Nell'*Uti possidetis* invece la forma editale diretta alle parti: « *Uti eas aedes nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis* » sarà stata trasformata per esempio così:

*Uti eas aedes Aulus Agerius et Numerius Negidius nec vi nec clam nec precario alter ab altero possident, quo minus ita possideant.*

87. Non di rado l'emanazione di un interdetto doveva esser preceduta da una formale *causae cognitio*, cioè da una decisione del magistrato su discussione in contraddittorio e previa esecuzione della prova.

<sup>84</sup>) BURCKARD nella Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX (testo tedesco) parte I pag. 316 seg.

<sup>85</sup>) Loc. cit. pag. 232 nota 24.

Essa aveva luogo per principio generale là dove il rilascio dell'interdetto presupponeva una *restitutio in integrum* contro la perdita del diritto a un interdetto edittale: l'esame della *iusta causa restitutionis* formava il contenuto di questa *cognitio* <sup>86)</sup>.

Così pure era necessario una *causae cognitio*, quando si trattava di dare per un caso particolare un *interdictum utile*, che non aveva già ottenuto forma stabile nella pratica del foro, o di creare un interdetto senza modello affatto. Ed altresì quando l'impetrato invocava una *exceptio* non formulata nell'editto <sup>87)</sup>.

Inoltre negli interdetti popolari doveva aver luogo una *causae cognitio* per decidere, a chi tra più impetranti comparsi contemporaneamente si dovesse accordare l'interdetto <sup>88)</sup>. Ed anche quando il pretore ritenesse l'impetrante sospetto di collusione oppure di calunnia, si doveva procedere a un esame dei motivi di sospetto, per ricusare l'interdetto nel caso che tali motivi risultassero fondati <sup>89)</sup>.

<sup>86)</sup> Tal'è il caso, in cui la *restitutio in integrum* si opera mediante *denegatio* di una *exceptio* non stabile in sè fondata, per esempio dell'*exceptio*, *si de eare interdictum non est* nell'interdetto *de homine libero exhibendo* per collusione con l'impetrante dell'interdetto precedente. L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (vedi infra num. 88 dopo la nota 37. Al contrario per dare questo interdetto senza quell'*exceptio* nel caso, in cui l'impetrato condannato ha pagato la *litis aestimatio* invece di rilasciare l'uomo libero da lui detenuto illecitamente, non v'è bisogno di alcuna *restitutio in integrum* e quindi di alcuna *causae cognitio*. Se l'impetrato realmente non detiene più l'uomo libero, egli nel procedimento derivante dal nuovo interdetto verrà necessariamente assolto; nel caso contrario si ha una *alia res*, la continuazione cioè della delittuosa privazione di libertà, alla quale, come s'intende di per sè, l'impetrato non può acquistare un'autorizzazione: la *litis aestimatio* qui non rappresenta, come per esempio, di fronte a una vittoriosa *rei vindicatio*, un risarcimento pel mancare della prestazione, che in realtà avrebbe dovuto esser fatta, ma è una pena. Vedi sopra § 1835 num. 7 pag. 38 (testo tedesco parte I pag. 49). Per conseguenza nemmeno l'inserzione di quell'*exceptio* impedisce l'effetto dell'interdetto ripetuto; se lo stato delle cose è chiaro *in iure*, l'*exceptio* vien denegata: e questo è certo il caso ordinario

<sup>87)</sup> GAIO, IV, 118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet praepositas, alias causa cognita accommodat*. Vedi L. 1 § 6 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13 (sopra § 1837 a num. 74 pag. 353 (testo tedesco parte I pag. 473)).

<sup>88)</sup> L. 3 § 12 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 messa in correlazione con la L. 2 D. *de pop. act.*, XLVII, 23. Cfr. sopra § 1835 num. 7 pag. 34 (testo tedesco parte I pag. 43) e num. 8 nota 44 pag. 45 (testo tedesco pag. 57).

<sup>89)</sup> L. 3 cit. § 10 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (vedi sopra pag. 45 (testo tedesco parte I pag. 57) nota 44.

Vari motivi di *causae cognitio* presenta l'interdetto *de liberis ducendis*. Essa è qui sempre necessaria, quando la persona, sulla cui qualità di figlio di famiglia si contende, è di sesso femminile, oppure è impubere, o appena uscita d'impubert . Nel caso della sua impubert  il magistrato deve indagare, se, avuto riguardo alla persona di colui, che afferma di aver la potest , da una parte, e dall'altra parte a quella di colui, che sostiene non essere l'impubere soggetto a potest , non sia meglio pel vantaggio di questo, che la lite venga differita fino al tempo della sua pubert <sup>90</sup>). Se in seguito a tale indagine egli d  subito l'interdetto, deve aver cura, che l'impubere fino alla decisione della lite stia sotto l'adatta custodia di una donna; e questo medesimo dovere gl'incombe di fronte a una giovinetta e di fronte a un giovinetto uscito da poco d'impubert <sup>91</sup>). In questo interdetto   inoltre necessaria una *causae cognitio*, quando dalla parte

<sup>90</sup>) L. 3 § 4 D. *de lib. ezh.*, XLIII, 30: (ULP., lib. LXXI, *ad ed.*) JULIANUS ait, quotiens id interdictum (sc. *de liberis ducendis*, L. 3 pr. *eod.*) movetur de filio ducendo vel cognitio, et is, de quo agitur, impubes est, alias differri oportere rem in tempus pubertatis, alias repraesentari: idque ex persona eorum, inter quos controversia erit, et ex genere causae constituendum est. nam si is, qui se patrem dicit, auctoritatis prudentiae fidei exploratae esset (usque in diem litis impuberem apud se habebit del M.), is vero, qui controversiam facit, humilis calumniator notae nequitiae, repraesentanda cognitio est. item si is, qui impuberem negat in aliena potestate esse, vir omnibus modis probatus, tutor vel testamento vel a praetore datus pupillum, quem in diem litis apud se habuit, tuetur, is vero, qui patrem se dicit, suspectus est, quasi calumniator, differri litem non oportebit. si vero utraque persona suspecta est aut tanquam infirma aut tanquam turpis, non erit alienum, inquit, disponi, apud quem interim puer educeretur, et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contententium aut alienae potestati pater familias addicatur, aut filius alienus (familias scr. M.) patris familiae loco constituatur. — Nel penultimo periodo il MOMMSEN vuol cancellare il « non » tra l'« item » e « oportebit », a mio parere non solo contro il senso, ma anche contro la costruzione, la quale da un lato coll'« item » del principio del periodo esclude una contrapposizione al periodo precedente, dall'altro lato col « si vero » del principio del periodo seguente contrappone questo periodo a quanto precede.

<sup>91</sup>) L. 3 § 6 *eod.*: In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.



dell'impetrante comparisce un procuratore: ciò non vien qui permesso che per motivi impellenti <sup>92</sup>).

Quali altri casi, in cui ha luogo una *causae cognitio*, citeremo qui ancora la discussione sulla *cautio damni infecti* di fronte all'interdetto *de cloaca privata* <sup>93</sup>), e sul rilascio dell'interdetto *Quod vi aut clam* a un figlio di famiglia non autorizzato espressamente, sia che questi domandi l'interdetto *suo nomine*, cioè per una inosservanza di una opposizione fatta da lui stesso, sia che lo domandi *patris nomine* <sup>94</sup>).

In date circostanze l'impetrante, prima che venisse pronunciato l'interdetto, doveva prestare il giuramento di calunnia, per esempio nell'interdetto, che tendeva a procacciare il permesso di scavare un tesoro <sup>95</sup>).

Così si comprende, come anche l'emanazione di un interdetto fosse talvolta preceduta da più udienze *in iure*. Infatti le fonti fanno menzione della *dilatatio reo ante interdictum redditum data*, e ciò nell'interdetto proibitorio *de itinere actuque privato*, sebbene appunto questo soggiacesse facilmente alla prescrizione anche in seguito a un breve rinvio: ma contro tale prescrizione era poi accordata *restitutio in integrum* <sup>96</sup>). Certo può darsi, che per lo meno negli interdetti proibitorii, in seguito ai quali si poteva agire solo *per sponsionem*, fosse pel convenuto meno urgente, che nelle azioni, ottenere un rinvio per la debita istruzione di una *exceptio*, inquantochè un'*exceptio* tralasciata nell'emanazione dell'interdetto si poteva in appresso ancora inserire nella *sponsio* o nell'*actio ex sponsione* <sup>97</sup>). Ma ciò non può in alcun modo dirsi per gli interdetti imperativi: si sarebbe altrimenti com-

<sup>92</sup>) L. 40 pr. D. *de proc.*, III, 3. Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 21 (testo tedesco parte I pag. 28) nota 65.

<sup>93</sup>) L. 1 pr. i. f. § 14 D. *de cloac.*, XLIII, 23. Vedi sopra § 1837 a num. 73 pag. 350 (testo tedesco parte I pag. 468 seg.) nota 35.

<sup>94</sup>) Vedi sopra § 1835 num. 10 pag. 52 seg. (testo tedesco parte I pag. 67).

<sup>95</sup>) L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4. Vedi sopra § 1836 c num. 57 nota 42 pag. 247 seg. (testo tedesco parte I pag. 330).

<sup>96</sup>) L. 1 § 10 D. *de it. actuq. priv.*, XLIII, 19 (vedi sopra num. 86 pag. 38 (testo ted. pag. 46)). — KELLER, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana) § 74 nota 863.

<sup>97</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 233. Cfr. del resto anche infra § 1838 b num. 91 alla nota 5.

promessa la possibilità che aveva l'impetrato, di ottenere l'*arbitraria actio* immediatamente dopo l'emanazione dell'interdetto. E anche negli interdetti proibitorii un accurato disbrigo era senza dubbio indispensabile per rimostranze d'altr'ordine da farsi prima dell'emanazione dell'interdetto. Certo appunto in questi interdetti era in massima per l'impetrante specialmente desiderabile l'affrettarne la emanazione, perchè il divieto espresso in essi ha effetto solo per l'avvenire; anzi l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* può divenire del tutto senza valore, quando durante una dilazione, forse anche assai breve, è già stato eseguito l'*opus*, che doveva essere impedito dall'interdetto<sup>98)</sup>; e l'*Utrubi* si converte anzi contro colui, che l'aveva domandato, quando prima della sua emanazione l'avversario continua ad avere il possesso non vizioso per un così lungo tempo, da essere ormai egli, e non l'altro, quello che ha posseduto *maiore parte anni*. Però qui, ove l'impetrante non avesse potuto mettersi al sicuro con la propria vigilanza ed energia, il pretore sarà certo stato pronto a provvedere con disposizioni provvisorie, come provvedeva nell'interdetto *de itinere actiue privato* con la *restitutio in integrum*. Egli quindi di fronte alla richiesta di rinvio in sè giustificata da parte dell'impetrato nell'interdetto: *Ne quid in loco publico fiat* avrà su domanda dell'impetrante vietato incondizionatamente fino a nuovo ordine all'impetrato qualsiasi *opus in loco publico*<sup>99)</sup>; e nell'*Utrubi* la misura di precauzione ch'egli prendeva si era, di far dare la cosa controversa in possesso giuridico a un sequestratario, il cui possesso non era poscia computato a favore nè dell'una nè dell'altra parte<sup>100)</sup>.

<sup>98)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 234.

<sup>99)</sup> Cfr. L. 5 pr. D. *de H. P.* V, 3; L. 17 § 2 D. *de dol. m. exe.*, XLIV, 4 e su queste FRANCKE, *Commentar über den Pandektenitel he hered. pet.* (Commentario al titolo delle Pandette *de hered. pet.*), pag. 19 segg. Del resto parmi che non possa esservi motivo di non permettere all'impetrato, anche nel caso di cui si parla nel testo, di stornare questo divieto mercè un'adeguata cauzione, nello stesso modo che può evitare il divieto di alienazione nel caso della L. 5 pr. cit.

<sup>100)</sup> Quest'acutissima osservazione è merito del RUDORFF, Annot. N. 87. Certo il BEKKER, *Das Recht des Besitzes* (Il diritto del possesso), pag. 180, non l'ha capita. In modo analogo anche colui, che voleva attaccare con l'*Utrubi* il possessore di fatto, avrà naturalmente aderito alla concessione

88. Allorchè dopo una discussione *in iure* più o meno breve era stato messo in sodo, che il pretore era pronto a dare un interdetto, e in quale forma egli lo farebbe, l'impetrante doveva dichiarare definitivamente, se egli desiderava appunto questo interdetto nella forma prescelta. La sua domanda definitiva di tale emanazione dell'interdetto precedeva questa immediatamente, ed aveva luogo con la designazione precisa della forma d'interdetto già additata dal pretore. Appunto perciò essa è chiamata *edere interdictum*, manifestamente in un senso tecnico, in tutto corrispondente al noto *edere actionem* definitivo, che aveva luogo allo scopo di venire alla *litis contestatio* <sup>1)</sup>.

L. 3 D. h. t., XLIII, 1 = L. 1 § 40 D, *de vi*, XLIII, 16:

(ULP., lib. LXIX, *ad ed.*). *In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo EDITA sunt, non retro.*

L. 8 D, *de prec.*, XLIII, 26:

(ID., libro LXXI, *ad ed.*) § 4: *Ex hoc interdicto restitui debeat in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo INTERDICTUM EDITUM est: ergo et fructus EX DIE INTERDICTI EDITI praestabuntur.* — § 6: *Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire . plane post INTERDICTUM EDITUM oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis facit precario, omnem causam debeat constituere.*

L. 2 § 4 *quod legat.*, XLIII, 3:

(PAUL., lib. LXIII, *ad ed.*). *Si per legatarium factum sit, quo minus satisfidetur, licet cautum non sit, tenetur interdicto . sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisfidetur, eo autem tempore, quo EDITUM*

---

contrattuale di un termine mediante *vadimonium*, solo allorchando quest'ultimo acconsentiva a un sequestro di questa specie.

1) O. F. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano), pag. 461 segg. — WLABSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozess* (La *litis contestatio* nella procedura formulare), pag. 42 segg.

INTERDICTUM, *satis accipere paratus sit, non competit interdictum, nisi satisdatum sit . item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo INTERDICTUM EDITUR.*

Essendo questo *edere interdictum* subito <sup>2)</sup> seguito dall'emanazione dell'interdetto, gli atti che hanno luogo da parte dell'impetrante allo scopo di ottenere l'interdetto vengono spesso designati addirittura come *interdicere* <sup>3)</sup>; mentre da un altro canto vien richiesta in un senso affatto uguale l'esistenza dei requisiti dell'interdetto, ora pel momento dell'*interdictum editum*, per esempio nella L. 2 § 4 D. *quod legat.*, XLIII, 3 cit., ora per quello, *quo interdictum redditur*, come in GAIO IV, 166 a:

<sup>2)</sup> Mentre all'*editio actionis* in questo senso poteva ancora far seguito l'*editio exceptionum* ecc., prima che si procedesse alla definitiva determinazione della *formula actionis* (HARTMANN, loc. cit. pag. 466 seg.) all'*editio interdicti*, secondo ogni probabilità, teneva dietro immediatamente l'emanazione dell'interdetto. E invero se l'*interdictum editum* conteneva, come è chiaro di per sè, le *exceptiones* stabili, parmi che la sola ipotesi accettabile certo sia, che esso comprendesse in sè anche le non stabili, la cui domandata inserzione era stata assicurata dal pretore nella discussione preliminare: sarebbe stato in certo modo sconveniente, che l'impetrato segnasse formalmente al pretore i limiti, entro i quali questi doveva emanare un ordine contro di lui. Nelle *exceptiones actionum* si tratta di limiti dell'ordine di condanna dato ai giudici giurati.

<sup>3)</sup> Così secondo l'enumerazione e i confronti dello SCHMIDT, loc. cit. pagina 219 nota 4, *interdicere adversus aliquem* (L. 1 § 11 D. *de it. actus. priv.*, XLIII, 19; L. 7 § 1 i. f. D. *quod vi*, XLIII, 24), *cum aliquo* (L. 1 § 13 D. *de vi*, XLIII, 16; L. 3 § 6 D. *uti poss.*, XLIII, 17), *alicui* (L. 2 § 43 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 secondo la lezione, che completa il manoscritto fiorentino), *interdicere senz'altro* (L. 3 § 5 D. *ad exh.*, X, 4; L. 3 § 6 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5; L. 6 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; L. 1 § 2 D. *de via publ.*, XLIII, 11; L. 1 § 22 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20; L. 1 § 4 D. *de migr.*, XLIII, 32). Io aggiungo L. 1 § 34 init. D. *de aq. cott.*, XLIII, 20. GROMATICI VETERES ex rec. *Iachm.*, pag. 36 v. 13 segg., pag. 44 v. 4 seg. (FRONTIN.) pag. 63 v. 12 segg., pag. 74 v. 29 segg. (AGENNIUS URBICUS) QUINTIL., III, 6, 71. Vedi BETHMANN-HOLLWEG, *Römischer Civilprozess* 'Procedura civile romana), vol. II, pag. 347 nota 11. Per contro l'*in aliquem interdici* della L. 5 D. *de lib. exh.*, XLIII, 30 e l'*aliquo interdici* della L. 7 § 1 med. D. *quod vi*, XLIII, 24 a mio parere possono anche riferirsi all'emanazione dell'interdetto da parte del pretore; e così l'*interdici senz'altro* contenuto due volte nella L. § 34 i. f. D. *de aq. cott.*, XLIII, 20.

*iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit (quod) praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit —;*

e gli effetti, che l'emanazione dell'interdetto esercita sul rapporto materiale delle parti vengono riferiti, ora al momento dell'*interdictum editum*, come nella L. 8 § 6 D. *de prec.*, XLIII, 26 cit., ora a quello dell'*interdictum redditum*, come nella L. 14 § 11 D. *de furt.*, XLVII, 2:

(ULP., lib. XXIX, *ad Sabin*) *Is, qui precario servum rogaverat, surrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est), ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post INTERDICTUM REDDITUM puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse* <sup>4)</sup>).

Anche ciò corrisponde alla incontestata parità di significato delle espressioni *actionem* o *iudicium edere, dictare* da un lato e *iudicium accipere* o *litem contestari* dall'altro <sup>5)</sup>.

Così pure quegli effetti stessi, che l'emanazione dell'interdetto produce pel rapporto materiale delle parti corrispondono precisamente agli effetti della *litis contestatio* sul rapporto, su cui si fonda l'*actio* <sup>5a)</sup>.

<sup>4)</sup> Perciò è affatto indifferente, che nella L. 1 § 3 D. *de it. act. priv.*, XLIII, 19 dopo « *ex die interdicti* » si aggiunga completando « *editi* » o « *redditi* ». Vedi sopra § 1837 b num. 78 pag. 380 (testo tedesco parte I pag. 508).

<sup>5)</sup> Vedi per esempio L. 15 D. *de auct. tut.* XXVI, 8; L. 29 D. *de novat.*, XLVI, 2 ecc. Vedi KELLER, *Ueber Litiscontestation* ecc., pag. 54 segg. Nello stesso senso si trova anche *iudicium reddi* nella L. 76 D. *de proc.*, III, 3, come desumo da una notizia di O. E. HARTMANN. Invece l'*actionem in aliquem reddere* in GAIO, IV, 71 e il *iudicia in aliquem reddere* nella L. 7 D. *de incend.*, XLVII, 9 equivalgono all'*actionem, iudicium in aliquem dare* in senso generale.

<sup>5a)</sup> Così già il BETHMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario) § 37 pag. 393 alla nota 24 con richiamo alle L. 3 D. h. t.; L. 1 § 40 D. *de vi*, XLIII, 16; L. 8 §§ 4, 6 D. *de prec.*, XLIII, 26; L. 14 § 11 D. *de furt.*, XLVII, 2 (vedi nota 7). Così pure *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana), vol. II § 98 pag. 363 alla nota 98 segg., dove sono inoltre citati GAIO, IV, 150, 166 cfr. 160. — FESTO, s. v. *possessio*, M. pag. 233; PAOLO, V, 6, 1; L. 1 § 2 D. *de itin.*, XLIII, 19; L. 2 § 4 D. *quod. legat.*, XLIII, 3 (vedi nota 6). Di diversa opinione lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 337,

Innanzitutto per l'efficacia di un interdetto in generale l'importante è, che tutti i suoi requisiti sussistano al momento dell'*interdictum editum*, precisamente come per l'efficacia di un'*actio* è necessario che la sua *intentio* risulti vera pel momento della *litis contestatio* <sup>6)</sup>.

L'emanazione dell'interdetto accresce l'entità degli obblighi dell'impetrato, nella stessa guisa che la *litis contestatio* l'entità di quelli del convenuto; segnatamente risponde l'impetrato al più tardi *ex interdicto reddito dei fructus* e di *omnis causa* <sup>7)</sup>.

Come non ne è più tenuto da un'*actio noxalis*, quando lo schiavo o l'animale, che ne è cagione, *ante litem contestatam* cessa di esser proprietà di chi è esposto a tale *actio*, così il proprietario di uno schiavo non è più tenuto da un *interdictum noxale*, quando ne perde la proprietà *ante interdictum redditum*; e viceversa per l'applicazione del principio: « *nox caput sequitur* » decide là il momento della *litis contestatio*, qui quello dell'*interdictum redditum* <sup>8)</sup>.

La prescrizione di *actiones temporales* nel diritto classico vien interrotta dalla *litis contestatio*, la prescrizione di *interdicta temporalia* dall'emanazione dell'interdetto <sup>9)</sup>. Appunto riguardo a quest'effetto il

« perchè ciascuna *actio* da impartirsi in base all'interdetto aveva la sua propria *litis contestatio*, mentre l'emanazione dell'interdetto invece non era un'*actio* vera e propria, ma era unicamente destinata a fondare l'*obligatio* ».

<sup>6)</sup> Vedi da un lato GAIUS, IV, 150: *eum potiore esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat*, 166 a: (vedi sopra pag. 441 seg. (testo ted. parte II pag. 61)) cfr. § 160: *uti nunc possidetis* — FESTO, s. v. *possessio*. — PAOLO, V, 6, 1: *is potior est, qui redditus interdicti tempore n. v. n. cl. n. pr. ab adversario possidet*. L. 2 § 4 D. *quod leg.*, XLIII, 3 (vedi sopra pag. 440 (testo ted. parte II pag. 60)). Cfr. L. 1 § 2 D. *de itin.*, XLIII, 19: — *licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit*; — e dall'altro lato ARNDTS, *Pandekten*, § 113 nota 4 sotto le lettere a e c.

<sup>7)</sup> Vedi da un lato L. 3 D. h. t., L. 1 § 40 D. *de vi*, XLIII, 16; L. 8 §§ 4, 6 D. *de prec.*, XLIII, 26 (sopra pag. 440 (testo ted. parte II pag. 59)); L. 14 § 11 D. *de furt.*, XLVII, 2 (sopra pag. 442 (testo tedesco parte II pag. 62)), dall'altro lato ARNDTS, loc. cit. nota 4 lettera b. Cfr. infra § 1838 e num. 103.

<sup>8)</sup> Vedi da un lato L. 7 § 1; L. 14 D. *quod vi*, XLIII, 24 (vedi sopra pag. 333 (testo tedesco parte I pag. 444)), dall'altro lato ARNDTS, loc. cit. nota 4 lettera d.

<sup>9)</sup> Vedi da un lato L. 1 § 3 D. *de il. actus. priv.*, XLIII, 19 (sopra § 1837 b

parallelo tra la *litis contestatio* e l'*interdictum redditum* si manifesta anche esteriormente, inquantochè tale effetto da un lato nelle formule di molte *actiones annales* e dall'altro in quelle degli interdetti *fraudatorium* e *Quod vi* è ugualmente indicato con la clausola: « *si non plus quam annus est, cum experiundi potestas est* »<sup>10)</sup>, la quale designa là la possibilità della *litis contestatio*, qui la possibilità di ottenere l'interdetto.

Non così semplice è la questione, se un interdetto in sè stesso intrasmissibile per eredità divenga efficace a favore e contro gli eredi delle parti in forza della sua emanazione, come avviene in forza della *litis contestatio* per un' *actio* intrasmissibile.

Per gli eredi dell'impetrante l'emanazione di qualsiasi interdetto imperativo, che non riguardi diritti di famiglia, sia esso in sè stesso trasmissibile nell'erede o no, ha senza eccezione<sup>11)</sup> l'effetto, che essi possono senz'altro procedere all'*agere ex interdicto*: così dunque un interdetto in sè intrasmissibile, sia pure un interdetto popolare<sup>12)</sup>, si trasmette attivamente nell'erede. Per contro l'emanazione di un interdetto proibitorio, ancorchè in sè stesso trasmissibile per eredità, per regola generale non procaccia agli eredi dell'impetrante la possibilità di procedere all'*agere ex interdicto* senza nuova domanda dell'interdetto, se non allorquando il divieto pronunciato sia già stato violato prima della morte del *de cuius*. Ma se ciò è avvenuto, anche un interdetto in sè intrasmissibile, persino un interdetto popolare<sup>12a)</sup>, si è così trasmesso nell'erede dell'impetrante.

Quest'ultima regola per altro non è esente da eccezioni per ciascuna delle due parti.

---

num. 78 pag. 380 (testo tedesco parte I pag. 507 seg.); L. 1 § 34 D. *de aq. cott.*, XLIII, 20 (ivi pag. 382 (testo tedesco parte I pag. 510)), dall'altro lato ARNDTS, loc. cit. lettera e.

<sup>10)</sup> Vedi da un lato L. 10 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8; L. 1 pr. e L. 15 §§ 4-6 *quod vi*, XLIII, 24 (sopra § 1837 b num. 77 pag. 366 seg. (testo tedesco parte I pag. 489 seg.)); dall'altro lato L. 1 pr. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8; L. 4 Cod. *de his, quae vi*, II, 19; L. 3, L. 4 pr. § 8 D. *de vi bon.*, XLVII, 8; L. 1 pr. D. *de incend.*, XLVII, 9 ecc.

<sup>11)</sup> Cfr. sopra § 1835 num. 12 pag. 65 (testo ted. parte I pag. 85) nota 12.

<sup>12)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 7 pag. 41 (testo ted. parte I pag. 52).

<sup>12a)</sup> Vedi ivi.

L'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa missus est*, nonostante una violenza usata all'impetrato, perde la sua forza, allorquando questi muoia prima che si verifichi la condizione del legato, per la cui eventuale assicurazione era stata data la *missio*<sup>13)</sup>: qui risulta *ex post facto*, ch'egli in realtà non era stato punto danneggiato.

Ma dove per contro il legato è già devoluto, e per conseguenza anche gli eredi del legatario hanno diritto alla *cautio legatorum*, là potremo per analogia con l'interdetto *de migrando*, di cui parleremo qui appresso, attribuire agli eredi il diritto ai *cetera ex interdicto* in base all'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est* già ottenuto dal legatario defunto, a cui essi succedono, anche allorquando l'impetrato ha violato quel divieto soltanto di fronte ad essi.

Così pure, come già sappiamo<sup>14)</sup>, l'interdetto *de migrando* ottenuto dal defunto continua ad essere efficace anche a favore dei suoi eredi, quantunque a lui non sia stato punto impedito di asportare le *invecta et illata* dall'abitazione tenuta in fitto. Ciò avviene perchè, affatto indipendentemente dall'*interdictum redditum*, il conduttore ha il diritto trasmissibile per eredità di pretendere, che il locatore gli lasci la libera disposizione dei beni inventariati esenti da pegno.

E nello stesso senso bisogna ammettere la trasmissibilità attiva nell'erede per l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est* già ottenuto. In quanto l'erede del *missus* ha come tale diritto alla *cautio damni infecti*, e per conseguenza, non venendo

---

<sup>13)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 12 pag. 67 (testo fed. parte I pag. 88'. L'interdetto: *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine missa est* ottenuto dalla donna incinta conserva invece la sua forza, quando la donna muore dopo aver patito l'impedimento: il diritto a risarcimento da lei acquistato può esser fatto valere anche dai suoi eredi. Cfr. § 1835 num. 11 pag. 56 seg. (testo tedesco parte I pag. 73). E così l'interdetto: *Ne quid in loco publico fiat, qua ex re privato damnus detur* anche nel caso, in cui il danno temuto si fondi su rapporti intrasmissibili per eredità: il diritto a risarcimento già acquistato dal *de cuius* passa agli eredi. Cfr. ivi num. 12 pag. 69 (testo tedesco pag. 90) nota 37.

<sup>14)</sup> L. 1 § 6 D. *de migr.*, XLIII, 32. Vedi sopra § 1837 num. 67 pag. 292 parte I (testo tedesco parte I pag. 391 segg.).



questa prestata, alla *missio damni infecti* <sup>15)</sup>, in altri termini in quanto egli indipendentemente dall'interdetto ha il diritto di trovare nel libero *in possessione esse o possidere* dei fondi soggetti all'onere della cauzione un surrogato della mancata cauzione, questo diritto si trasmette per eredità anche nella forma assegnatagli dall'*interdictum redditum*.

Un'altra eccezione l'abbiamo già incontrata nell'interdetto *Ne vis fiat aedificanti* <sup>15a)</sup>. Mercè la *cautio ex operis novi nuntiatione* il denunziato si è procacciata la facoltà di proseguire la fabbrica, finchè non sia emessa la decisione sul diritto di proibizione del denunziante; il sunnominato interdetto mira a tutelare tale facoltà. Trasmettendosi questa nell'erede del denunziato, il suo diritto di non venir impedito nel proseguimento della fabbrica non si fonda in sostanza soltanto sull'emanazione di questo interdetto; ed appunto perciò quel diritto viene ereditato anche nella forma di diritto alla *sponsio ex interdicto reddito*.

Finalmente bisogna riconoscere un'eccezione nell'*interdictum Salvianum*. Questo serviva prima dell'istituzione della *Serviana in rem actio* esclusivamante, e più tardi a scelta con quell'azione, a far valere in giudizio il diritto di pegno: or trasmettendosi il diritto di pegno per eredità, il diritto dell'erede d'impossessarsi della cosa pignoratagli non si fonda in sostanza neppur esso soltanto sull'emanazione del *Salvianum*; perciò può anche l'erede pretendere ai *cetera ex interdicto* in base all'interdetto ottenuto dal defunto.

Si potrebbe esser propensi ad ammettere la medesima trasmissibilità nell'erede ancora per alcuni altri interdetti proibitorii, segnatamente per gli *interdicta de arboribus caedendis* e *de glande legenda*, perchè potrebbe sembrare, che i diritti tutelati mercè questi interdetti sussistessero affatto indipendentemente dagli interdetti. Ma un più attento esame mostra la falsità di tale apparenza. Certo il pro-

<sup>15)</sup> Quindi segnatamente ov'egli non abbia perduto la proprietà sul fondo minacciato del danno o sui mobili, che si trovano su questo, sia in seguito a un legato di proprietà impostogli, sia in seguito a un'alienazione da lui eseguita.

<sup>15a)</sup> Vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 370 (testo tedesco parte I pag. 494 seg.) alla nota 10 c segg.

prietario di un edificio non è tenuto a tollerare, che gli alberi del vicino sporgano sul suo fondo, e il proprietario di un altro fondo deve in ogni caso tollerarlo solo in quanto ciò avvenga *quindecim pedes a terra altius*; del pari il proprietario di un albero può dimandarne i frutti caduti sul fondo altrui per mezzo della *rei vindicatio* e dell'*actio ad exhibendum*. Senonchè non sono questi diritti come tali, che vengono fatti valere con gli interdetti sunnominati, ma altri più ampi diritti. Con gli interdetti *de arboribus caedendis* l'impetrante non domanda punto, che il vicino tolga i rami sporgenti; egli domanda invece di poter togliere egli stesso quei rami e di poterseli appropriare; o l'interdetto *de glande legenda* non vuol ottenere la consegna dei frutti caduti, ma il permesso di raccogliarli *tertio quoque die* sul fondo del vicino.

Tranne dunque gli interdetti *de migrando* e *Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine*, e *qui damni infecti missus est*, *Ne vis fiat aedificanti* e *Salvianum*, l'effetto di un interdetto proibitorio cessa, quando l'impetrante muore, prima che l'impetrato abbia con un suo atto in contrario fondato un obbligo incondizionato. Certo la *promessa* di astenersi da taluni atti genera un *vinculum iuris* trasmissibile per eredità da ambedue i lati, sia essa congiunta espressamente con la promessa di una prestazione positiva nel caso di contravvenzione, sia che l'obbligo a una tale prestazione, cioè alla prestazione del *quantum interest* per un tal caso, sia sottinteso, data la natura di quella promessa di un *non facere*<sup>16)</sup>. Ma il *divieto delle autorità* concernente certi atti determinati, pronunciato nella forma di un interdetto proibitorio<sup>17)</sup>, invece da un lato obbliga come tale solamente colui, contro il quale è stato pronunciato, di modo che soltanto l'obbligo positivo sorto dalla contravvenzione passa negli eredi dell'im-

<sup>16)</sup> L. 38 pr. D. de V. O., XLV, 1. Vedi la mia notizia su RÜMELIN, *Die Theilung der Rechte* (La divisione dei diritti) nelle *Göttinger gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Gottinga), 1883 pag. 826.

<sup>17)</sup> I Romani ammettevano lo stesso anche pel divieto pronunciato dalla autorità giudiziaria contro future turbative nella *negatoria* e nella *confessoria actio*; appunto perciò essi ordinavano una *cautio de non amplius turbando*. L. 12, L. 7 D. si serv., VIII, 5.

petrato <sup>17a</sup>), dall'altro lato procura all'impetrante unicamente la prospettiva di procedere ai *cetera ex interdicto*, e non un, sia pur condizionato, *iud quaesitum* a quei *cetera*: un tale diritto nasce solo con la violazione del divieto.

Con ciò abbiamo già enunciato il principio fondamentale, che regola l'effetto dell'emanazione di un interdetto proibitorio per gli eredi dell'impetrato: solo allorchando il *de cuius* medesimo avrebbe potuto esser costretto alla *sponsio ex interdicto*, può esservi costretto anche il suo erede.

LEX RUBRICA cap. XXII lin. 34 sqq.: — *aut, sei sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet [aut] non restituet* — lin. 45 sqq.: *praetor in eum ET IN HEREDEM EIUS — ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribere renereque iubeto, ac sei is HERESVE EIUS de ea re in iure apud eum praetorem — neque se iudicio, uti oportuisset, defendisset* <sup>18)</sup>.

Anche qui bisogna innanzi tutto additare le eccezioni a noi già note degli interdetti *de migrando* <sup>18a)</sup> e *Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est* <sup>19)</sup>. E fanno pure eccezione gli interdetti *Ne vis fiat ei, qui damni infecti missus est*, *Ne vis fiat aedificanti* e *Salvianum*. — il primo, in quanto l'obbligo di prestare la *cautio damni infecti* passa nell'eredità con la proprietà del fondo che minaccia il danno, o con un diritto reale su di questo trasmissibile per eredità <sup>20)</sup>; il secondo,

<sup>17a)</sup> Questa è pure l'opinione dello SCHMIDT, loc. cit. pag. 250. Di diverso parere è il WITTE, *Das interdictum Uti possidetis*, pag. 124, il quale per l'effetto incondizionato dell'*interdictum prohibitorium redditum* adduce la L. 1 § 10 D. *ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13. Vedi in contrario sopra § 1837 num. 67 pag. 290 (testo tedesco) parte I pag. 388. Della stessa opinione che è il WITTE sembra sia il BURCKARD nella Continuazione di questo *Commentario*, libro XXXIX (testo tedesco) parte II pag. 579 seg., dove peraltro espressamente si parla solo dell'interdetto: *Ne vis fiat ei, qui damni infecti nomine missus est*. Ma appunto il far le fonti rilevare i casi di trasmissione per eredità, che abbiamo esposti nel testo come eccezioni, prova che la trasmissione non formava la regola.

<sup>18)</sup> Cfr. infra § 1838 a num. 90 nota 48 segg.

<sup>18a)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 67 pag. 292 seg. (testo ted. parte I pag. 391 e seg.).

<sup>19)</sup> Vedi ivi pag. 293 segg. (testo tedesco pag. 393 segg.).

<sup>20)</sup> Cfr. sopra pag. 445 seg. (testo tedesco parte II pag. 67).

perchè l'obbligo del denunziante di permettere provvisoriamente il proseguimento della fabbrica in forza della *cautio ex operis novi nuntiatione* si trasmette nell'erede <sup>20a)</sup>; finalmente il *Salvianum*, perchè la pignorazione delle *invecta et illata* fatta dal conduttore obbliga anche i suoi eredi.

L'emanazione di un interdetto imperativo obbliga sempre l'erede dell'impetrato. Tuttavia, ove la legittimazione passiva poggi su d'un *habere* o *possidere*, dovrà qui applicarsi il trattamento dell'erede del convenuto in una *rei vindicatio* contro il *de cuius* svolta già fino alla *litis contestatio*. Quindi se il possesso o la detenzione, su cui si fonda l'obbligo derivante dall'interdetto, non si riscontra nell'erede dell'impetrato, e l'erede è in ciò senza colpa, egli non sarà tenuto dalla *sponsio ex interdicto* <sup>21)</sup>. E se quel possesso o quella detenzione si riscontra in lui *in solidum*, egli non sarà mai tenuto più che per la sua porzione ereditaria <sup>22)</sup>. Pel *dolus* del *de cuius* invece, in ispecie anche pel fatto, che questi *dolo malo fecit, quo minus haberet o possideret*, l'erede risponde *pro rata hereditaria* <sup>23)</sup>, pel dolo proprio *in solidum* <sup>24)</sup>.

Dunque riassumendo, l'emanazione di un interdetto imperativo ne fa durare l'effetto pro e contro gli eredi delle parti anche allorquando l'interdetto in sè è intrasmissibile per eredità; essa ha quindi a questo riguardo la medesima forza, che ha la *litis contestatio* in una azione intrasmissibile. Non così è invece, almeno in massima, per gli interdetti proibitorii: qui ha luogo la trasmissione per eredità solo allorquando all'emanazione del divieto ha già tenuto dietro una contravvenzione ad esso divieto da parte dell'impetrante. Questa diversità si spiega con la peculiarità a noi già nota degli interdetti proibitorii, che cioè la loro emanazione non presuppone punto un avvenimento qualsiasi contrario al divieto, anzi essi vogliono agire unicamente sul futuro, mentre un'*actio* tendente ad un divieto, per

<sup>20a)</sup> Vedi BURCKHARD, Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX (testo tedesco parte I pag. 431 seg.).

<sup>21)</sup> Arg. L. 42, L. 51 D. *de R. V.*, VI, 1.

<sup>22)</sup> Arg. L. 2 § 2 i. f. D. *de stip. praet.*, XLVI, 5.

<sup>23)</sup> Arg. L. 42 cit. D. *de R. V.*, VI, 1; cfr. L. 52 *eod.*

<sup>24)</sup> Arg. L. 51 cit. *eod.*

esempio la *negatoria in rem actio*, soltanto allora è *nata*, quando ha avuto luogo per lo meno una contestazione verbale del diritto dell'attore, oppure l'affermazione di un diritto di appropriarsi la cosa da parte del convenuto.

Il principio, che « chi, citato come presunto possessore, ingannando l'attore si presenta in giudizio, come se possedesse realmente, *qui liti se obtulit*, deve rispondere come un vero possessore »<sup>25)</sup>, vale per analogia anche per colui, che fa in simil maniera pronunciare un interdetto contro di sè? Se io non erro, la risposta è affermativa, corrispondente all'opinione dominante<sup>26)</sup>, la quale parifica completamente questo caso della *ficta possessio* all'altro caso di essa, che senza dubbio vale in tutti gli interdetti diretti contro il possessore o il detentore, al caso cioè dell'alienazione dolosa del possesso<sup>27)</sup>. Il DEMELIUS<sup>28)</sup> invece dà una risposta negativa, espressamente per gli interdetti *de tabulis exhibendis*, *Quod legatorum*, *Quorum bonorum*, e in sostanza per tutti gli interdetti in generale, dappoichè citando egli i sunnominati interdetti solo come esempi di mezzi di tutela giuridica, nei quali il *dolo desinens possidere* vien dichiarato obbligato, sarebbe stata affatto naturale una menzione anche del *liti se offerens*, e purtuttavia non si trova alcuna traccia dell'obbligo di costui. Riguardo al *Quorum bonorum* il LÖHRE<sup>29)</sup> e il LEIST<sup>30)</sup> hanno già da prima espressa un'opinione negativa, allegando che esso non è un mezzo processuale petitorio. Però non saprei vedere, perchè solo un tal mezzo dovrebbe comportare l'obbligo del *liti se offerens*: il fatto, che egli in realtà non possiede, sussiste anche nel *dolo desinens possidere*, e ciononostante l'obbligo di quest'ultimo è affatto fuor di dubbio anche

<sup>25)</sup> ARNDTS, *Pandekten*, § 113 nota 4 lettera g.

<sup>26)</sup> ARNDTS, loc. cit. § 346 nota 3 e § 167 nota 2. — WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. II § 474 nota 16 e vol. I § 193 nota 8.

<sup>27)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 250 (testo tedesco parte I pag. 333), num. 59 pag. 260 (testo tedesco pag. 347).

<sup>28)</sup> *Die Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione) pag. 196 alla nota 1.

<sup>29)</sup> *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio per la pratica civile) vol. XII pag. 100 alla nota 56. *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* (Magazzino di scienza del diritto e legislazione) di GROLMANN e LÖHR, vol. IV, pag. 471 alla nota 1.

<sup>30)</sup> *Bonorum possessio*, vol. I pag. 395 seg. alla nota 6

riguardo a quegli interdetti possessorii, la cui formula non ne contiene alcun cenno <sup>30a)</sup>. E difficilmente si potrebbe disconoscere l'interesse dell'attore per esempio nel *Quorum bonorum*, a far il *liti se offerens* responsabile, per avere egli col suo contegno data occasione al vero possessore di allontanarsi con beni ereditarii; mentre è d'altra parte noto, che i Romani, sempre che sia possibile, evitano l'*actio de dolo*, che rimarrebbe pur sempre in tal caso.

Certo la L. 131 D. *de R. I. L.*, 17 <sup>30b)</sup>, addotta dall'ABNDTS, è un appoggio insufficiente per l'opinione affermativa: essa giustifica, come bene osserva il DEMELIUS, unicamente l'obbligo del *dolo desinens possidere*. Ma un migliore appoggio può offrire la L. 13 § 13 D. *de H. P. V.*, 3:

(ULP. lib. 15 *ad ed.*). *Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil . et videndum* <sup>31)</sup>, *si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur . et CELSUS libro quarto digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum, qui se offert petitioni . quam sententiam generaliter MARCELLUS apud JULIANUM probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri:*

Il DEMELIUS si è preclusa la retta intelligenza di questo passo con l'erronea interpretazione, ch'egli dà alla sentenza di GELSO in esso citata, la quale ci è stata trasmessa direttamente nella L. 45 *eodem*:

(CELSUS lib. IV *Dig.*). *Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus, et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausola tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit, non decipi.*

<sup>30a)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 252 (testo tedesco parte I pag. 336 e seguenti).

<sup>30b)</sup> PAOLO, lib. XXII, *ad ed.*: *Qui dolo desierit possidere pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.*

<sup>31)</sup> Il MOMMSEN propone di leggere: *sed et si nihil, videndum* —, il che mi sembra che non s'accordi nè col « *non solum* » che precede, nè con le parole susseguenti: « *si non — an teneatur* ». L'« *et si nihil* » si riferisce ai casi del *fidus possessor*, che sono trattati nei §§ 13 e 14, e al caso del *quasi iuris possessor*, di cui tratta il § 15. Cfr. FRANCKE, *Commentar*, pag. 175.

Il detto scrittore <sup>32)</sup> opina, che CELSO qui limiti l'obbligo del *liti se offerens* all'azione derivante dalla *stipulatio iudicatum solvi*, e che lo neghi rispetto all'*hereditatis petitio*. Ma in realtà CELSO pone l'obbligo del *liti se offerens* di fronte all'*hereditatis petitio* come del tutto incontestato. Egli lo esclude solo pel caso, in cui il convenuto possa provare, che l'attore conosceva lo stato delle cose già al momento della contestazione della lite. Infatti, egli dice, in questo caso l'attore non è stato ingannato. Ora l'obbligo del *liti se offerens*, il suo obbligo cioè di fronte all'*hereditatis petitio*, ha fondamento nella *doli clausola* della *cautio pro praede litis et vindiciarum* o della *cautio iudicatum solvi*, il cui contenuto, come il giurista presuppone già noto, vien preso in considerazione nell'*arbitrium iudicis*: bisogna per conseguenza — s'intende nell'*hereditatis petitio* — calcolare, qual danno abbia sofferto l'attore pel dolo del convenuto. E appunto di un tal danno non può parlarsi, quando l'attore conosceva già lo stato delle cose <sup>33)</sup>.

<sup>32)</sup> Loc. cit., pag. 193 seg. Così anche lo PFERSCHÉ, *Privatrechliche Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto privato) (1886) pag. 40. Vedi anche LAMMFROMM, *Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage* (Contributi alla storia dell'azione di eredità), § 12 pag. 110 segg.

<sup>33)</sup> Vedi FRANCKE, *Commentar*, pag. 179 seg. — L'opinione dello SCHIRMER, *Ueber di prätorischen Judicialstipulationen u. s. w.* (Sulle stipulazioni giudiziali pretorie, ecc.) pag. 164 seg., il quale trova nelle ultime parole di questo passo « espressa a chiare parole la relazione con la *clausula de dolo*, eppure il loro risultato finale messo in contrapposizione con la *condemnatio* (s'intende in base all'*hereditatis petitio*) », si fonda su di un'interpunzione affatto arbitraria, che con l'*et qui* » fa cominciare un nuovo periodo.

Col nostro modo d'intendere la L. 45 cit. s'accorda benissimo la L. 39 D. *de dol. m.*, IV, 3: (GAL., lib. XXVII, *ad ed. prov.*) *Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, in hoc, ut alius usucipiat, et iudicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita SABINO placet.* Qui l'usucapione del terzo è compiuta prima della contestazione della lite col *liti se offerens*; la *rei vindicatio* intentata contro questo dall'attore ingannato deve quindi esser respinta, perchè l'attore al momento della contestazione della lite non è più proprietario; egli però può indennizzarsi sulla *cautio iudicatum solvi* prestata dal *liti se offerens*; cfr. L. 19 § 2 D. *iud. solvi*, XLVI, 7. SCHIRMER, loc. cit. pag. 162 seg. — Tutte le altre spiegazioni della L. 39 cit. sono per lo meno poco soddisfacenti, in quanto esse nulla dicono della ragione, per cui la comparizione dolosa in giudizio non sia già stata fatta valere nel processo di rivendicazione. — V. WETZELL, *Der römische Vindications-*

Che CELSO nella L. 45 cit. parlasse realmente dell'obbligo del *liti se offerens* di fronte all'*hereditatis petitio*, è confermato espressamente dalle parole della L. 13 § 13 cit.: è più che arbitrario il riferire l'obbligo da lui quivi affermato, non a questa azione, ma all'azione derivante dalla *cautio iudicatum solvi*. E solo con questa interpretazione l'osservazione, con cui termina il passo, prende un senso conciliabile con le sue parole. A mio parere, è affatto impossibile il far dire a quelle parole, che soltanto MARCELLO, in opposizione con CELSO e GIULIANO, i quali avrebbero fatto responsabile il *liti se offerens*, non con l'*hereditatis petitio*, ma solo con l'azione derivante dalla *cautio iudicatum solvi*, abbia ricondotta la sua responsabilità all'*arbitrium iudicis* della *hereditatis petitio*. Come si potrebbe designare questo ricondurre una responsabilità materialmente uguale a un'altra azione con le parole *sententiam GENERALITER probare*?! come per di più dare come contenuto di questo *generaliter probare* la norma: *OMNEM, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri!* Questo non può significare assolutamente niente altro che, o: « MARCELLO ha approvato in generale l'opinione di CELSO e di GIULIANO, secondo la quale l'*hereditatis petitioni DOLO se offerens* è tenuto dalla suddetta azione, l'ha approvata cioè in questo senso, che chiunque *se offert* a questa azione, sia DOLO, sia CULPA, ne è tenuto, *quasi possideret* »; — oppure in senso ancor più generale: « Ciò che CELSO e GIULIANO insegnavano limitandosi al DOLO HEREDITATIS PETITIONI *se offerens*, MARCELLO l'ha approvato in generale per qualunque non possessore, il quale contesta la lite *dolosamente* o *colposamente in una qualsiasi PETITIO diretta contro il possessore* ». Questa interpretazione più ampia trova la sua conferma nella L. 25 D. *de R. V.*, VI, 1:

(ULP. lib. LXX *ad ed.*)<sup>31</sup>). *Is, qui se obtulit rei defensionis SINE*

---

*process* (La procedura della rivendicazione in diritto romano), pag. 213 seg. — SCHIRMER, loc. cit. pag. 165 seg. — Soltanto il DEMELIUS, loc. cit. pag. 192 seg. evita questa obiezione affermando, che al tempo di SABINO e di GAIO nel processo di rivendicazione non v'era alcun posto per il richiamo alla comparizione dolosa. Ma allora non avrebbe GAIO dovuto dire: *quamvis te absolvi oporteat (sc. in rei vindicatione)*?

<sup>31</sup>) In questo libro ULPIANO trattava tra l'altro anche dell'interdetto *Quem*



CAUSA, *cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut MARCELLUS ait: quae sententia vera est etc.*

Va ritenuto fuor di dubbio, che non è stato MARCELLO il primo a estendere l'obbligo del *liti se offerens* alla *rei vindicatio*. Perocchè appunto perchè quest'obbligo nella *hereditatis petitio* è stato derivato dalla *cautio iudicatum solvi*, s'intendeva di per sè, che esso doveva aver luogo precisamente nello stesso modo nella *rei vindicatio*. Il *sine causa* anzi indica necessariamente, che secondo l'opinione di MARCELLO, sempre nell'ipotesi che l'attore ignori il vero stato delle cose, il *liti se offerens* può venir assolto, solo allorquando egli ha creduto, con errore sensabile, di possedere veramente.

Con l'estensione poi della responsabilità al *CULPA liti se offerens* la connessione tra l'obbligo del *liti se offerens* in generale e la *doli clausula* della *cautio iudicatum solvi* è divenuta un fatto puramente storico, che non ha più alcun effetto pratico diretto. Non v'è quindi più nemmeno alcuna ragione di limitare quest'obbligo alle azioni, nelle quali aveva luogo quella cauzione; esso si fonda ora semplicemente sull'*arbitrium iudicis*. Per conseguenza nulla poteva opporsi ad ammetterlo anche negli interdetti diretti contro il possessore o il detentore, quand'anche in questi non avesse luogo la *cautio iudicatum solvi* <sup>35)</sup>.

Finalmente <sup>36)</sup> la più importante corrispondenza tra l'effetto dell'emanazione di un interdetto e quello della contestazione della lite si riscontra in ciò, che ambedue gli atti consumano processualmente il diritto di adire il magistrato, sul quale si fondano.

---

*fundum*, e a tale proposito può egli aver enunciata la norma contenuta nella L. 25 cit.; cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 381 nota 4.

<sup>35)</sup> Cfr. in proposito infra § 1838 *b* num. 92 alla nota 20 segg.

<sup>36)</sup> A un divieto dell'alienazione dell'oggetto controverso *post interdictum redditum* per analogia del divieto dell'alienazione della *res litigiosa* non si può pensare, già per la ragione, che questo divieto si limita alla cosa, che forma l'oggetto di un processo di *proprietà*; e nemmeno a un divieto della cessione dell'azione *ex interdicto reddito*, perchè il divieto della cessione di un'azione *litigiosa* appartiene a un tempo, in cui la procedura interdittale era già da lunga pezza scomparsa.

Anche senza una testimonianza delle fonti si potrebbe dimostrare, che si deve senz'altro ammettere la consunzione processuale del diritto fatto valere impetrando l'interdetto, e ciò in interdetti d'ogni specie. Perocchè altrimenti la prescrizione dell'*agere ex interdicto red-dito*, per esempio nell'interdetto *de tabulis exhibendis* <sup>37)</sup>, sarebbe affatto senza scopo, quando continuano a sussistere i requisiti della emanazione dell'interdetto: l'impetrante malgrado quella prescrizione potrebbe ottenere di nuovo il medesimo interdetto.

Ma la consunzione processuale prodotta dalla emanazione dell'interdetto ci è espressamente significata dalle fonti.

L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*). *Si tamen, postea quam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum. nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est (pro actum est sor. praeter M.), quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator. si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre, quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri (permitti ins.) vel eidem sine exceptione vel alii.*

Forse appunto per gli interdetti popolari si potrebbe esser propensi ad ammettere, che gli altri cittadini vengano esclusi, non già dal conseguimento dell'interdetto da parte di uno di essi, ma solo dall'*agere ex interdicto*. Al che però si può appunto qui opporre il riguardo dovuto all'impetrato. O potevano i Romani ritenere opportuno, anzi pur sopportabile, l'espore la medesima persona a cagione del medesimo stato di cose all'emanazione dello stesso interdetto popolare, quante volte si volesse, su domanda di un qualsiasi numero di impetranti, dei quali in conclusione uno solo poteva pervenire all'*agere ex interdicto*? S'intende di per sè, che nulla prova in contrario la L. 30 § 3 D. *de iureiur.* XII, 2 <sup>37a)</sup>, che per le *populares actiones*

<sup>37)</sup> PAOLO, IV, 7, 6 (vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 373 (testo tedesco parte I pag. 49<sup>2</sup>)).

<sup>37a)</sup> Vedi sopra num. 82 pag. 403 (testo ted. parte II pag. 9). Cfr. inoltre L. 3 § 10 D. *sep. viol.*, XLVII, 12.

pone il momento della consunzione nell'*egisse*, cioè nella contestazione della lite; e là non si potrebbe fare altrimenti. Nè io saprei dire, che cosa nella L. 3 § 13 qui riportata possa render necessaria questa interpretazione ed escludere la nostra. *Interdicto agere* a mio parere può essere inteso, per lo meno a egual titolo, tanto nel senso del conseguimento dell'interdetto come tale<sup>33)</sup>, quanto nel senso dell'*agere*, che fa seguito a quel conseguimento. E la *perfidia* del primo impetrante, la cui dimostrazione giustifica l'emanazione del medesimo interdetto popolare su domanda di un secondo impetrante, può manifestarsi non soltanto con la trattazione prevaricatoria di questa *actio*, ma anche col fatto, che quegli, ottenuto l'interdetto, ha semplicemente lasciato la questione insoluta. Per contro nelle parole « *causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum* » e « *saepius in eum interdicto experiri (permitti)* » io scorgerei l'indizio che qui si tratta innanzi tutto della sola possibilità di un ripetuto conseguimento dell'interdetto, dalla quale poi certo risulta di per sè la possibilità di una ripetizione dei *cetera ex interdicto*, compreso l'*agere*. Il paragone col *publico iudicio agi* deve poi venir limitato alla norma generale, che anche qui, come nell'interdetto popolare, la consunzione dell'azione, qualunque sia la circostanza per la quale è avvenuta, può esser revocata mercè la prova della *praevaricatio* dell'attore. È chiaro, che ove si volesse estendere maggiormente quel paragone, esso non calzerebbe più. Perocchè in primo luogo in un *iudicium publicum* la consunzione cessa di nuocere anche mercè la formale *exemptio de reis*, che ha luogo in seguito a un'*abolitio* o in seguito al recedere, per lo più punibile, dell'*accusator* dell'azione<sup>39)</sup>,

<sup>33)</sup> Cfr. L. 2 § 40 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; L. 22 § 4 D. *quod vi*, XLIII, 24; L. 1 § 4 D. *de lib. exh.*, XLIII, 30.

<sup>39)</sup> L. 11 § 2 D. *de acc.*, XLVIII, 2: (MACER.) *Ab alio delatum alius deferre non potest: sed eum, qui abolitione publica vel privata interveniente aut desistente accusatore de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur.* Qui bisogna tener conto del fatto, che l'*abolitio* ha luogo (su domanda del convenuto) anche allorquando l'accusatore sia morto o sia altrimenti impedito legittimamente di svolgere l'accusa. L. 3 § 4 D. *eod.*, L. 10 pr. D. *ad SC. Turpill.*, XLVIII, 16. — Sul *desistere ab accusatione* vedi L. 1 §§ 7, 9, 10, 14; L. 4 pr.; L. 6 pr., § 1 sq.; L. 13; L. 14; L. 15 pr. §§ 3, 4, 5 D. *ad SC. Turpill.*, XLVIII, 16. — Cfr. PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht* (La pluralità delle controversie giuridiche nel diritto di procedura), pag. 31 segg.

al che nulla v'è di corrispondente nella procedura dell'interdetto popolare. E in secondo luogo per disposizione di legge l'annullamento della consunzione in seguito a provata prevaricazione dell'accusatore può avvenire solo allorquando sulla prima accusa fu pronunciata sentenza definitiva assolutoria <sup>40)</sup>, mentre sarebbe stato sommamente inopportuno il far dipendere in ogni caso la nuova emanazione di un interdetto popolare in seguito alla prova di *perfidia* del primo impetrante dall'esperimento dell'*agere ex interdicto*, o dalla prescrizione di tale azione. Per conseguenza nemmeno quel paragone della consunzione di un interdetto popolare con quella di un'*accusatio publica* può costringerci a scorgere il momento consumante dell'interdetto nel medesimo atto processuale, nel quale si verificava per l'*accusatio*, precisamente come per le azioni vere e proprie, cioè nella *litis contestatio*: chè ciò è appunto nella procedura penale la *nominis receptio* <sup>41)</sup> o la *delatio rei* fatta con successo <sup>42)</sup> — nella procedura interdittale alla *litis contestatio* corrisponde, come riguardo a tutti gli altri effetti, così anche riguardo all'effetto della consunzione, l'emanazione dell'interdetto, l'*interdictum redditum*.

È di per sè evidente, che di tale fatto va tenuto conto nel trattare la questione circa il concetto, su cui si fonda la consunzione processuale; ma questo non è il luogo opportuno a tale ricerca <sup>43a)</sup>.

Del resto bisogna ancora osservare, che negli interdetti proibitorii la consunzione ha effetto solo riguardo a quell'elemento di fatto, che essendo un *adversus edictum factum* avrebbe dato diritto al procedimento per sponsione, ma non può più esser perseguito in giudizio a causa della prescrizione della sponsione, oppure che è stato in realtà perseguito *per sponsionem*, però con risultato sfavorevole per l'impetrante, perchè l'azione *ex sponsione* è stata respinta, o perchè

<sup>40)</sup> PLIN., *Epp.*, III, 9, 30: *Est lege cautum, ut reus ante peragatur, tunc de praevocatione quaeratur, videlicet quia optime ex accusatione ipsa accusatoris fides aestimatur.* L. 3 § 1 D. *de praevar.*, XLVII, 15.

<sup>41)</sup> O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano), pag. 407 seg. nota 20.

<sup>42)</sup> Così appunto nella L. 11 § 2 D. *de acc.*, XLVIII, 2; cfr. L. 9 Cod. *ead.*, IX, 2. *Lex Acilia*, lin. 21 e su questa HARTMANN, loc. cit. pag. 408 nota 21.

<sup>43a)</sup> Cfr. frattanto anche WLAŠAK, *Die Litiscontestatio*, pag. 57 seg. nota 1.

è rimasta senza seguito in forza della prescrizione del giudizio. Per contro, ogni timore di un nuovo *adversus edictum factum* rappresenta un' *aliam rem*, e perciò fonda sempre di nuovo il diritto d'impetrare il medesimo interdetto, precisamente come ogni nuova manomissione della proprietà, che ne minacci la libera disposizione, fonda sempre di nuovo la *negatoria in rem actio* anche contro il medesimo avversario <sup>42b)</sup>.

Anzi di fronte al medesimo impetrato non v'è punto bisogno di far emanare ancora una volta l'interdetto, quando questi ancora una volta ha commesso un *adversus edictum factum*: qui vien senz'altro richiesta da lui una nuova *sponsio*, dalla quale vien poi sollevata una nuova azione con *iudicium secutorium*, il divieto non ha punto perduto la sua forza con l'avvenuta persecuzione di una contravvenzione. Lo SCHMIDT riteneudo <sup>43)</sup> che l'obbligo originato dall'interdetto proibitorio non duri sempre come quelli originati dalla legge, ma si debba considerare estinto ogni volta dall'azione *ex interdico*, non ha posto mente, che da un lato la *sponsio* per una singola contravvenzione non esaurisce il contenuto dell'interdetto proibitorio, poichè questo proibisce ogni atto in contrario, e dall'altro lato nemmeno l'*actio ex sponsione* può dedurre in giudizio l'intero contenuto dell'interdetto, perchè, sebbene essa certo non si riferisca a una determinata violazione, si riferisce però a una violazione avvenuta prima della stipulazione della *sponsione* <sup>41)</sup>.

Lo PFERSCHÉ <sup>45)</sup> opina, che la condanna in base a un interdetto popolare possa avere l'effetto dell'*exceptio rei iudicatae* solo « in quanto contiene un elemento penale ed era diretta contro il reo come tale. Contro chi continua a tenere costruzioni illecite, un altro potrà benissimo invocare di nuovo l'interdetto per ottenere la *patientia destruendi* » <sup>46)</sup>. Però non mi pare, che a tale opinione sia fa-

<sup>42b)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 279 alla nota 8.

<sup>43)</sup> Loc. cit.

<sup>44)</sup> Sulla L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 vedi infra § 1838 e num. 104 alla nota 47 segg.

<sup>45)</sup> Loc. cit. pag. 116 nota 1.

<sup>46)</sup> Si confronti in proposito L. 2 §§ 40, 43 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; L. 1 § 22 D. *de flum.*, XLIII, 12 e L. 3 § 13. D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 cit.

vorevole la L. 3 § 13 cit. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29. Perchè questa afferma l'ammissibilità di più condanne per la continuata detenzione illecita del medesimo uomo libero come qualche cosa di affatto speciale, che certamente non trova la sua giustificazione che nel riguardo dovuto alla libertà dei cittadini, più importante di ogni altra cosa. S'intende, che ciò non esclude, che, nonostante la condanna dell'impetrato in base a un interdetto popolare, il pretore potesse con misure di natura amministrativa costringerlo a demolire le costruzioni, che tornavano a detrimento del bene pubblico, oppure demolisse quelle costruzioni intervenendo direttamente<sup>47)</sup>. Del resto ove avesse dovuto ammettersi, malgrado una precedente condanna dell'impetrato, una ripetizione del medesimo interdetto popolare per il medesimo fatto, esso giusta le espresse parole della L. 3 § 13 cit. non avrebbe potuto esser negato nemmeno al primo impetrante. Ora in ciò appunto apparirebbe manifesta l'ingiustizia di una tale ripetizione, come ha inconsciamente sentito anche lo PFEROSHE nell'ammettere una nuova emanazione dell'interdetto popolare solo sulla domanda di uno, che non sia il primo impetrante.

§ 1838 a.

b) *Dopo l'emanazione dell'interdetto.*

1) La procedura per sponsione.

aa) Le sponsioni<sup>1)</sup>.

89. Dopo l'emanazione di un interdetto imperativo in molti casi l'impetrato si dichiarava pronto a soddisfare l'avversario in conformità dell'interdetto, e allora questo soddisfacimento veniva per lo più anche realmente effettuato; — dopo l'emanazione di un interdetto proibitorio in molti casi l'impetrato si asteneva dal fare quello che gli era stato vietato mercè l'interdetto, e ciò veniva riconosciuto dall'impetrante senza riserve.

47) Cfr. infra § 1838 e num. 105 alla nota 69 seg.

1) SCHMIDT, loc. cit. pag. 235-250.

In tali casi non v'era nulla, su che potesse fondarsi un ulteriore procedimento giudiziario.

In altri casi invece l'impetrato negava l'esistenza dei requisiti dell'interdetto; oppure senza negare l'esistenza dei requisiti ne impugnava la forza obbligatoria sollevando una *exceptio*, di cui l'impetrante contestava a sua volta l'ammissibilità negando il diritto dell'impetrato a sollevarla o l'esistenza dei suoi requisiti; oppure finalmente affermava in contraddizione con l'avversario, di avere pienamente ottemperato a un interdetto imperativo, o di non aver violato un interdetto proibitorio.

La decisione della lite che sorgeva in tutti questi casi si otteneva ora non per mezzo del magistrato interdicante, ma per mezzo di un tribunale di giudici giurati.

Per due vie si perveniva nel diritto classico: una accessibile in tutte le specie di interdetti, e un'altra che era limitata agli interdetti imperativi.

GAIO, IV, 141: *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit (sc. praetor), statim per actum est negotium, sed ad iudices recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum sit, quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsonem agitur, sine poena, veluti cum arbiter petitur. et quid ex prohibitoriis interdictis semper per sponsonem agi solet; ex restitutoriiis vero vel exhibitoriis modo per sponsonem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur.*

§ 162: *(Si) igitur restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, veluti ut restituatur ei possessio, qui vi deiectus est, aut exhibeatur libertus, cui patronus operas iudicare vellet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. § 163: Nanque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem nec exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit denegandum calumniae iudicium ei, qui arbitrum*

postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore via litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur. § 164: Observare (autem) debet is, qui vult arbitrium petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat; sero enim petentibus non indulgetur. § 165: Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur: nam actor provocat adversarium sponsione (quod) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsonem adversarii restipulatur. deinde actor quidem sponsonis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis. sed actor sponsonis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur (cetera desunt).

ULP. *Fragm. Vindob.* V (KB): aut per formulam arbitrariam explicantur, aut per sponsonem, prohibitoria vero semper<sup>2)</sup> per sponsonem explicantur: restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam, per quam arbiter (cetera desunt).

A prescindere dalla sua restrizione agli interdetti imperativi, la seconda via è applicabile solo allorquando l'impetrato ne faccia domanda immediatamente dopo l'emanazione dell'interdetto: essa è dunque una via straordinaria, mentre la prima è una via ordinaria in questo senso<sup>2a)</sup>. Inoltre è chiaro, che la seconda via è divenuta possibile solo dopo l'introduzione della procedura formulare<sup>2b)</sup>, la prima invece poteva già venir seguita nella procedura delle *legis actiones*. Essendo la procedura interdittale più antica dell'*agere per formulas*, la prima via va considerata come la sola che esistesse in origine. Per conseguenza è bene cominciare dall'esaminar questa.

Il dissidio delle parti si riferisce all'una o all'altra delle questioni seguenti:

<sup>2)</sup> Questo « semper » è nel manoscritto, ma prima di « prohibitoria ».

<sup>2a)</sup> Circa l'essere la procedura *per formulam arbitrariam* una procedura *extra ordinem* anche nel senso tecnico, cioè indipendente dal *rerum actus*, vedi infra § 1838 *d num.* 99 alla nota 4.

<sup>2b)</sup> Cfr. infra § 1838 *d num.* 101.



1) l'interdetto emanato ha avuto forza obbligatoria per l'impe-  
trato, in quanto

a) esistevano i suoi requisiti e

b) non vi si opponeva una *exceptio* fondata<sup>1)</sup> e nel caso di una  
risposta affermativa di questa domanda, sia per decisione giudiziaria,  
sia per confessione dell'impetrato;

2) ha l'impetrato ottemperato debitamente all'interdetto<sup>1)</sup>

La *sponsio* abbracciava ambedue le questioni essendo concepita  
negli interdetti proibitori nei seguenti termini:

*si adversus edictum praetoris — vis facta est*<sup>3)</sup>, oppure, quando l'in-  
terdetto non conteneva un *vim fieri veto*, presumibilmente così:

*si adversus edictum fecisti*<sup>4)</sup>;

<sup>3)</sup> GAIO, IV, 166 (dell'*Ut possidetis*): *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit. CIC., pro Caec., XVI, 45: optime sponsionem facere possent, ni adversus edictum praetoris vis facta esset.* Vedi sopra § 1836 a num. 39 pag. 164 (testo tedesco parte I pagina 219).

<sup>4)</sup> GAIO, IV, 141: *quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit.* Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 240 invece di « *adversus* » pone « *contra* ». È stato giustamente osservato dal RUDORFF, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), vol. IV, pag. 4 alla nota 5, che le parole « *adversus edictum* » designano la contravvenzione a un editto proibitivo. L. 25 § 2 D. *de Sc. Silan. et Olaud.*, XXIX, 5. — TERENCEIO, *Heautontim*, IV, 1, 10 sq. Sulle orme dei *Collectaneen* dell'HARTMANN, aggiungo L. 5 § 6 D. *de his qui effud.*, IX, 3; L. 15 § 25 D. *de iniur.*, XLVII, 10 (*qui (si quis) adversus ea fecerit*); e inoltre L. 24 D. *de in tus voc.*, II, 4; L. 1 § 6 i. f. D. *de postul.*, III, 1. Del pari *adversus* designa un atto che contravviene a un divieto della legge nel § 12 I. *de nupt.*, I, 10 e nella L. 6 D. *de decr. ab ord.*, L, 9; a un divieto di un senatoconsulto proibitivo nella L. 52 D. *de C. E.*, XVIII, 1; a un divieto del giudice nella L. 29 D. *de recept.*, IV, 8; a un divieto di ultima volontà nella L. 38 § 3 D. *de legat.*, III; a un divieto contrattuale nella L. 4 § 1, L. 71, L. 85 § 3 D. *de V. O.*, XLV, 1. Del resto *adversus* può designare anche l'inadempimento di un obbligo positivo; così nella L. 7 § 7 D. *de pact.*, II, 14 (*adversus leges, plebis cita, senatus consulta, decreta, edicta principum* (citato secondo i *Collectaneen* dell'HARTMANN)); L. 121 D. *de R. I.*, L. 17; L. 17 § 20. D. *de aed. ed.*, XXI, 1 (*adversus dictum promissum*). § 7 I. *de V. O.*, III, 15; L. 137 § 7 D. *eod.*; L. 37 pr. D. *de legat.*, III (contravvenzione a un'imposizione di ultima volontà). *CONTRA edictum* agisce secondo

e negli interdetti imperativi:

*si contra edictum praetoris non exhibuisti o restituisti* <sup>5)</sup>.

Sorprende il termine *edictum* di ambedue le forme; si pensa che dovrebbe esservi in sua vece *interdictum*. E così vuole infatti leggere il LEIST <sup>5a)</sup> in GAIO, IV, 141 e 165. Senonchè ci vieta di farlo non solo l'essere la lezione del primo passo indubitabile (Cod. Veron., pag. 237, v. 9 e seg.), mentre certo l'altra (loc. cit., pag. 241, v. 18) come pure GAIO, IV, 166 (loc. cit., pag. 244 v. 8) sono meno sicure, ma segnatamente il tenore dei passi di CIC., *pro Caec.*, XVI, 45 <sup>5b)</sup> e di QUINTIL., *Inst. orat.*, IX, 3, 22 <sup>5c)</sup>. Purtuttavia che *edictum* in queste frasi non significhi altro che *interdictum*, risulta, come ha dimostrato lo SCHMIDT <sup>6)</sup>, da più ragioni con piena certezza. Innanzi tutto l'oggetto dell'*actio ex sponsione* derivante dall'*Uti possidetis*, che è da GAIO indicato nel passo IV, 166 nel *quod adversus edictum praetoris vis facta sit* in conformità con la formula edittale, è da GAIO stesso subito dopo (IV, 166 a) designato come (*quod*) *praetor interdicto com-*

---

il RUDORFF, loc. cit., colui che agisce non contro un divieto positivo, ma solo senza aver ottenuto dal pretore il permesso, che questi si era riservato di dare (*sine permisso, sine venia Edicti impetrata*). GAIO, IV, 46; cfr. L. 4 § 1; L. 10 § 12; L. 25 D. *de in ius voc.*, II, 4. Inoltre L. 2 D. *ne quis eum, qui in ius*, II, 7. Vedi del resto anche la nota seguente.

<sup>5)</sup> GAIO, IV, 165: *nam actor provocat adversarium sponsione (quod) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit*. — GAIO, IV, 141: *quaeritur —, an factum non sit, quod is (sc. praetor) fieri iusserit*. — CIC., *pro Caec.*, VIII, 23: — *praetor interdixit, — ut unde deieccisset, restitueret. Restituisse se dixit (sc. l'impetrato). Sponsio facta est. — Hac de sponsione vobis iudicandum est*. XXVIII, 80: *is, quoniam se restituisse dixit, necesse est, male fecerit sponsonem*. XXIX, 82: *Restituisse te dixit: nego me ex decreto praetoris restitutum esse*. XXXII, 92 (vedi sopra pag. 345 nota 8 (testo tedesco parte I pag. 461 seg.)). Sul *contra edictum* vedi inoltre L. 31 D. *de pact.*, II, 14; L. 112 § 3 D. *de legat.*, 1; L. 5 § 4 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1. — CIC., *Verr.*, II, 3, 10, 25. — GELL., IV, 2, 6. — WLABSAK, *Edict. und Klagform* (Editto e forma dell'azione), pag. 48 seg. lettera b.

<sup>5a)</sup> *Die Bonorum Possessio*, vol. I, § 54 nota 1 e 3 pag. 340 seg. Su di esso SCHMIDT, loc. cit. pag. 341 nota 8.

<sup>5b)</sup> Vedi sopra nota 3.

<sup>5c)</sup> Vedi infra nota 7.

<sup>6)</sup> Loc. cit. pag. 241 seg.

*plexus est* Similmente CICEBONE, *pro Caec.*, XXIX, 82 e 84 <sup>7)</sup> invece dell'espressione della formula concernente l'adempimento di un interdetto restitutorio *quod contra EDICTUM praetoris non restituerit* adopera l'espressione *nego me ex DECRETO praetoris restitutum esse; non sum ex DECRETO restitutus*. E non v'è multa, noi possiamo aggiungere, che indichi in modo tanto convincente la completa parità di significato dei termini *edictum* e *decretum* in queste frasi, quanto il fatto, che QUINTILIANO in una citazione del primo di quei passi, nel resto esalta in ogni sua sillaba, a *decreto* sostituisce *edicto*. Tale significato della parola *edictum* risulta ancora dalla L. 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (sopra, pag. 11, testo tedesco, parte I, pagina 14). Infatti con la parola *edictum* non si può qui voler designare l'*edictum in albo propositum*: questo esiste già prima che si cominci a costruire, e intanto secondo le parole della L. 7 non deve demolirsi ciò che è stato costruito *nullo prohibente*, cioè prima dell'emanazione dell'interdetto nel caso pratico; *edictum* dunque in quella frase può solo servire a designare l'*interdictum redditum*. E si può ancora aggiungere, che probabilmente anche ULPIANO nella L. 20 § 1 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 con le parole *contra INTERDICTUM praetoris* ha voluto designare quello stesso che egli nella L. 5 § 4 *ead.*, come PAPINIANO nella L. 18 *pr. eod.*, chiama *contra EDICTUM praetoris*, o MARCELLO nella L. 22 *eod.* e GIAVOLENO nella L. 23 *eod.*, *contra* o *adversus edictum* <sup>8)</sup>.

Ma come si spiega questo significato? Se ci ricordiamo, che spesso venivano pronunciati non solo interdetti, che presentavano modificazioni delle formule pubblicate nell'albo, ma anche di quelli, che non si modellavano punto su di una formula pubblicata, non ci senti-

<sup>7)</sup> *Insl. orat.*, IX, 3, 22 (citazione che debbo ai *Collectaneen* dell'HARTMANN): *Et nostra persona ultimur pro aliena, et alios pro aliis fingimus. Utriusque rei exemplum pro Caecina. Pisonem, adversae partis advocatum, alloquens Cicero dicit: RESTITUISSE SE DIXTI; NEG0 ME EX EDICTO PRAETORIS RESTITUTUM ESSE; verum enim illud RESTITUISSE Aebutius dixit, Caecina NEG0 EX EDICTO PRAETORIS RESTITUTUM ESSE; et ipsum DIXTI, excussa syllaba, figura in verbo.*

<sup>8)</sup> A me sembra, che di fronte al mantenimento di questa espressione nei passi citati non vi sia motivo di ammettere col LENEL, *Ed. perp.*, § 258 numero 2 pag. 389 una interpolazione in luogo di « *edictum* » nella L. 20 § 1.

remo inclinati a far risalire con l'HUSCHKE <sup>9)</sup> questa parificazione di *edictum* a *interdictum* al fatto, che il pretore di regola dava gli interdetti *ex edicto suo*, cioè sulla base dell'albo. Giacchè o resterebbe inesplicato, perchè tale parificazione non dovesse essere applicabile anche agli interdetti non edittali, cioè non conformi all'albo; oppure verremmo spinti col detto scrittore all'ipotesi affatto contraria alle Fonti, che gli interdetti di questa specie non venissero svolti con la procedura interdittale vera e propria, ma fossero messi in esecuzione direttamente dal magistrato interdicente *iure potestatis*.

Lo SCHMIDT <sup>10)</sup> cerca una spiegazione nella L. 102 pr. D. *de R. I.*, L. 17:

(ULP., lib. I *ad ed.*). *Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.*

Da questa legge egli desume, che *adversus edictum facere* significhi puramente e semplicemente: agire contro il divieto del pretore, qualunque sia la forma del divieto, perciò anche se è pronunciato a voce; e stima che a buon diritto ULPIANO dia a questo significato il nome di significato proprio. Crede che non si debba dubitare, che nel dare questa definizione ULPIANO aveva soprattutto in mente la *sponsio ex interdicto prohibitorio*. Però il LENEL <sup>11)</sup> ha dimostrato, che la L. 102 cit. si riferisce all'editto sulla *in ius vocatio*; e con ciò cade quell'acuta spiegazione.

Non è piuttosto da ritenere, che il pretore alla parte dell'albo

<sup>9)</sup> *Studien*, pag. 9. Similmente BETHMANN-HOLLWEG, *Römischer Civilprozess* (Procedura civile romana), vol. II, pag. 366 nota 109, pag. 368 nota 119, pagina 371 nota 133, pag. 378 nota 161. — A favore di questa spiegazione nulla prova nemmeno il fatto, che l'azione, che a tenore dell'editto nella L. 5 § 6 D. *de his, qui effud.*, IX, 3 doveva aver luogo contro colui, *quid adversus ea fecerit*, secondo la L. 5 cit. § 12 vien data anche *utiliter*. Perocchè l'atto qui vietato avviene pur sempre *adversus edicti sententiam*, quindi in questo senso *adversus edictum*. Arg. L. 6 § 1 D. *de V. S.*, L. 16 (ULP., lib. III, *ad ed.*): *Verbum « ex legibus » sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis* (Secondo le *Notizie* dell'HARTMANN, il quale peraltro ne trae la deduzione opposta).

<sup>10)</sup> Loc. cit. pag. 241.

<sup>11)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista di storia del diritto della fondazione SAVIGNY), vol. II, parte rom. pag. 24 nota 23. *Ed. perp.*, pag. 42 alla nota 8.

concernente gli interdetti premettesse un editto generale, in cui chiedeva obbedienza per ciascun interdetto, ch'egli emanerebbe caso per caso, ove ne risultassero esistenti i requisiti; e pel caso che si intendesse se tale obbedienza era stata prestata, additasse la procedura *per sponsionem*, e più tardi in luogo di questa anche la procedura *per formulam arbitrariam?* <sup>12)</sup>. Se così era, l'inosservanza di qualsiasi interdetto ben fondato era per ciò appunto una violazione dell'editto.

Nel rimanente la forma della *sponsio*, di cui trattiamo, è senz'altro chiara, tanto per gli interdetti proibitorii, come per gl'imperativi.

Abbiamo visto già sopra <sup>13)</sup>, che la *sponsio ex interdicto* poteva contenere anche delle *exceptiones* <sup>14)</sup>. Già da ciò risulta, che essa non occorreva si limitasse alle clausole generali, che abbiamo riferito.

Ciò è reso ancor più chiaro dal seguente passo di CICERONE, *ad div.*, VII, 21:

*Silii causam te docui . is postea apud me, cum ei dicerem, tibi videri sponsionem illam nos sine periculo facere posse: SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EDICTO SUO MIHI DEDIT, negare aiebat SEVIUM tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit etc.*

Di qui si vede, che la *sponsio ex interdicto Quorum bonorum* prendeva in sè « tutto il contenuto dell'interdetto nella sua forma concreta » <sup>15)</sup>. Secondo la plausibile congettura dell'HUSCHKE <sup>16)</sup> essa suonava:

*Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides*

<sup>12)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 358. Vedi infra § 1838 d num. 94 alla nota 41. Forse anche il Wlassak ammetterà un editto generale sugli interdetti con questo contenuto, cfr. questo autore *Edict und Klageform* (Editto e forma dell'azione), pag. 117 seg.

<sup>13)</sup> § 1837 a num. 74 pag. 353 (testo tedesco parte I pag. 471 seg.).

<sup>14)</sup> *Lex Rubr.*, c. XIX (ivi num. 73 pag. 352 (testo ted. parte I pag. 470)). L. 1 § 6 D. *de flum.*, XLIII, 12 (ivi num. 74 pag. 354 (testo ted. parte I pagina 473)).

<sup>15)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 359.

<sup>16)</sup> *Studien*, pag. 11. SCHMIDT, loc. cit. pag. 243 seg. — LENEL, loc. cit.

(*possideresve si nihil usucaptum esset*)<sup>17)</sup> *quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere, id si contra illius praetoris edictum mihi non restituiti, tot nummos mihi dare spondes? Spondeo.*

Non v'è certo nessuna ragione per ritenere, che la sponsione in questo interdetto sia stata la sola, che fosse concepita in modo così particolareggiato: noi « dovremo ammettere lo stesso anche per le sponsioni di moltissimi altri interdetti »<sup>18)</sup>. Dall'altro lato però non mi sembra, che si possa con lo SCHMIDT far di ciò una regola senza eccezione. Chè non solo manca a tal uopo un appoggio esteriore, ma vi si oppone l'intima inverosimiglianza della cosa. Vi sono infatti degli interdetti, di cui non si potrebbe introdurre in una sponsione l'intero contenuto senza il pericolo della più deplorabile oscurità<sup>19)</sup>. Per contro il LENEL dall'osservazione di GAIO (IV, 166 a) riguardo al computo del *iudex* nell'*Uti possidetis*:

*illud scilicet requirit (quod) praetor INTERDICTO complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit —*

deduce assai giustamente « che qui per lo meno la sponsione di per sè sola non istruiva sufficientemente il giudice »; essa piuttosto suonava:

*Si adversus edictum praetoris possidenti mihi fundum Cornelianum vis facta est*<sup>20)</sup>.

Nemmeno nell'*Unde vi*, a quanto sembra, la sponsione aveva bisogno di essere specificata. Secondo CIC., *pro Caec.*, XXXII, 92<sup>21)</sup>

17) La proposizione chiusa tra parentesi è stata omissa dall'HUSCHKE, perchè questi parte dall'opinione, che il suo contenuto non sia stato incluso nell'editto, se non in seguito del noto senatoconsulto del tempo di ADRIANO (GAIO, II, 57). Giustamente lo combatte il LEIST, *Bonorum possessio*, vol. I, pag. 101-107 pag. 324 e nella continuazione di questo *Comment.*, lib. XXXIX (testo tedesco parte I pag. 379 segg.). — LENEL, loc. cit. nota 2).

18) LENEL, loc. cit.

19) Il LENEL, loc. cit. pag. 359 nota 4, ne addita un esempio nell'interdetto *de migrando*; non molto diverso è il caso degli interdetti *fraudatorium* e *Salvianum*.

20) GAIO, IV, 166.

21) Vedi sopra nota 5. Cfr. anche CIC., *pro Tull.*, XIX, 45, passo che si riferisce certo anche alla procedura *per sponsionem*: *Multa dantur ei, qui vi allerum detrusisse dicitur, quorum si unum quodlibet probari iudici potuerit, vincat*

l'impetrato vince nella sponsione fatta sulla base della sua affermazione *se restituisse*, quando dimostri, o che l'avversario non ha posseduto punto, o che ha posseduto viziosamente da lui. Ciò parmi non si possa intendere altrimenti, che supponendo, che la sponsione in discorso non abbia contenuto nè un accenno diretto al possesso dell'impetrante, nè *l'exceptio vitiosae possessionis*, ma dicesse semplicemente:

*Si contra edictum praetoris fundum Cornelianum non restituiti.*

Quella *infitiatio* « *se restituisse* », che è cagione della *sponsio*, abbraccia quindi non solo l'affermazione, che l'impetrato ha ottemperato completamente al comando del pretore obbligatorio per lui, ma anche l'altra, che questo comando non era obbligatorio per lui, perchè non ne sussistevano i requisiti, o perchè gli spetta una fondata *exceptio*, per esempio una *exceptio vitiosae possessionis* <sup>22)</sup>. Appunto perciò CICERONE per l'interpretazione della *sponsio* torna sempre a esaminare l'interdetto <sup>22a)</sup>. Anche là dove al cap. XXVIII

*neesse est: vel non possedisse eum, qui detectus sit, vel si ab se possedisse vel clam vel precario. Ei, qui de vi confessus esset, tot defensiones tamen ad causam obtinendam maiores reliquerunt.*

<sup>22)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 237 seg. — DEMELIUS, *Confessio*, pag. 165 nota 2. — Il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 368 nota 120, opina: « Questa singolare espressione pare sia un avanzo della più antica procedura interdittale, nella quale il pretore pronunciava l'ordine di restituzione solo dopo aver acquistata la piena convinzione, sicchè restava soltanto la questione, se l'ordine era stato eseguito ». L'HUSCHKE, *Die Multa ecc.* pag. 78 seg., suppone che negli interdetti esibitorii e restitutorii, quando l'impetrato non aveva domandato un arbitro, l'impetrante, allo scopo di avviare il procedimento ulteriore, esprimesse contro l'impetrato l'affermazione: *contra edictum illius praetoris, quo . . . exhibere, restituere iussus es, non exhibuisti, non restituiti*, contro di che l'impetrato affermava il contrario: *exhibui, restitui* (abbreviato, com'è naturale, in luogo di *non non exhibui, non non restitui*).

<sup>22a)</sup> Loc. cit., XIX, 55: HOC IPSUM INTERDICTUM, quo de agitur, consideremus. § 56: *At vero ratio iuris INTERDICTIQUE VIS et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem* (cioè, che uno schiavo non sia compreso nella parola « *familia* » dell'interdetto) *et pro nihilo putet*, XXI, 59: *Perge porro HOC IDEM INTERDICTUM SEQUI: « HOMINIBUS COACTIS » — ideo de coactis compositum INTERDICTUM EST. XXII, 62: andersne dicere INTERDICTUM ESSE de armatis hominibus? — cum INTERDICTUM ESSET de pluribus. § 63: Verum in his causis non verba veniunt in indicium, sed ea res, cuius causa*

so dichiara, che le parole della sponsione danno ragione al suo cliente, egli lo fa riferendosi espressamente alla formula dell'inter-

*verba haec AD INTERDICTUM coniecta sunt. — eas res appellantur IN INTERDICTO. — tametsi verbis INTERDICTI non concluditur. XXIII, 66: « — fateor haec INTERDICTO praetoris vindicari —, sed ego inuenio IN INTERDICTO verbum unum. XXVIII, 79: rem et SENTENTIAM INTERDICTI mecum facere fatebatur. § 80: — VERBA IPSA SPONSIONIS facere mecum, si vellem diligenter attendere. Quoniam, inquam, modo? Quia certe, inquit, deiectus est Caecina vi hominibus armatis aliquo ex loco: si non ex eo loco, quem in locum venire voluit, at ex eo certe, unde fugit. Quid tum? Praetor, inquit, INTERDIXIT, UT, UNDE DEIECTUS ESSET, EO RESTITUERETUR, hoc est, quicumque is locus esset, unde deiectus esset. Aebutius autem, qui fatebatur aliquo ex loco deiectum esse Caecinam, is quoniam se RESTITUISSE dixit, necesse est MALE FECERIT SPONSIONEM. XXIX, 83: SI AD INTERDICTI SENTENTIAM confugis et de quo fundo actum sit tum, cum Aebutius restituere IUBEATUR, id quaerendum esse dicis etc. 85: neque in hac re — quaeri oportere, QUIBUS VERBIS PRAETOR INTERDIXERIT, sed de quo loco sit actum CUM INTERDIXIT. XXX, 86: non solum re et sententia, sed VERBIS QUOQUE HOC INTERDICTUM ITA ESSE COMPOSITUM, ut nihil commutandum videretur. § 87: — ut sive ex fundo sive a fundo deiectus essem, UNO EODEMQUE INTERDICTO restituere: UNDE TU. XXXI, 91: Cur ergo aut in illud cottidianum interdictum: « UNDE ILLE ME VI DEIECIT » additur: « CUM EGO POSSIDEREM »: si deiici nemo potest, qui non possidet, aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quaeri, possederit necne? Negas deiici, nisi qui possideat. Ostendo, si sine armatis coactisve hominibus deiectus quispiam sit, eum, qui fateatur, se deiecissem, VINCHERE SPONSIONEM, si ostendat eum non possedisse. Negas deiici, nisi qui possideat. Ostendo EX HOC INTERDICTO de armatis hominibus, qui possit ostendere, non possedissem eum, qui deiectus est, condemnari tamen SPONSIONIS necesse esse, si fateatur esse deiectum. XXXII, 93: — ut qui armatus de possessione contendisset, inermis plane DE SPONSIONE certaret. Ecquid igitur interest, Piso, inter HAEC INTERDICTA? ecquid interest, utrum hoc sit additum: « CUM A. CAECINA POSSEDERIT » necne? Ecquid te ratio iuris, ecquid INTERDICTORUM DISSIMILITUDO, ecquid auctoritas maiorum commouet? Si esset additum, de eo quaeri oporteret. Additum non est, tamen oportebit? XXXVI, 104 i. f.: statuite, quid vos tempora rei publicae de armatis hominibus, quid illius confessio de vi, quid nostra decisio de aequitate, quid RATIO INTERDICTI de iure admoneant, ut iudicetis. pro Tull. XII, 29: Videtis praetores per hos annos interdicere hoc interdicto velut inter me et M. Claudium: UNDE DE DOLO MALO TUO M. TULLI, M. CLAUDIUS AUT FAMILIA AUT PROCURATOR EIUS VI DETRUSUS EST, cetera ex formula. Sicubi ita INTERDICTUM EST ET SPONSIO FACTA, ego me ad iudicem si defendam, vi me deiecissem confitear, dolo malo negem, equis me audiat? § 30: Plus igitur valet Claudii causa, si INTERDICITUR, Unde dolo malo meo vi deiectus sit, quam si daretur, Unde a me deiectus esset. Nam in hoc posteriori, nisi ipse egomet deiecissem, VINCHEREM SPONSIONEM: in illo priore, ubi dolus malus additur, sive consilium inissem, ut vi deiceretur, sive ipse deiecissem, necesse erat de dolo malo*



detto. Egli dice: L'interdetto prescrive che l'espulso sia restituito là, donde è stato cacciato; ora poichè Cecina incontestabilmente è stato cacciato da un luogo qualsiasi, Ebuzio, che riconosce quest'ultimo fatto, deve perdere la sponsione fatta sulla base della sua affermazione *se restituisse*, non avendo egli appunto restituito Cecina in quel luogo <sup>22b)</sup>. È vero, che il LENEL <sup>22c)</sup> al contrario opina, che la sponsione contratta in base all'*Unde vi* riproduca probabilmente tal quale l'interdetto, a un dipresso così: « *Unde . . . . me deiecisti . . . . eo si me . . . . adversus edictum praetoris non restituisisti* » etc. Egli fonda molto acutamente il suo asserto su questo argomento, che la nuova disamina del concetto di « deiezione » in ULP., lib. LXIX, *ad ed. L. 1* §§ 45-47 D. *de vi*, XLIII, 16 secondo il posto, che occupano quei paragrafi, va riferita alla sponsione. Ma sarebbe questa realmente una spiegazione soddisfacente di quella nuova disamina? O non è piuttosto il concetto della deiezione nell'interdetto precisamente lo stesso quale sarebbe nella sponsione? Perchè avrebbe dovuto ULPIANO esaminarlo un'altra volta per la sponsione? Del resto partendo dall'affermazione del LENEL si arriverebbe al risultato inammissibile, che la *sponsio ex interdicto*, di cui ULPIANO avrebbe trattato dopo, anche nell'editto avrebbe fatto seguito alla *formula iudicii secutorii ex interdicto*, che secondo il detto scrittore <sup>22d)</sup> vieu già trattata nei §§ 40-42 della L. 1 cit. Per conseguenza non mi sembra che si possa dare un gran peso all'ordine attuale dei paragrafi. Ad ogni modo di fronte alla forte prova, che ci offre il discorso di CICEBONE, della forma generica della sponsione nel processo di Cecina, si potrebbe dalla L. 1 § 45-47 cit. dedurre tutt'al più, che ci sia stata una seconda forma della sponsione, forse posteriore, che comprendeva espressamente i requisiti dell'interdetto. E là, dove essa faceva ciò, avrà al-

---

*meo vi deiectum iudicari*. Son debitore dei soprascritti passi ai *Collectaneen* di O. HARTMANN, il quale però ne ha tratta la deduzione opposta, che la *sponsio* comprendesse nella sua formula tutto il contenuto dell'interdetto.

<sup>22b)</sup> Sono d'accordo col LENEL, *Ed. perp.*, pag. 374 nota 2, soltanto in ciò, che anch'io ritengo riferirsi le summentovate disquisizioni di CICEBONE precisamente ai *verba sponsionis*.

<sup>22c)</sup> Loc. cit. pag. 373 seg.

<sup>22d)</sup> Loc. cit. pag. 373 sotto.

lora designato specificatamente anche il fondo controverso <sup>22e)</sup>; perocchè solo quando la sponsione considerata in sè stessa enunci chiaramente l'oggetto della lite può esserci uno scopo nel farle abbracciare tutto il contenuto dell'interdetto. In tutti i casi l'orazione *pro Caecina* non costituisce un motivo sufficiente per rigettare una tale specificazione della sponsione.

È stata in varie occasioni espressa l'opinione <sup>23)</sup>, che l'*agere ex interdicto per sponsionem* restasse escluso in quei casi, nei quali l'una o l'altra parte o ambedue erano peregrini, essendo la forma della *sponsio*, com'è noto, *propria civium Romanorum* <sup>24)</sup>. Ma che cosa ci costringe a supporre, che in quella procedura venisse usata sempre e necessariamente appunto la forma: *spondesne? spondeo?* È ben noto, che l'espressione *sponsio* comprende, oltre la stipulazione fatta con questa parola di rito, qualunque altra stipulazione <sup>25)</sup>. D'altro canto escludendo la procedura per sponsione nel caso, in cui tra le parti vi sia un peregrino, si sarebbe reso inapplicabile di fatto per questo caso, non soltanto gli interdetti proibitorii e con essi per esempio tutta la tutela del possesso mercè interdetti *retinendae possessionis*, ma anche gli imperativi. Perocchè l'altra procedura, quella cioè *per formulam arbitrariam*, ammessa per questi ultimi presuppone che l'impetrato ne faccia domanda <sup>26)</sup>: il che, com'è facile comprendere,

<sup>22e)</sup> Cfr. LENEL, loc. cit. pag. 374.

<sup>23)</sup> Come da T. MOMMSEN nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto) vol. XV pag. 381 seg. e dalla confutazione oppostagli dallo SCHMIDT, loc. cit. pag. 244 segg. Cfr. anche MORITZ VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer* (Il *ius naturale, aequum et bonum* e il *ius gentium* dei Romani), parte II pagina 622 segg.

<sup>24)</sup> GAIO, III, 93.

<sup>25)</sup> L. 7 D. *de V. N.*, L, 16 (PAUL., lib. II, *ad ed.*): « *Sponsio* » appellatur non solum, quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque. Come indicherebbe la sua intestazione, questo passo si riferiva probabilmente alla stipulazione del *vadimonium*, che è da presumere nell'editto fosse chiamata « *sponsio* » (nello stesso modo che la *stipulatio ex interdicto reddito*). « Allora quest'espressione già a causa della possibile partecipazione dei peregrini abbisognava di una più ampia interpretazione ». LENEL, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista di storia del diritto della fondazione SAVIGNY), vol. II, parte rom. pag. 39 sotto il num. 8.

<sup>26)</sup> GAIO, IV, 163 sq. Vedi infra § 1838 *d* num. 99 dopo la nota 8.

questi nel caso in discorso si asterrebbe dal fare. E un tal risultato tanto più deve dirsi inconcepibile, quando si consideri, che non soltanto i pretori di Roma, ma anche i governatori delle provincie <sup>27)</sup> emanavano interdetti <sup>28)</sup>.

<sup>27)</sup> GAIO, IV, 139: *praetor aut proconsul*.

<sup>28)</sup> Vedi anche KELLER, *Sem.*, I, pag. 402 sqq. — E nemmeno saprei vedere, perchè l'*Uti possidetis* per la sua natura non dovesse essere applicabile a fondi provinciali, come è stato dedotto da FRONTINO, *De controvers. agr.*, Lachm. XXXVI, 13 sqq. (*videbimus tamen, an interdiceret quis possit de eiusmodi possessione*). Il RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser* (Gli scritti degli agrimensori romani), vol. II, pag. 450 nota 557, opina, che il dubbio di FRONTINO provenga da ciò, che egli considera l'individuo non come proprietario, ma solo come possessore (l. c. IV, 1 sq.), e per conseguenza l'esercizio del suo diritto non di nuovo come possesso. Ma allora logicamente FRONTINO avrebbe dovuto rifiutare l'*Uti possidetis* anche al possessore di mala fede! Secondo il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 162, l'*Uti possidetis*, essendo compreso nell'editto del pretore urbano, sarebbe stato formulato solo pel « possesso di diritto civile » e la trasmissibilità della formula petitoria ad altro possesso d'immobili non avrebbe implicato di per sè il trasferimento dell'interdetto a quest'altro possesso; che solo dopo l'istituzione dell'editto perpetuo di GIULIANO, l'*Uti possidetis* sembra esser penetrato generalmente anche nella pratica del foro provinciale, come attesta la L. un. Cod. *uti poss.*, VIII, 6 (DIOCLET.). Senonchè dall'introduzione dell'*Uti possidetis* nell'editto del *praetor urbanus* certo non consegue la natura civile, quindi non esistente nei fondi provinciali, del possesso tutelato con esso, e tanto meno quando si consideri, che senza dubbio il medesimo interdetto si trovava anche nell'editto del *praetor peregrinus*. E se pur tuttavia l'*Uti possidetis* fosse stato « formulato » esclusivamente per il « possesso di diritto civile », esso non avrebbe potuto venire esteso ai fondi provinciali senza una modificazione sostanziale, nemmeno in seguito alla redazione dell'editto della capitale fatta da GIULIANO. La sua applicabilità a tali fondi dipendeva a mio parere unicamente dall'essere esso o no stato incluso in quel dato editto provinciale. Ora se ciò per una ragione sconosciuta non era ancora avvenuto al tempo di FRONTINO in qualcuna delle provincie, nelle sue parole dovrebbe scorgersi appunto un accenno alla diversità degli editti provinciali nel rapporto in discorso. Si può però dare a quelle parole anche un'altra spiegazione; perchè non c'è bisogno di riferirle alla questione, se l'*Uti possidetis* in generale trovi applicazione ai fondi provinciali, il che viene anzi presupposto noto, ma si possono riferire anche alla questione, se in tali fondi certe usurpazioni del possesso possano venir respinte per mezzo di questo interdetto (nella forma dell'*interdictum secundarium*), nello stesso modo che nei *praedia soli Italici*. A meno che l'*enim* » delle parole susseguenti (lin. 16-23) non sia messo in modo affatto erroneo, mi pare che queste esigano un senso

La *sponsio ex interdicto* è una *sponsio poenalis*: perciò l'impetrato, che la contrae, ha diritto a una *restipulatio*<sup>23a</sup>), senza dubbio dello stesso ammontare<sup>24)</sup>.

Sul contenuto di questa *restipulatio* possediamo solo scarse osservazioni.

GAIO, IV, 165: — *actor provocat adversarium sponsione (quod) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur.*

§ 166: — *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel — — una inter eos sponsio itemque restipulatio una — ad eam fit.*

Il tenore della *restipulatio* è probabile corrispondesse nel caso pratico al tenore della *sponsio* il più precisamente possibile<sup>25a</sup>). Quindi se la *sponsio* era specificata, lo era anche la *restipulatio*; se quella si riferiva all'interdetto in termini generali, lo stesso avveniva nella

---

di tal genere. « *Mulla enim et varia incidunt, quae ad ius ordinarium pertinent, per provinciarum diversitatem . nam cum in Italia ad aquam pluviam arcendam controversia non minima concitetur, diverse in Africa ex eadem re tractatur . quum sit enim regio aridissima, nihil magis in quaerella habent, quam siquis inhibuerit aquam pluviam in suum influere: nam et aggeres faciunt, et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur, quam effluat* ».

<sup>23a</sup>) GAIO, IV, 94: *Non tamen haec summa sponsionis exigitur (nella in rem actio per sponsionem) . non enim poenalis est, sed praedjudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de ea re iudicetur . unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur.* Vedi anche infra § 1839 num. 109 alla nota 51 seg.

<sup>24)</sup> Però io non credo, come fa lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 248 nota 15, che si possa scorgere un accenno a ciò in GAIO, IV, 166 a, 168 (bisognerebbe aggiungere 167): qui non si tratta della *restipulatio* alla medesima *sponsio*, ma della *sponsio* di una scommessa e della *restipulatio* dell'altra; ora le due scommesse potevano pur aver luogo per un ammontare diverso. Vedi infra nota 36.

<sup>25a</sup>) Di diversa opinione è l'HÜSCHKE, pag. 77 nota 183, il quale ritiene, che la restipulazione fosse sempre così concepita: « *at si restitui (exhibui), tunc eandem summam mihi dare spondes?* » La ragione che egli ne dà, che sarebbe stata difficile nel caso pratico una forma pienamente esatta, viene a cadere in forza della nostra ipotesi sul tenore della sponsione. Vedi alla nota 19 e seg.

*restipulatio*. Così nel caso dell'orazione *pro Caec.*, XXXII, 82<sup>30</sup>) anche la *restipulatio*, che teneva dietro all'*Unde vi*, si basava sull'affermazione dell'impetrato: *se restituisse* in modo affatto generale:

*si ex edicto praetoris fundum Cornelianum restitui.*

Se la *sponsio* conteneva un'*exceptio*, questa, come acutamente osserva lo SCHMIDT<sup>31</sup>), prendeva la forma di una causa alternativa dell'obbligo, per esempio all'incirca così:

*Si de fundo Capenate te vi non decei aut si te vi a me possidentem vi decei* (o fors'anche: *aut si a me aut vi aut clam aut precario possedisti*).

Quanto al modo, in cui veniva determinato l'ammontare della somma della sponsione, possiamo solo fare delle congetture. Molto verosimile è l'ipotesi dell'HUSCHKE<sup>32</sup>), che esso fosse stabilito *tanti, quanti actor iuraverit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri*. In favore di ciò parla l'analogia col *vadimonium*<sup>33</sup>).

<sup>30</sup>) Vedi sopra pag. 467 (testo tedesco, parte II pag. 96). Cfr. LENEL. *Ed. perp.*, pag. 374 nota 3.

<sup>31</sup>) Loc. cit. pag. 248. Cfr. sopra § 1837 a num. 75 pag. 364 (testo tedesco parte I pag. 486).

<sup>32</sup>) *Jurisprud. anteiust. ad GAI.*, IV, 165 ed. V, pag. 400 n. 2.

<sup>33</sup>) GAIO, IV, 186: *quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti*. — LENEL, *Ed. perp.*, pag. 360 nota 1. Di diversa opinione il DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes der römischen Rechts* (Svolgimento e concetto del possesso giuridico del diritto romano), pag. 22, il quale dichiara questa affermazione « inaccettabile e arbitraria », perchè per un tale giuramento di calunnia « mancherebbe ogni base, anche una base morale ». Ma donde viene tale base pel giuramento di calunnia nel *vadimonium*? o devesi rispetto a quest'ultimo chiamare arbitraria l'ipotesi dell'HUSCHKE? Una determinazione obbiettiva del valore era certo anche qui inopportuna come là. E quando il DERNBURG opina invece, che contro pretese esagerate servisse di tutela la necessità della restipulazione, egli scambia la tutela contro una pretesa infondata in sé stessa con la tutela contro una pretesa fondata e solo esagerata nella sua misura. — Non parmi del resto che la L. 7 § 4 D. *quod vi*, XLIII, 24 (v.: *simpli litem aestimandam*), addotta dallo HUSCHKE in appoggio della sua congettura, provi nulla a suo favore. Vedi su questo passo infra § 1838 b num. 93 dopo la nota 39. — Vedi l'opinione del KAPPEYNE sulla *summa sponsionis* infra § 1838 d numero 101 nota 35 a.

Però mentre il *vadimonium* nei casi ordinarii non poteva oltrepassare l'ammontare di 100,000 sesterzii, e probabilmente nemmeno la metà del valore della lite <sup>34)</sup>, noi possiamo ritenere, secondo la ricostruzione del LENEL della L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17 <sup>35)</sup>, che la *sponsio* in generale, salvo una riduzione imposta dal pretore, aveva solo per limite il pieno valore della lite <sup>35a)</sup>. E difatti questa determinazione dell'ammontare della sponsione si mostra affatto adeguata al caso, se è vero, che essa abbia avuto origine prima della *lex Aebutia*, e che i *iudicia secutoria* siano stati introdotti solo dopo questa legge <sup>35b)</sup>. Allora acquisterebbe valore di verità per ogni caso in generale l'osservazione, che il BRUNS <sup>35c)</sup> fa in speciale applicazione all'*Uti possidetis*, il quale non ha mai avuto un *iudicium secutorium* diretto al risarcimento di danni per una *vis* contraria all'editto: « Evidentemente le sponsioni penali avevano lo scopo di stabilire il risarcimento di danni per la *vis* e l'*inquietare* nella forma e nella misura di una pena ».

Negli *interdicta duplicia* era per conseguenza possibile, che la *sponsio* di una delle parti e la corrispondente *restipulatio* designassero una somma diversa, che non la *sponsio* dell'altra parte e la *restipulatio*, che corrispondeva a quest'ultima <sup>36)</sup>.

<sup>34)</sup> Arg. L. 3 § 4 D. *de eo, per quem fact. erit*, II, 11. Cfr. L. 115 pr. D. *de V. O.*, XLV, 1. — HUSCHKE, *Gaius*, pag. 135 seg.

<sup>35)</sup> Secondo la quale l'editto in origine invece di *neque pluris, quam quanti ea res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam* — era detto: *quanti uter iuraverit, non calumniae causa se postulare sponzionem fieri, neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponzionem restipulationemque facere permittam*. Vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 372 (testo tedesco parte I pag. 497 seg.).

<sup>35a)</sup> Il DERNBURG, loc. cit. invece di: « *Werth des Besitzes* » (Valore del possesso) pone: *Wert der Besizung* » (Valore della possessione), forse per eufonia, ma presumibilmente senza l'intenzione e la coscienza di dire in sostanza qualche cosa di diverso.

<sup>35b)</sup> Cfr. infra § 1839 num. 113 alla nota 16.

<sup>35c)</sup> *Besitzklagen* (Azioni possessorie) pag. 34.

<sup>36)</sup> *Quanti uter iuraverit* (vedi sopra nota 35). — Non so capire come il KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 127, dalla dichiarazione di GAIUS (IV, 166), che nelle quattro parti della sentenza sulle sponsioni a ciascuna parte era dato o sempre ragione o sempre torto, e da QUINTILIANO, *Insl. orat.*, VII, 5, 3 (*in sponzionibus, quae ex interdictis fiunt*,

In questi interdetti la sponsione di una parte poteva forse venire unita con la restipulazione alla sponsione dell'avversario, di modo che invece di due sponsioni e di due restipulazioni corrispondenti aveva luogo solo una sponsione e una restipulazione<sup>36a)</sup>. Però anche qui la promessa non avrà avuto per oggetto un *quanti quaeque earum rerum erit, tantum dare*, cioè un *incertum*<sup>36b)</sup>, ma, precisamente come nelle sponsioni e restipulazioni semplici, una *certa summa*, cioè l'ammontare totale formato dalle due somme delle sponsioni.

90. Per ciò che riguarda il rapporto di tempo della *sponsio* e della *restipulatio* con l'*interdictum redditum*, si può innanzi tutto ritenere per certo, che la *restipulatio* in ogni caso faceva immediatamente seguito alla *sponsio*: in altri termini, che il rapporto in discorso era per l'una e per l'altra precisamente lo stesso<sup>37)</sup>. Del pari non si dovrà

---

*etiamsi non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis; tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse, docere oportebit*, possa dedurre, che: « La somma, quale ammontare prestabilito, che doveva essere imposto alla parte soccombente per le spese processuali, doveva perciò essere la stessa in tutte e quattro le sponsioni ». Nè so vedere alcun punto d'appoggio per l'ipotesi del suddetto scrittore, pag. 125, nota 1 i. f., « che la somma in discorso (quella cioè della *sponsio poenalis ex interdicto retinendae possessionis*) era una somma fissa e uguale in tutti i casi, e quindi era propriamente soltanto nominale ». Di fronte all'enorme differenza di valore tra i varii casi di controversia possibili ciò sarebbe stato, a mio avviso, estremamente malinteso e ingiusto.

<sup>36a)</sup> GAIUS, IV, 166 fol. 244 v. 11, dice con sufficiente certezza: *una inter eos sponsio itemque restipulatio una*, e v. 12 del pari: *ad eam fit*. L'HUSCHKE, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XIII, pag. 334 e *Jurisprud. anteinst. ed. 5 ad h. l.* completa così: *VEL STIPULATIONIBUS IUNCTIS DUABUS una inter eos sponsio itemque restipulatio una ALTERIUS ADVERSUS eam fit*, ritenendo per un errore di scrittura l'*ad* nel v. 12 invece dell'*ad* (*ersus*) da lui presupposto. Lo STUEDEMUND e il KRÜGER vorrebbero leggere: — *restipulatio UNA TANTUM ad eam fit*. — Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 288 nota 7, stima l'unione di *sponsio* e *restipulatio* praticamente sterile, e perciò non vorrebbe accettarla. Ma la sua proposta, di colmare a senso le lacune così: *VEL SI UNUS TANTUM SPONSIONE PROVOCAVIT ALTERUM, una inter eos sponsio ET UNA restipulatio ADVERSUS eam fit* — parmi sia confutata dalla scoperta degli *interdicta secundaria*.

<sup>36b)</sup> Come reputa l'HUSCHKE, *Zeitschrift*, loc. cit. pag. 334 con l'approvazione del RUDORFF e del PUCHTA, *Inst.*, § 169 nota k. Vedi in senso contrario: SCHMIDT, loc. cit. pag. 287 seg. nota 7.

<sup>37)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 248 sotto il num. III.

porre in dubbio, che le doppie sponzioni in base agli *interdicta duplicia* venivano sempre contratte in diretta concatenazione tra loro.

Rispetto agli interdetti imperativi, come ha osservato giustamente lo SCHMIDT<sup>38)</sup>, risulta con certezza da GAIO, IV, 164 sq.<sup>39)</sup>, che l'impetrante non era autorizzato a provocare la *sponsio* nella medesima udienza, nella quale aveva ottenuto l'interdetto. Perchè fino al suo uscire da questa udienza l'impetrato aveva facoltà di domandare un arbitro. In realtà sarebbe stata una grande ingiustizia contro l'impetrato, ove egli fosse davvero obbligato, conformemente all'interdetto, alla restituzione o all'esibizione, il colpirlo inesorabilmente con la *poena sponsionis*, senza accordargli una dilazione per l'adempimento del suo dovere<sup>40)</sup>. Peraltro quest'argomentazione lascia sus-

<sup>38)</sup> Loc. cit. BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 37 seg. — EXNER, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rivista della fondazione SAVIGNY, parte rom., vol. VIII, pag. 171. — Già questo basta a confutare l'intera affermazione infondata dell' HUSCHKE, *Studien*, pag. 3 nota 4, che la *sponsio* solesse far seguito immediato all'*interdictum redditum*.

<sup>39)</sup> Vedi sopra pag. 86 seg. Lo PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 98, contesta che GAIO, IV, 165, provi l'affermazione del testo. Egli dice, che secondo questo passo si aspetta dall'impetrato una dichiarazione sull'interdetto emanato, la quale serve di norma per l'ulteriore procedimento; che il silenzio fino all'*exire de iure* era considerato come negazione; e che da ciò risulta, che quando aveva luogo una negazione espressa non v'era bisogno d'attendere la fine dell'udienza, e nulla si opponeva a una immediata provocazione alla *sponsio*. Lo PFERSCHKE qui dimentica, che l'interdetto è un ordine del magistrato, che, esistendone i requisiti, deve esser seguito, nè richiede alcuna dichiarazione dell'impetrato; e che anche la domanda di un arbitro non è altro che l'immediata sottomissione a quell'ordine imparzialmente interpretato da un arbitro.

<sup>40)</sup> Come ciò fosse chiaramente inteso dai Romani, ce lo mostra all'evidenza la L. 4 § 2 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (SCHMIDT, pag. 249): *VENUL., lib. IV, interd.: Nullo tempore dolo malo retineri homo liber debet, adeo ut quidam putaverint, nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum, quoniam praeteriti facti poena praestanda est.* Nell'interdetto *de homine libero exhibendo* non doveva dunque, secondo l'opinione di quei *quidam*, esser dato all'impetrato un termine per l'esibizione, nè quando egli era *confessus in iure*, nè quando la *pronuntiatio* nell'*actio arbitraria* o nel *iudicium secutorium* era stata a lui sfavorevole. Per contro non si deve intendere quell'opinione anche nel senso, che, nel caso che l'impetrato non domandasse un arbitro, sarebbe stato costretto già nell'udienza dell'*interdictum redditum* a contrarre la *sponsio*. Vedi il testo *infra*.



sistere pur sempre la possibilità, che la sponsione venisse contratta subito dopo l'interdetto, nel caso che l'impetrato fosse in ciò d'accordo. — Del pari dobbiamo rispetto agli interdetti proibitorii convenire con lo SCHMIDT <sup>41)</sup> nell'opinione, che il contrarre la *sponsio* immediatamente dopo l'emanazione di un interdetto di questa specie era ad ogni modo prematuro, quando in quel momento non si era verificata ancora alcuna *vis adversus edictum*: allora nell'azione derivante dalla *sponsio* avrebbe dovuto esser assoluto l'impetrato, e nell'azione derivante dalla *restipulatio* avrebbe dovuto essere condannato l'impetrante. Qui resta certo luogo alla possibilità di una *sponsio* immediata, nel caso che nella continuazione di uno stato di cose prodotto dall'impetrato stesso già prima dell'emanazione dell'interdetto si riscontrasse una *vis adversus edictum* <sup>42)</sup>.

Però noi non possiamo ammettere nessuna di queste due possibilità.

Non possiamo ammettere la prima, perchè quella *sponsio*, che il pretore aveva messo come presupposto dell'ulteriore procedura *ex interdicto reddito*, appunto come necessario istituto procedurale doveva essere sottratta all'arbitrio delle parti. In altri termini, una sponsione, che venisse contratta immediatamente dopo l'emanazione di un interdetto imperativo nella medesima udienza per libero accordo delle parti, non era appunto quella sponsione, alla quale il pretore voleva connettere il seguito della procedura, — nello stesso modo che per esempio non sarebbe stata una tale sponsione una *sponsio mere praedicialis*, che le parti avrebbero anche senza dubbio potuto contrarre per mutuo accordo. *In iure* non v'era assolutamente posto per tali arbitrarie sponsioni *ex interdicto reddito* <sup>42a)</sup>.

Contro la seconda possibilità parla già il fatto innegabile, che la

<sup>41)</sup> Loc. cit. pag. 249 cfr. pag. 54 seg.

<sup>42)</sup> Vedi sopra § 1837 numeri 63 e 64.

<sup>42a)</sup> Arg. L. 52 pr. D. de V. O., XLV, 1: — *praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris, qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrudere*. L. 1 § 10 D. de stip. praet., XLVI, 5: *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis*. Cfr. del resto § 1837 a num. 74 nota 44 in fine pag. 353 (testo ted. parte I pag. 472).

domanda di un arbitro negli interdetti proibitorii, che dal medesimo punto di vista potrebbe essere ammessa, era in generale esclusa <sup>43</sup>). Ciò viene incontestabilmente a dire, che nemmeno la *vis adversus edictum* riposta nel continuare di uno stato di cose fondato prima dell'emanazione dell'interdetto era presa in considerazione come una *vis* appartenente al passato oppure al presente, ma sempre come una *vis*, che nel momento dell'*interdictum redditum* doveva ancora avvenire. Altrimenti sarebbe stato affatto arbitrario, il negare la *modestior via litigandi* <sup>44</sup>) nel caso in discorso dell'interdetto proibitorio <sup>45</sup>).

Però la ragione decisiva contro ambedue le possibilità è questa, che la stipulazione della *sponsio* nell'udienza dell'*interdictum redditum* sarebbe stata affatto senza scopo: in nessun caso l'*agere ex sponsione* avrebbe potuto in virtù di questa conclusione della sponsione, la più sollecita immaginabile, venire affrettata neppur d'un momento. Perciò il tempo in cui doveva aver luogo quest'*agere* non dipendeva in generale dalla volontà delle parti.

Se poniamo l'introduzione della procedura interdittale prima della *lex Silia de legis actione per conditionem*, dobbiamo riconoscere quale più antica forma dell'*agere ex sponsione* la *legis actio sacramento in personam*, a cui succedette poscia la *legis actio per conditionem* in forza della detta legge; nell'altra ipotesi la più antica forma è quest'ultima *legis actio*, che è stata rimpiazzata a sua volta dalla *formula conditionis*. Tutt'e tre queste forme d'azione appartennero all'*ordo iudiciorum* nel senso dell'HARTMANN, cioè la contestazione della lite per mezzo loro può aver luogo esclusivamente nel *rerum actus* <sup>46</sup>). L'*agere per sponsionem ex interdicto* non era dunque possibile prima del primo *rerum actus* consecutivo all'emanazione dell'interdetto.

<sup>43</sup>) GAIUS, IV, 141: *et quidem ex prohibitoris interdictis semper per sponsionem agi solet. ULP., Fragm. Vindob., V, Kr.: prohibitoria vero semper per sponsionem explicantur.*

<sup>44</sup>) GAIUS, IV, 163.

<sup>45</sup>) Cfr. sopra § 1837 num. 61 pag. 268 (testo tedesco parte I pagina 358 e segg.).

<sup>46</sup>) Vedi HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano, § 38).

Per una *sponsio mere praedicialis*, la quale non è che uno di quegli atti, per mezzo dei quali *res in iudicium deducitur*, non si può pensare nessun altro luogo acconcio, se non l'udienza, in cui si deve contestar la lite derivante dall'*actio ex sponsione* da essa creata. E appunto per questo troviamo una conferma in GAIO, IV, 93, se lo si interpreti senza prevenzioni, in rapporto alla *in rem actio per sponsonem*:

*Per sponsonem vero hoc modo agimus* <sup>46a</sup>): *provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIBITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES!*; *deinde* (dunque immediatamente dopo) *formulam edimus* <sup>46b</sup>), *qua intendimus, sponsonis summam nobis dari oportere: qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

Come sarebbe stato malinteso l'interporre sia pure un non lungo intervallo tra quella *sponsio* e l'azione da essa derivante! Nel frattempo la proprietà dell'attore avrebbe potuto andar perduta per *usucapio* da parte dell'avversario, o per perdita della cosa, e la *sponsio* avrebbe potuto così divenire affatto inutile!

Ora anche la *sponsio poenalis* ha funzione pregiudiziale, cioè anche essa deve servire come mezzo per sottoporre il punto controverso della causa alla decisione del giudice. Già per questa ragione è per lo meno la cosa più naturale, che essa intervenga solo nel momento

---

<sup>45a</sup>) Si ponga mente al parallelo tra l'*agere per sponsonem* e l'*agere per formulam petitoriam* nei §§ 91 sqq., dove in tutti i casi il modo più naturale d'intendere quest'ultima espressione si è di riferirla alla *litis contestatio*. Per il differimento della *sponsio mere poenalis* lo PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 99 nota 3, adduce CIC., *pro Quint.*, c. VIII sq. Ma nel caso ivi trattato si parla probabilmente, non di un *iudicium ordinarium*, ma di un *iudicium extraordinarium* dinanzi a un giudice assegnato alle parti dietro loro accordo (l. c. IX, § 32 v.: *te iudicem, C. Aquili, sumsit*. Cfr. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano), pag. 558 sotto il num. 2: se ciò è vero, la sponsione qui sarebbe differita soltanto perchè Quinzio doveva innanzi tutto decidersi tra il far la *cautio iudicatum solvi*, o il contrarre quella sponsione.

<sup>46b</sup>) *Edere* qui è quello definitivo, che precede immediatamente la contestazione della lite. HARTMANN, loc. cit. pag. 461 nota 62 i. .

in cui viene invocata quella decisione. Con ciò s'accorda ottimamente quanto dice GAIO, IV, 165 degli interdetti imperativi:

*Itaque si arbitrium non petierit (l'impetrato), sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur . nam actor provocat adversarium sponsione, (quod) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur . deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis, etc. <sup>46c</sup>.*

È in realtà una conclusione affrettata della *sponsio poenalis* condurrebbe con sè ancora inconvenienti speciali. Infatti quando la sponsione fatta fosse rimasta quale unica norma, l'impetrato sarebbe stato condannato, anche se nell'intervallo tra la conclusione di questa e la concessione dell'*actio ex sponsione* egli avesse soddisfatto l'avversario. È difficile, che in tal caso egli si sentisse spinto a effettuare questa soddisfazione; e l'impetrante sarebbe quindi stato costretto ad aspettare, quantunque l'impetrato fosse in sè propenso ad adempire il suo obbligo verso di lui; e di rincontro quest'ultimo avrebbe dovuto prendere su di sè, non solo l'aumento, forse sommatamente, gravoso della sua obbligazione, ma anche in tutte le circostanze la forte *poena sponsionis*. Per evitare un risultato così irragionevole, sarebbero state possibili solo due vie. Si sarebbe potuto cioè includere nell'azione derivante dalla sponsione prematura (per lo meno nell'*agere per formulas*) una *exceptio*, che producesse l'assoluzione dell'impetrato, ove risultasse, che nel frattempo l'impetrante era stato soddisfatto, o che il non soddisfacimento era dipeso unicamente da lui. Oppure si poteva sostituire all'antica una nuova sponsione, la quale, dati gli stessi requisiti, doveva esser vinta dall'impetrato. Ma non era allora molto più semplice e molto più sicuro per l'impetrato, il differire per regola generale la sponsione fino al momento precedente la proposizione dell'azione da lei derivante? Poichè in realtà ciò che solamente importava, era che in questo momento si fosse ottemperato all'interdetto.

---

<sup>46c</sup>) Così anche lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 251 seg.

Tuttavia non manca nemmeno una decisiva testimonianza delle fonti a conferma, che la conclusione della *sponsio ex interdicto reddito* in rapporto al tempo coincide con l'*agere ex interdicto reddito*.

Abbiamo dimostrato sopra <sup>46d)</sup>, che secondo PAOLO, IV, 7, 6 per la facoltà di domandare la *sponsio ex interdicto prohibitio reddito*, v'era lo stesso termine di prescrizione, che per l'*actio* derivante da questa *sponsio*. Se là ci siamo limitati a lasciare impregiudicata la questione, se l'*actio ex sponsione* come tale non possa prescriversi malgrado la stipulazione della sponsione, qui possiamo affermare addirittura il contrario; quel coincidere del termine di prescrizione della *sponsio* e dell'*actio ex sponsione* si spiega solo presupponendo, che quest'ultima avvenga in immediata connessione di tempo con la prima. In altri termini, la *sponsio* ha luogo nella medesima epoca, in cui si procede alla *litis contestatio* dell'*actio ex sponsione*, cioè nel *rerum actus*. La *sponsio* quindi non è solamente la base materiale dell'*actio*; l'atto della sua stipulazione costituisce anche formalmente la necessaria introduzione alla *litis contestatio* di quest'*actio*.

Quest'ipotesi trova finalmente un'ulteriore conferma nella restituzione dell'editto fatta dal LENEL nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17 <sup>47)</sup>. Secondo questa infatti è permessa una *sponsio* in seguito all'*Uti possidetis* « *intra annum, QUO PRIMUM EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT* »; e questa appunto è la designazione tecnica della possibilità della contestazione della lite <sup>47a)</sup>. Ora il cominciare la prescrizione per la sponsione nel momento, in cui si ha dapprima la possibilità della *litis contestatio* (s'intende per l'*actio ex sponsione*) si può a sua volta comprendere solo, se appunto questo momento era il primo, nel quale la sponsione poteva essere stipulata.

Così s'intende di per sè, che il rifiuto dell'impetrato di fare la sponsione era trattato affatto nello stesso modo, che il rifiuto di pre-

<sup>46d)</sup> § 1837 b num. 77 pag. 373 e seg. (testo tedesco parte I pag. 498 e seguenti).

<sup>47)</sup> Vedi sopra num. 89 nota 35 pag. 475 (testo tedesco pag. 106).

<sup>47a)</sup> Sull'opinione del DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (Sviluppo e concetto del possesso giuridico nel diritto romano) pag. 23 cfr. sopra § 1836 a num. 39 i. f. pag. 168 (testo tedesco parte I pag. 223 seg.) nota 80.

sentarsi a rispondere alla sponsione, il *se iudicio uti oportet non defendere*. E difatti troviamo parificato pienamente al primo il *si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non facere* nella *lex Rubria*, cap. XXII <sup>48)</sup>. Qui non trattandosi di *certa pecunia credita*, l'*indensus* non può esser considerato come *ex iudiciis dateis iudicareve recte iusseis iure lege damnatus* <sup>49)</sup>; egli viene invece costretto alla regolare assunzione del *iudicium* per mezzo della *missio in bona cum venditionis effectus* <sup>50)</sup>.

Se l'impetrato impedisce all'avversario immesso di prender possesso o di avere a sua disposizione il suo patrimonio, non spetta a quest'ultimo, come reputa lo SCHMIDT <sup>51)</sup>, un nuovo interdetto, cioè il *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*; perocchè non ha esistito un tale interdetto per la *missio rei servandae causa*. Quindi non è nemmeno necessario escludere l'apparenza di un *circulus inextricabilis* prodotta dall'ammissione di quest'interdetto, affermando che, in forza di questo interdetto, che proibisce ogni impedimento alla presa di possesso, l'immesso, ove occorresse, abbia potuto impadronirsi dei beni a viva forza in via di una difesa privata permessa e protetta dalle leggi. Del resto non mi sembra, che in questo modo sarebbe stato in realtà procacciato uno spediente accessibile a qualunque immesso. Ritengo invece che l'*immissus* in seguito al suindicato impedimento riceva un'*actio in factum* diretta al suo intero interesse <sup>52)</sup>. S'intende di per sè, che se l'impetrato si sottraeva anche a questa azione, non ne conseguiva una nuova *missio in bona eius*. Ma senza

<sup>48)</sup> Lin 34 sqq.: — *aut sei sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet (aut) non restituet, neque se iudicio uti oportebit defendet etc.* Giustamente il DEMELIUS, *Confessio*, pag. 127 nota 1, pag. 148, pag. 158 nota 1, riferisce la *sponsio* nominata nel cap. XXII cit. alla procedura interdittale, e a pag. 136 nota 3, cfr. pag. 147 segg., il *restituere* anche ivi nominato al conferimento dell'*actio arbitraria* nella procedura interdittale.

<sup>49)</sup> *Lex Rubria*, c. XXI, lin. 13 sq.

<sup>50)</sup> L. c. c. XXII, lin. 45 sqq.: *praetor — in eum et in heredem eius — ita ius deicito decernito, eosque duci bona eorum possideri proscribeve vencieque iubeto, ac sei is heresve eius de ea re in iura apud praetorem — neque se iudicio, uti oportuisset, defendisset.* Su questa, DEMELIUS, loc. cit. pag. 154 segg. Sugli interdetti duplicia vedi infra § 1838 e num. 97 alla nota 65.

<sup>51)</sup> Loc. cit. pag. 247.

<sup>52)</sup> L. 1 § 5 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 341 § 216.

dubbio il pretore *iure suae potestatis* trovava dei mezzi acconci a soccorrere l'impetrante ad ottenere il soddisfacimento del suo diritto <sup>53)</sup>.

Il rifiuto dell'impetrante ad acconsentire alla *restipulatio* dopo la sponsione dell'avversario, ha per effetto la *denegatio actionum ex sponsione*: esso infatti contiene l'inosservanza di un ordine del pretore <sup>54)</sup>.

Resta da risolvere la questione, se l'impetrante subito dopo l'emanazione dell'interdetto potesse domandare un *vadimonium* a garanzia, che nel caso che entro un termine determinato egli non venisse soddisfatto, l'impetrato si sarebbe presentato a contrarre la *sponsio ex interdicto*. E difatti il BETTMANN-HOLLWAG <sup>55)</sup> allegando GAIO, IV, 184 <sup>56)</sup> messo in correlazione col § 141 <sup>57)</sup> opina, che ove l'impetrato non domandi un arbitro, l'impetrante non avrà mancato di assicurarsi mercè *vadimonium* l'udienza per la provocazione alla sponsione.

Però negli interdetti proibitorii sarebbe certo stato prematuro, l'accordare subito dopo la loro emanazione un'udienza per la stipulazione della *sponsio: an adversus edictum factum sit* —; di ciò poteva farsi parola solo quando l'impetrante affermasse una simile contravvenzione. Non appena egli la affermava, doveva quindi far

<sup>53)</sup> Cfr. L. 3 pr. § 1 D. *col.*, dove un simile *extra ordinem iure potestatis exsequi* di fronte al *non admitti del fideicommissi servandi causa missus* vien preferito come *melius* all'interdetto *Ne vis fiat* e vien permesso per la *missio Antoniniana*.

<sup>54)</sup> L. 26 § 6 D. *ex quib. c. mai.*, IV, 6: — *si, dum decreto praetoris non obtemperat, iurisdictionem ei denegaverit etc.* Cfr. O. E. HARTMANN, *Ueber das römische Contumacialverfahren* (Sulla procedura contumaciale romana), pag. 213 alla nota 7, dove nella « proposizione dell'azione » si sottintende compresa tutta l'introduzione del giudizio fino alla contestazione della lite.

<sup>55)</sup> *Römischer Civilprocess*, vol. II, pag. 367 seg. alla nota 117. — La *dilatatio* mentovata nella L. 1 § 10 D. *de it.*, XLIII, 19, che qui vien pure adottata, non ha certo che fare con questo argomento: essa precede l'emanazione dell'interdetto. Vedi sopra § 1838 num. 87 pag. 438 (testo tedesco, parte II pagina 57) alla nota 96.

<sup>56)</sup> *Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius, neque eo die finire potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat, se certo die sisti.*

<sup>57)</sup> *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur etc.*

comparire con una nuova *in ius vocatio* l'avversario innanzi al pretore, e non già per stipulare la sponsione, ma per prepararla, e per iscrivere la causa pel primo *rerum actus* successivo, nel quale soltanto, come abbiamo veduto, poteva aver luogo quella stipulazione.

Ciò toglie alla combinazione di quelle norme di GAIO ogni efficacia probatoria per la nostra questione; sicchè anche per gli interdetti imperativi per risolverla non possiamo valerci che di considerazioni d'ordine generale.

Ora l'impetrato, quando non domandasse un arbitro, avrebbe senza dubbio potuto, ancora nella medesima udienza, in cui era stato pronunciato un interdetto di tale specie, essere invitato a presentarsi in una nuova udienza allo scopo di iniziare il procedimento per sponsione, e di darne malleveria. Ma, semprechè era da aspettarsi in genere un soddisfacimento stragiudiziale dell'impetrante (e prima che fosse data nella procedura formulare possibilità all'impetrato di domandare un arbitro, si doveva sempre lasciar adito a quest'aspettazione), certo non sarebbe stato opportuno, di assegnare a tal uopo subito un termine, senza alcun esame della causa: è facile intendere, che soltanto a seconda delle circostanze, in quel momento del tutto incerte, poteva giudicarsi, entro qual termine fosse possibile ottemperare all'ordine del pretore<sup>53</sup>. Bastava, che l'impetrante, non appena vedeva delusa la sua aspettazione di esser soddisfatto in seguito all'interdetto entro un termine equo e ragionevole, potesse iniziare oramai il procedimento per sponsione. Se l'impetrato profittava della possibilità offertagli di soddisfare l'impetrante prima dell'effettiva stipulazione della sponsione nel *rerum actus*, si sarebbe visto, che il troppo affrettato inizio della procedura per sponsione non era stato che un fastidio superfluo. Se invece l'impetrato rifiutava ostinatamente di soddisfare l'impetrante, questi in nessun caso perveniva alla sponsione prima del prossimo *rerum actus*; l'inizio della sponsione avveniva quindi pur sempre abbastanza in tempo, se la causa con essa annunciata per l'iscrizione poteva esser discussa

---

<sup>53</sup>) Circa la concessione di un termine all'impetrato per ottemperare a un interdetto imperativo, vedi sopra pag. 114 seg. dopo la nota 46 c ed infra § 1838 d num. 104 alla nota 44.



in questo *rerum actus*. Quindi, a mio avviso, si poteva lasciare, che l'impetrante in una data epoca chiamasse *in ius* nuovamente l'avversario, che non l'aveva soddisfatto, per iniziare ora il procedimento per sponsione; e non aveva luogo alcun *vadimonium* per assicurare l'apertura di questo procedimento.

§ 1838 b.

b) L'agere ex sponsione <sup>1)</sup>.

91. Se poniamo la procedura interdittale prima della *lex Silia de legis actione per condictioem*, dobbiamo ritenere, come abbiamo sopra <sup>2)</sup> accennato, che la più antica forma dell'*agere ex sponsione* ed *ex restipulatione* sia stata la *legis actio sacramento in personam*, alla quale poi in forza di quella legge fu sostituita la *legis actio per condictio nem*. Se invece la detta legge era più antica del procedimento degli interdetti, la *legis actio per condictioem* è stata la forma più antica di procedura per esso. Nella procedura formulare la forma usata era la *condictio certi*.

In una di queste forme dunque la scommessa fatta dalle parti veniva condotta alla sua decisione per mezzo di due azioni intentate simultaneamente con opposta distribuzione di parti.

Abbiamo già veduto <sup>3)</sup>, che il *iudicium ex sponsione* nella procedura formulare poteva contenere anche delle *exceptiones*, del pari che la *sponsio* e l'interdetto stesso. È però difficile, che fosse rimesso all'arbitrio dell'impetrato, l'addurre la sua *exceptio* in uno qualsiasi di questi tre luoghi <sup>4)</sup>. È pur sempre verosimile, che gli sia stato

1) SCHMIDT, loc. cit. pag. 251-262.

2) § 1838 a num. 90 pag. 479 (testo tedesco, parte II pag. 112).

3) Sopra § 1837 a num. 74 pag. 352 (testo ted. parte I pag. 471).

4) Nei casi, in cui altrove si riscontra la possibilità di inserire una medesima *exceptio* in diverse fasi del procedimento, ciò proviene sempre da una ragione speciale. Così l'*exceptio* dei senatoconsulti Velleiano e Macedoniano può essere contrapposta ancora all'*actio iudicati* (L. 11 D. *de Scto. Maced.* XIX, 6), affinché la realizzazione del pensiero del legislatore sia resa il più possibile indipendente dall'arbitrio e dall'ignoranza di diritto della intercedente e del

permesso in taluni casi, di valersi ancora nella *sponsio* o nell'*actio ex sponsione* di una *exceptio*, di cui egli aveva trascurato di ottenere l'inserzione nell'interdetto<sup>5)</sup>: ma certo lo scopo di quella triplice possibilità non stava in una simile indulgenza verso l'impetrato, generalmente estranea al diritto romano. Fatto sta, che quella possibilità non si potrebbe spiegare, se l'emanazione dell'interdetto, la stipulazione della sponsione e il conferimento dell'azione derivante dalla sponsione avessero avuto luogo in immediata continuità di tempo. Con la nostra ipotesi invece, secondo la quale la stipulazione della sponsione avviene solo nel *rerum actus*, cioè necessariamente alquanto tempo dopo l'emanazione dell'interdetto, risulta senz'altro evidente, che quei motivi di difesa per sè stanti, che l'impetrato acquistava in quell'intervallo, erano adottati come *exceptiones* nella *sponsio* o nell'*actio ex sponsione*. L'essere essi inseriti piuttosto nell'una che nell'altra, è cosa, che presumibilmente dipendeva dal tenore

---

figlio di famiglia. Cfr. MANDRY, *Familiengüterrecht* (Diritto dei beni familiari), vol. I pag. 489 seg. Per contro l'opporre l'*exceptio in quantum facere potest debitor*, che per sua natura si contrappone all'*actio iudicati*, già all'azione stessa di credito, nello scopo di mitigare la *condemnatio*, non è che un abbreviamento della procedura. L. 41 § 2 D. *de re iud.* XLII, 1; L. 33 pr. D. *de donat.* XXXIX, 5; L. 17 § 1 D. *sol. matr.* XXIV, 3, cfr. L. 5 pr. *quod cum eo* XIV, 5. Lo stesso è per l'*exceptio cedendarum actionum*. Questa fa valere una pretesa, che vien fondata solo con la prestazione del cessionario (cfr. L. 36 D. *de fideiuss.* XLVI, 1 v.: *accepta pecunia*; L. 39 *eod.* v. *cum — totum exsolvit*; L. 2 § 1 Cod. *eod.* VIII, 40 v.: *non prius — quam omne debitum exsolvatur*), quindi, affermata già di fronte all'azione di credito, *ex post facto* appare prematura, solo allorché il cessionario fa procedere anche all'*actio iudicati*. Peraltro si comprende, che, nella presupposizione della prestazione, essa è opportunamente sollevata già di fronte all'azione di credito. E là, dove l'azione da cedere veniva consumata dall'azione di credito stessa, a cui doveva opporsi, essa doveva anzi esser sollevata prima della contestazione della lite in quest'ultima azione. L. 41 § 1 D. *de fideiuss.* XLVI, 1; L. 1 § 18; L. 20 § 1 D. *de tut. act.* XXVII, 3, cfr. L. 95 § 11 D. *de solut.* XLVI, 3. Così finalmente la facoltà accordata nella L. 10 § 3 D. *de comp.* XVI, 2 di inserire una contropotesa di fronte a una stipulazione di cauzione pretoria nella cauzione stessa, o di farla valere più tarda, in opposizione all'azione derivante da questa cauzione, è richiesta da importanti considerazioni pratiche. Vedi UBBELOHDE, *Ueber den Satz: ipso iure compensatur* (Sulla massima, ecc.) pag. 83 segg.

<sup>5)</sup> Vedi sopra § 1838 num. 87 pag. 438 (testo ted. parte II pag. 57).

della sponsione: se questa comprendeva tutto il contenuto dell'interdetto, anche l'*exceptio* sarà stata inclusa in essa; se invece la sponsione era concepita in termini affatto generali, limitandosi all'*adversus edictum non fecisse, contra edictum non restituisse* o all'*exhibuisse eum, quo cum agitur*, allora certo l'*exceptio* trovava il suo luogo più opportuno nell'*actio ex sponsione*.

Ed appunto in quella ipotesi resta almeno di fatto escluso il caso, reputato possibile dallo SCHMIDT<sup>6)</sup>, che nonostante la stipulazione della sponsione l'impetrante indugi a proporre l'azione *ex sponsione*. Stipulazione della sponsione ed esercizio dell'azione derivante da questa sponsione sono parti di un'unica e indivisibile fase processuale. Non potrà quindi nemmeno avvenire, che l'impetrato comparisca solo come attore *ex restipulatione*. Nè viceversa si può nemmeno immaginare, che quest'ultimo si presenti a rispondere all'*actio ex sponsione*, ma da parte sua non sollevi l'azione *ex restipulatione*: la sua azione è il naturale complemento della sua comparizione di fronte all'azione dell'impetrante<sup>7)</sup>. Quando una delle parti non rispondeva all'azione dell'avversario sollevata in base alla sua sponsione, aveva senza dubbio luogo la *missio* di quest'ultimo nei *bona del primo*<sup>8)</sup>.

La competenza del magistrato giurisdizionale interdicante anche per l'*actio ex restipulatione* è fondata dal fatto, che l'impetrante domandando da parte sua l'interdetto, e rispettivamente la sponsione e l'*actio ex sponsione*, vien con ciò a sottoporsi alla giurisdizione di quel magistrato per quell'azione, che ha luogo contro di lui come parte necessaria del procedimento.

<sup>6)</sup> Loc. cit. pag. 251.

<sup>7)</sup> Perciò tra i *cetera ex interdicto*, la cui omissione nell'*Uti possidetis* porta dietro di sé l'*interdictum secundarium* non è fatta menzione nè dell'*agere ex sponsione*, nè del *restipulare* alla sponsione dell'avversario. GAIO, IV, 170. Cfr. anche sopra § 1836 e num. 57 pag. 243 (testo ted., parte I pag. 324 e seg.).

<sup>8)</sup> La possibilità, che alcuno, malgrado che abbia pronunciato la sponsione *ex interdicto*, non comparisca a rispondere all'azione derivante da questa sponsione, è riconosciuta espressamente da GAIO, IV, 170 (v.: *aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat*). Solo che nell'*interdictum duplex* la conseguenza della non comparizione non è la *missio in bona*, ma l'emaneazione dell'*interdictum secundarium*. Vedi infra § 1838 e num. 97 alla nota 66.

Così pure è ovvio, che ambedue le azioni venivano rinviate al medesimo tribunale di giudici giurati, e che secondo ogni probabilità nella procedura formulare sarà stato eventualmente assegnato nello stesso tempo il *iudicium secutorium* <sup>8 a)</sup>). Tutte queste azioni aspettano la decisione delle medesime questioni, delle questioni cioè: se l'interdetto emanato vincoli l'impetrato; ed eventualmente, se questi abbia ottemperato all'interdetto. In un *iudicium duplex* le azioni delle due parti in base alle sponzioni e alle restipulazioni vengono rinviate al medesimo tribunale insieme con le diverse azioni sussidiarie <sup>9)</sup>).

La procedura interdittale *per sponsonem* appartiene dunque ai *privata iudicia*, dei quali QUINTILIANO <sup>10)</sup> dice: *unum iudicem habere multis et diversis formulis solent* <sup>11)</sup>).

Il tribunale era costituito ora da *unus iudex*, ora da *recuperatores*.

GAIO, IV, 141: — *ad iudicem recuperatoresve itur, ecc.*

I *recuperatores* in questo caso erano presi dall'*album iudicum selec.*

<sup>8 a)</sup> Vedi infra num. 93 alla nota 58 a. — Nella procedura delle *legis actiones* ciò sarebbe stato possibile, solo quando il *iudicium secutorium* avesse potuto esser concepito in modo, da non dipendere dalla condizione ancora pendente nel momento della *litis contestatio*: « *si Aulus Agerius sponzione vicerit* »: *nulla enim legis actio prodita est de futuro* (VAT. FRAGM. § 49); ora non solo non abbiamo notizia di un tale tenore, ma io credo, che non fosse nemmeno possibile il configurarlo.

<sup>9)</sup> GAIO, IV, 166 a sq.: *iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit (quod), praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. cum iudex id exploraverit, et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsonis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat et convenienter me sponsonis et restipulationis, quae mecum factae sunt absolvit, etc.* — Per gli *interdicta simplicia* una testimonianza diretta parrebbe contenuta in GAIO, IV, 141: *ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur etc.* Ma riferendosi queste parole anche alla procedura per *formulam arbitrariam*, esse non sono una prova sicura.

<sup>10)</sup> *Inst. orat.*, III, 10, 1.

<sup>11)</sup> Cfr. in generale PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht* (La maggioranza delle controversie nel diritto di procedura), pag. 70 e seguenti.

torum <sup>12)</sup>. Ove ne fosse necessaria una conferma, la troviamo per l'*actio ex sponsione* dell'*Unde vi* in Cic., *pro Caec.* XIII, 38:

*si autoritate VIRORUM TALIUM vis armatorum hominum iudicio approbata videatur, ecc.*

Giacchè, come osserva l'HARTMANN <sup>13)</sup>, CICEERONE si serve volentieri « dell'enfatico *tales viri*, per dar risalto alla dignità dei giudici legittimi » <sup>14)</sup>.

Non sappiamo, se dei *recuperatores* giudicavano anche le azioni *ex sponsione* in altri interdetti, ed in quali. Nel procedimento dell'*Uti possidetis*, che viene iniziato necessariamente *per sponsionem*, giudica *unus iudex* <sup>15)</sup>.

Che la condanna nell'*actio ex sponsione* o *ex restipulatione* porta con sè l'obbligo al pagamento della *summa sponsionis* o *restipulationis*, e che quindi questa *summa* è una *poena*, è cosa che abbiamo già ripetutamente accennata <sup>16)</sup>.

92. La vittoria nell'azione sulla sponsione assegna all'impetrante una somma di danaro, la *poena sponsionis*, ma non lo soddisfa in rapporto al diritto stesso, a cui tutela egli ha impetrato l'interdetto. Come possa essere stato provveduto a questo diritto prima dell'applicazione della procedura formulare agli interdetti, lo vedremo nel trattare della funzione storica degli interdetti <sup>16 a)</sup>. Nella procedura

<sup>12)</sup> Cfr. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano) pag. 253 e segg.

<sup>13)</sup> Loc. cit. pag. 254 e seg.

<sup>14)</sup> Vedi i passi addotti al loc. cit.: *pro Tullio* § 43. § 53; *pro Quintio* XX, 64; *pro Rosc. Am.* XXVI, 72; LII, 151; *in Verr.* II, 2, 17, 43; *pro Cluent.* XXXVIII, 106 cfr. 107 e LIII, 147; *in Vat.* XVII, 40; *de inv.* II, 47, 139. Bisogna aggiungere inoltre *pro Caec.* XIII, 38; *pro Quint.* IX, 32 e *pro Tull.* § 36.

<sup>15)</sup> GAIO, IV, 166 a (nota 9). — QUINTIL., VII, 5, 3. Non è che per una svista, che il KUNTZE, *Cursus* 2.<sup>a</sup> ediz. § 220 prima della nota 3 parla qui di *iudex recuperatoresve*.

<sup>16)</sup> Vedi segnatamente § 1838 a num. 89 pag. 473 e seg. (testo ted., parte II pagina 103 seg). GAIO, IV, 141 pag. 460 (testo ted., parte II pag. 86), 167: *sponsionis et restipulationis — summam poenae nomine solvere. 168: tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.*

<sup>16 a)</sup> Vedi infra § 1839 num. 113 in princ.

formulare troviamo conferita accanto all'azione sulla sponsione una seconda azione a tutela di quel diritto in sè. Questa è quindi diretta al medesimo scopo, a cui è diretta la *formula arbitraria* negli interdetti imperativi. Però è da presumere, che le due azioni differiscano nel tenore delle condizioni della condanna. La formula arbitraria è conferita separatamente; per conseguenza in essa l'*arbiter* dovrà necessariamente esaminare innanzi tutto, se l'interdetto emanato ha realmente forza obbligatoria: l'*intentio* di quella formula dovrà dunque accennare alla verità dei presupposti dell'interdetto come tali, e dire per esempio:

*Quod opus — vi aut clam factum est, si arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit, ecc.* <sup>17)</sup>.

In sostanza certo la forza obbligatoria dell'interdetto costituisce anche la condizione della *condemnatio* nel *iudicium*, che tien dietro all'azione sulla *sponsio*. Ma in questo non v'è bisogno di una speciale decisione in proposito; la decisione qui necessaria è già stata pronunziata nell'azione della *sponsio*. Se quella condizione fosse inserita anche nella formula di questo *iudicium*, ciò potrebbe far credere, che la parte soccombente nell'azione della *sponsio* potesse domandare, che si faccia per l'azione consecutiva una nuova istruzione su quella condizione. Perciò se si dovè prevenire un tal inconveniente, non ci è lecito aspettarci quale contenuto dell'*intentio* di quest'azione consecutiva se non un

*Si Aulus Agerius sponsione vicerit.*

---

<sup>17)</sup> LENEL, *Ed. perp.* pag. 358 seg. Cfr. lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 258, il quale stima perciò possibile negli *interdicta, quae rei persecutionem continent una conceptio in ius*. Non posso in ciò scorgere una felice espressione del concetto in sè giusto, che, ove l'interdetto stesso si riferisca a un diritto dell'impetrante (per es. l'interdetto *de liberis exhibendis* con le parole « *Qui quaeve in potestate Lucii Tilti est* »), anche la *formula arbitraria* deve comprendere in sè questo accenno. Perocchè la *condemnatio* ha per condizione, non tanto l'esistenza di questo diritto come tale, quanto l'esistenza di questo diritto unita ad un'altra circostanza non appartenente al *ius civile* (per es. « *si is esse apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset* »); per conseguenza l'*intentio* malgrado quel riferirsi a un diritto rimane in *factum concepta*.

Il che è difatti confermato da GAI0, IV, 165 :

*sed actor sponsionis FORMULAE SUBICIT et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur vel restituatur (cetera desunt)* <sup>18)</sup>.

Di una denominazione tecnica di questa seconda azione generale non ci è stata trasmessa alcuna testimonianza, tuttavia si suole applicarle il nome tramandatici per due diversi *iudicia*, che possono tener dietro alla vittoria del *minus licitans* nell'azione sulla sua sponsione nell' *Uti possidetis* <sup>19)</sup>, — quello cioè di « *iudicium secutorium* ». E questo nome ci sembra adattarsi ad esso benissimo, in quanto anche per questa seconda azione generale può applicarsi la ragione, con cui GAI0 giustifica il nome in discorso per uno dei summentovati *iudicia* nell' *Uti possidetis*: *quod sequitur sponsionis victoriam*.

Doveva l'impetrato, allorquando la sua legittimazione passiva era fondata sul possesso o la detenzione, prestar *satisfactio* pel *iudicium secutorium*, come avveniva per una *in rem actio*? Doveva cioè egli prestare per esempio una *cautio iudicatum solvi*?

Questa questione non può in alcun modo esser risolta negativamente, come fa lo SCHMIDT <sup>20)</sup>, allegando semplicemente il passo di GAI0, IV, 101 <sup>21)</sup>. Perocchè in primo luogo non è punto certo, che i

<sup>18)</sup> Cfr., con quanto è stato qui esposto, SCHMIDT, loc. cit. pag. 257 seg. — LENEL, *Ed. perp.* pag. 358 sotto il num. 2 pag. 360 sotto il num. 4. Di diversa opinione è l'HUSCHKE, *Studien* pag. 8, il quale costruisce l'intentio del *iudicium secutorium* così: *Si paret, Numerium Negidium Aulum Agerium contra edictum illius praeloris eo, unde deiectus erat, non restituisse*. Lo approva lo SCHIRMER, *Judicialstipulationen* (Stipulazioni giudiziali) pag. 65 seg. nota 3. — L'orazione di CICERONE, *pro Caecina*, mi sembra abbia minor valore di prova, che la sentenza di GAI0 riferita nel testo. Certo il silenzio dell'oratore sulla consegna del possesso controverso, che doveva pure importare al suo cliente più di tutto il resto, si può spiegare benissimo col fatto, che con la decisione sulla sponsione, a cui il suo discorso si riferisce esclusivamente, per necessità giuridica, sia data nello stesso tempo la decisione sull'azione consecutiva; peraltro quel silenzio si può anche spiegare supponendo, che la discussione sul *iudicium secutorium* rimanesse sospesa fino alla decisione sulla sponsione. — SCHIRMER, loc. cit. pag. 65.

<sup>19)</sup> GAI0, IV, 166, 169.

<sup>20)</sup> Loc. cit. pag. 92.

<sup>21)</sup> *Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis*

*iudicia secutoria* con l'intentio da noi ammessa: *Si Aulus Agerius sponsione vicerit* —, la quale non contiene alcun accenno alla persona del convenuto, siano realmente *iudicia in personam* nel senso qui inteso. E in secondo luogo, oltre i casi, citati in quel passo a mo' d'esempio da GAIO, di *iudicia in personam*, nei quali la *satisfactio* era richiesta *propter genus actionis*, dobbiamo in ogni ipotesi ammettere lo stesso almeno per una delle azioni sussidiarie derivanti dalla *fructus licitatio* nell'*Uti possidetis*. Giacchè, anche se volessimo porre in dubbio, che le parole, che si riferiscono al *iudicium fructuarium* in GAIO, IV, 169 i. f. (Cod. Veron. pag. 245 v. 20): « *actoris satis accipiat* », si debbano convertire con l'HUSCHKE <sup>22)</sup> in: *actor indicatum solvi satis accipiat* », l'Apografo dello STUEMUND, GAIO, 170 (Cod. Ver. p. 246 v. 5) legge: « *aut qui fructus licitationis satis non dat* ». Per conseguenza, nonostante il passo di GAIO, IV, 102, si può ben supporre, che venisse richiesta una *satisfactio* anche in azioni sussidiarie di altri interdetti.

Ed invero non sarebbe egli sommamente strano, che il *pro herede* o *pro possessore possessor*, il quale di fronte all'*hereditatis petitio* era sempre tenuto a prestar cauzione, di fronte all'interdetto *Quorum bonorum* dovesse in qualunque circostanza rimanerne esente? La spiegazione, che vuol darne il PUCHTA <sup>23)</sup>, osservando che nelle azioni personali di regola non v'è luogo a cauzione, qui in realtà non calza punto. Non si può certo dire, che, al contrario che nell'*hereditatis petitio*, nel *Quorum bonorum* la dispari condizione delle parti rispetto all'assicurazione del risultato nel caso di vittoria « non è data solo dal rapporto processuale, ma già dalla natura dell'*obligatio*, in base alla quale si è intentato il giudizio; e l'attore si trova così malsi-

---

*satisfacere solet, quas ipse praetor significat. quarum satisfactio duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisfacitur, aut propter personam, quia inspecta sit; propter genus actionis, veluti iudicati de pensive aut cum de moribus mulieris agitur; propter personam, veluti si cum eo agitur, qui decoxerit, cuiusve bona (a) creditoribus possessa proscriptae sunt, sive cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimaverit.*

<sup>22)</sup> *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* (Annali critici per la scienza giuridica tedesca) Anno III, 1839 pag. 26 nota \*), cfr. *Studien* pag. 332 e segg.

<sup>23)</sup> *Institutionen*, § 157 dopo la nota c.



curo, non soltanto come attore, ma già come creditore ». Molto meno può valere a spiegare, perchè non dovrebbe essere stata prestata cauzione nelle azioni consecutive all'azione della *sponsio* negli interdetti, ciò che espone il WETZEL<sup>24)</sup>. Egli dice: « Il giudice, che decide la questione, se sussistano i presupposti dell'ordine del pretore, non detta veramente nessuna sentenza; egli non fa che pronunciare *in concreto* un ordine già pronunciato in forma generale dal pretore mercè l'editto<sup>25)</sup>; egli prende, per così dire, le parole dalla bocca del pretore. Ma gli ordini del pretore non possono avere per effetto veri e propri mezzi di esecuzione; quindi se il pretore a realizzazione del suo comando dà un *arbitrium de lite aestimanda*, ciò avviene, non per difendere il possessore dagli effetti della *manus iniectio* o della *missio in bona*, ma per potere sulla base di una sentenza del giudice addivenire al procedimento di regolare esecuzione. Non v'è perciò alcun motivo di procacciare una particolare garanzia all'attore ». Qui dunque vien senz'altro ammesso come provato, che per quelle azioni consecutive non v'era nessuna cauzione, e poi si tenta di giustificare in modo puramente formale questa indisconoscibile petizione di principio con affermazioni non meno arbitrarie, senza tener conto alcuno dei bisogni pratici della vita<sup>26)</sup>.

Dovremo noi veramente non scorgere nell'indugio più o meno lungo della decisione, che la procedura *per sponsionem*, essendo legata al *rerum actus*, portava inevitabilmente con sè nessun motivo per una speciale garanzia dell'attore dell'interdetto da parte dell'avversario possessore ?<sup>27)</sup>.

<sup>24)</sup> *Der römischen Vindicationsprocess* (La procedura della rivendicazione in diritto romano) pag. 92 segg.

<sup>25)</sup> Cfr. anche ivi pag. 93 seg. del *iudicium Cascellianum*: « In rapporto alla cosa la decisione del giudice basata sulla sponsione e la restipulazione apparisce a sua volta solo come un ordine del pretore applicato al caso concreto; e sebbene il possessore interinale venga da questo obbligato alla restituzione del possesso, pur tuttavia egli non deve considerarsi come *iudicatus* ».

<sup>26)</sup> Così giudica anche lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 294 nota 12: « Questo è a mio parere puro arbitrio sofisticato e non pratico. Ogni formula, che ha una *condemnatio*, obbliga il giudice al *condemnare* o *absolvere*; ogni decisione pronunciata su questa base è un giudicato ». Vedi anche SCHIRMER, *Practorische Judicialstipulationen* (Stipulazioni giudiziali pretorie) pag. 40 seg. nota 5.

<sup>27)</sup> Qui possiamo solo far notare di passaggio, che la garanzia data all'at-

Del resto è anche da notare, che col richiedere la prestazione di una garanzia non s'impone un troppo ingiusto peso all'impetrato. Perocchè, a prescindere dai *iudicia duplicia*, nei quali, come vedremo <sup>23)</sup>, il *plus licitans* con la sua maggiore offerta si addossa la necessità di prestare la cauzione, noi troviamo quell'imposizione e il suo motivo, cioè la legittimazione passiva riposta nel possesso o nella detenzione dell'oggetto della lite, esclusivamente negli interdetti imperativi <sup>24)</sup>. Ora in questi, almeno al tempo della procedura formulare, era in facoltà dell'impetrato il sottrarsi alla cauzione, che era appunto richiesta a cagione della dilazione sino al *rerum actus*, domandando senza indugio un arbitro, che giudicasse la lite immantiamenti <sup>30)</sup>. E certo, oltre che l'esenzione dalla pena processuale, anche questa possibilità deve aver fatto dare in moltissimi casi la preferenza alla procedura *per formulam arbitriariam*.

Per queste ragioni noi crediamo di dover risolvere affermativamente la questione posta, circa l'obbligo di colui, che in forza del possesso o della detenzione dell'oggetto della lite era esposto all'interdetto, a prestar cauzione pel *iudicium secutorium*. Nè può recar meraviglia, se nelle nostre fonti non troviamo più nessuna traccia di quell'obbligo: anche ogni menzione della *cautio indicatum solvi* per la formula *petitoria* è il più possibile eliminata nella compilazione di GIUSTINIANO, e dall'altro lato negli scritti dell'epoca classica le notizie sui particolari della procedura interdittale sono estremamente scarse.

La prestazione della cauzione, è da presumere, seguisse il più da vicino possibile l'emanazione dell'interdetto. L'impetrante aveva ur-

---

tore in una *in rem actio* da parte dell'avversario possessore è intimamente connessa con l'istituto del *rerum actus*. Vedi O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano) pag. 437. — FRANCKE, *Commentar über den Pandectentitel de Hereditatis Petitione*, pag. 26 segg. Perciò allorchè fu scomparso il *rerum actus* la garanzia data al rivendicante andò in disuso. — FRANCKE, loc. cit. pag. 50. Cfr. anche infra § 1838 c num. 95 alla nota 29 seg.

<sup>23)</sup> Vedi infra § 1838 c num. 94 tra la nota 2 a e la nota 3, num. 95 alla nota 17 e alla nota 31.

<sup>24)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 250 (testo tedesco, parte I pag. 333 e seg.) e num. 59 pag. 256 (testo tedesco, parte I pag. 342 segg.).

<sup>30)</sup> Vedi infra § 1838 d num. 101 alla nota 50.

gente motivo di domandarla, non appena era certo che l'impetrato non proponeva la *formula arbitraria*, cioè appena chiusa l'udienza, nella quale era stato pronunciato l'interdetto. Parmi, che nulla vieti di supporre, che l'impetrante, per risparmiare l'indizione di una nuova udienza per la prestazione della cauzione, subito dopo l'emaneazione dell'interdetto, ove l'avversario non facesse istanza per la *formula arbitraria*, potesse addirittura esigere da lui una dichiarazione in proposito, e, nel caso che neppur ora l'istanza avesse luogo, potesse presentare la domanda della cauzione. S'intende però, che all'impetrato doveva esser dato modo di procurarsi dei mallevadori idonei per la sua cauzione.

La non prestazione della cauzione da parte dell'impetrato dava luogo senza dubbio, come mancanza della necessaria difesa, alla *missio in bona*.

93. La natura *arbitraria* del *iudicium secutorium* negli interdetti imperativi risulta da GAI0, IV, 165:

— *actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut, si sponsione ricerit, NISI EA RES EXHIBEATUR AUT RESTITUATUR (cetera desunt).*

Negli interdetti di questa specie il *iudicium secutorium* presenta dunque in questo rapporto piena corrispondenza con la *formula arbitraria* in essi parimenti lecita a scelta dell'impetrato. GAI0, IV, 163: *Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quodsi NEC RESTITUAT NEQUE EXHIBEAT, QUANTI EA RES EST CONDEMNETUR* <sup>30 a)</sup>.

Per conseguenza un gran numero di passi del Digesto, i quali, se

---

<sup>30 a)</sup> Di diversa opinione è l'HUSCHKE, *Mulla* pag. 77 nota 185, il quale reputa bensì il *iudicium secutorium* una *arbitraria actio* a cagione dell'*arbitrium iudicis* aggiunto alla sua formula, ma non una *formula arbitraria*. Egli deriva infatti la definizione di quest'ultima non da quell'*arbitrium* designato nella formula, ma dal fatto, che colui, che pronunciava la sentenza, era un *arbiter* (e questo egli reputa sia un giudice dato dal pretore di propria autorità su domanda delle parti).

non necessariamente, certo secondo la spiegazione più naturale, parlano della procedura in un' *actio arbitraria*, possiamo riferirli in ugual modo sì alla *formula arbitraria* che al *iudicium secutorium* degli interdetti imperativi <sup>31)</sup>).

La natura *arbitraria* ci è attestata anche per uno dei *iudicia secutoria* dell'interdetto proibitorio duplice *Ut possidetis*, cioè pel *Cascellianum*.

GAIO, IV, 166 a i. f.: *et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vivit, NISI RESTITUAT MIHI POSSESSIONEM, CASCELLIANO SIVE SECUTORIO IUDICIO CONDEMNATUR. § 167: — et praeterea POSSESSIONEM RESTITUERE IUBETUR, etc.* <sup>31 a)</sup>).

È del pari concepibile una *formula arbitraria* con la clausola « *neque ea res ex arbitratu restituitur* », come spiega lo SCHMIDT <sup>32)</sup>, nel *iudicium secutorium* di due classi di interdetti proibitorii semplici, di quelli cioè, che vietano una costruzione <sup>33)</sup>, e in quelli, che

<sup>31)</sup> Quali passi di tal natura lo SCHMIDT, l. c. p. 260 nota 18 cita: L. 2 § 2 D. *quod legat.* XLIII, 3; L. 3 § 14 D. *de tab. exh.* XLIII, 5; L. 1 § 41 D. *de vi* XLIII, 16; L. 7 § 1; L. 22 § 2 D. *quod vi* XLIII, 24; L. 8 § 4 D. *de prec.* XLIII, 26; L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29. Secondo il LENEL, *Ed. perp.* pag. 355 dopo la nota 19, pag. 373, pag. 376 sotto il num. 3 pagina 388 § 256, pag. 389 § 258, pag. 390 § 261, pag. 399 § 268 bisogna ancora aggiungere: L. 3 §§ 11-13, 15 D. *de tab. exh.* XLIII, 5; L. 1 §§ 40-42; L. 6, L. 8 § 1 D. *de vi* XLIII, 16; L. 7 pr. § 3 i. f.; L. 13 § 7; L. 14, L. 15 §§ 7, 8, 10, 11; L. 16 § 2 D. *quod vi* XLIII, 24; L. 38 § 11 D. *de usur.* XXII, 1; L. 5 D. h. t. XLIII, 1; L. 8 §§ 4-7 D. *de prec.* XLIII, 26; L. 8, L. 10 §§ 19-23; L. 14, L. 25 §§ 1, 4-6 D. *quae in fraud.* XLII, 8. Invece la L. 21 pr. D. *quod vi* XLIII, 24, in cui è fatta espressa menzione di un *iussus iudicis*, riferita dallo SCHMIDT, loc. cit. nota 17 parimenti ad ambedue le forme di azione, parla esclusivamente della *formula arbitraria*: il *iudex* è *sumptus*, cioè scelto liberamente dalle parti. Cfr. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ord. giud. rom.) pag. 558 alla nota 14 messa in correlazione con le pag. 264 segg.

<sup>31 a)</sup> Sull'opinione del DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (Svolgimento e concetto del possesso giuridico in diritto romano) pag. 24, il quale dichiara il *Cascellianum* un *arbitrium*, vedi infra alla fine di questo num. alla nota 61 segg.

<sup>32)</sup> Loc. cit. pag. 260 seg.

<sup>33)</sup> Per es. negli interdetti *Ne quid in loco sacro, in loco publico, in via publica, in flumine publico fiat immittatur*; inoltre nell'*interdictum de remissione*.

vietano d'impedire all'impetrante il detenere, il raccogliere frutti, portare o condurre via qualche cosa <sup>34)</sup>.

In altri interdetti proibitorii semplici invece, nei quali, per servirci delle parole del LENEL <sup>34 a)</sup>, « gli atti contrarii all'interdetto non prendono la forma di uno stato permanente » <sup>34 b)</sup>, una *formula arbitraria* con la clausola di restituzione sopra indicata sarebbe in ogni caso assurda. Perciò non è improbabile, che i *iudicia secutoria* relativi a tali interdetti non fossero concepiti in una forma *arbitraria*, come non erano così concepite per es. le azioni *confessoria* e *negatoria* in rapporto a servitù prediali <sup>35)</sup>. Peraltro anche il contrario è possibile, in quanto l'*officium iudicis* in queste azioni consecutive all'*actio ex sponsione* non si esaurisce necessariamente nella condanna al pagamento di una somma di denaro per il danno già prodotto, ma deve anche, almeno in date circostanze, ordinare cauzioni o altre prestazioni <sup>36)</sup>. Qui potrebbe par sempre concepirsi una clausola concernente il soddisfacimento, concepita in una forma adatta al caso pratico <sup>37)</sup>. Il meglio dunque sarà, che anche noi, come il LENEL <sup>38)</sup>, ci asteniamo dal pronunciarci in proposito.

<sup>34)</sup> Per es. negli interdetti *Ne vis fiat ei, qui legatorum servanulorum causa, damni infecti nomine in possessionem missus est, ei, quae ventris nomine in possessionem missa est, de loco publico fruendo, de arboribus caedendis, de glande legenda, de migrando, Salvianum.*

<sup>34 a)</sup> Loc. cit. pag. 360.

<sup>34 b)</sup> Per es. negli interdetti *Ut via publica ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat, de ripa munienda, de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando, de cloaca privata, de rivis, de fonte reficiendo*, ed anche i seguenti non compresi nella sua enumerazione dallo SCHMIDT, loc. cit. pag. 261: *de itinere actuque privato, de itinere reficiendo, de aqua cotidiana et aestiva, de fonte, Ne vis fiat aedificanti.*

<sup>35)</sup> LENEL, loc. cit. § 73 pag. 152. Cfr. riguardo all'*usus fructus* ivi § 72 pag. 149 note 4 e 7.

<sup>36)</sup> L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8; L. 15 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. Anche la L. 2 § 28 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8, e L. 1 § 23 D. *de aq. cott.* XLIII, 20. A ciò non ha posto mente lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 261 seg. Cfr. infra § 1838 e num. 104 alla nota 48 segg.

<sup>37)</sup> Cfr. § 31 I. *de act.* IV, 6: — *actiones arbitrarias, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.*

<sup>38)</sup> Loc. cit. pag. 361. — Cfr. in generale infra § 1838 d numero 100 alla nota 21 seg.

Circa l'oggetto della *condemnatio* nei *iudicia secutoria* non ci è pervenuta, per caso, nessuna notizia diretta; in GAIIO, IV, 165 il brano leggibile s'arresta alle parole sopra riferite « *nisi ei res exhibeatur vel restituatur* »; e il passo di GAIIO, IV, 166 a non designa il contenuto della *condemnatio* per il *Cascellianum iudicium*, di cui ivi si parla <sup>35 a)</sup>. Tuttavia non si può mettere in dubbio, che la *condemnatio* di quelle azioni sussidiarie, consecutive all'*actio ex sponsione*, non era diretta nè a una certa pecunia, nè a un multiplo del valore o dell'interesse della prestazione dovuta, o, a somiglianza dell'*actio legis Aquiliae*, a una particolare determinazione dell'una o dell'altra di queste somme: ognuna delle dette possibilità avrebbe reso tali azioni delle azioni penali. Ora che esse non fossero tali risulta con sufficiente sicurezza dal passo di GAIIO, IV, 165, malgrado l'illeggibilità della proposizione finale (vedi sopra pag. 461 (testo ted. parte II pag. 87).

Perocchè giusta questo passo il *periculum* del procedimento *per sponsionem* sta nella sponsione e nella restipulazione, non nello stesso tempo nell'azione consecutiva. Infatti nelle Fonti, che ci son pervenute, a prescindere da un passo, che ora esamineremo, non troviamo in nessun luogo neppure una traccia di un carattere penale dei *iudicia secutoria*; nè certo può immaginarsi un motivo qualsiasi, pel quale i compilatori, nel fondere con quanto era detto nell'interdetto stesso ciò che si riferiva a quelle azioni, dovessero trasformare così profondamente il contenuto di queste ultime. Il passo, a cui abbiamo accennato, è la L. 7 § 4 D. *quod vi*, XLIII, 24:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*): *Est et alia exceptio, de qua CELSUS (GALLUS, scr. M.) dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et Quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. GALLUS enim dubitat* <sup>35 aa)</sup>, *an excipi oporteret, « quod incendii defendendi causa factum non sit »? SEVIUS autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non idem esse concedendum: si tamen*

<sup>35 a)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 254 nota 2, opina, che ciò forse provenga dall'aver l'amanuense del manoscritto veronese omissa l'abbreviazione adoperata nell'esemplare, che aveva dinanzi, perchè nuova per lui, e che tale abbreviazione potesse stare a significare le parole « *quanti ea res est* ».

<sup>35 aa)</sup> GALLUS enim dubitat del. M.

*quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, SIMPLI LITEM AESTIMANDAM: si pervenisset, absolvi eum oportere. idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur, aequè perituris aedibus. quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium actum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne, aestimari oportere LABEO ait.*

Non facendo questo passo distinzione tra la procedura *per formulam arbitrariam* e quella *per sponsionem*, ci è lecito applicarne il contenuto anche a quest'ultima procedura, e quindi riferire la condanna, di cui esso tratta, anche al *iudicium secutorium*. È vero, che il WITTE<sup>38 b)</sup> opina, che tale passo possa parlare solo della prima procedura, e che ciò sarà stato fatto notare da SERVIO, e per ULPIANO era sottinteso, perchè allora l'esclusione delle sponsioni s'intendeva di per sè<sup>38 c)</sup>. « Se colui », dice il WITTE, « il quale ha violentemente distrutta la casa del vicino, deve essere assolto, ove ciò avvenga in un imminente pericolo d'incendio, e il fuoco sia pervenuto fino alla casa del vicino, può parlarsi solo di un'*actio arbitraria* diretta al *quanti ea res est*. — Se si fosse agito *ex sponsione*, il convenuto avrebbe potuto esser tutelato solo da un'*exceptio* inserita nella formula dell'interdetto, e questa *exceptio* è espressamente rifiutata al privato ». Però il WITTE qui dimentica, che il *Quod vi aut clam competit* solo a coloro, *quorum interest, opus factum non esse*<sup>38 d)</sup>. Se manca tale necessario interesse, l'interdetto non ha forza obbligatoria, e l'impetrato vince anche nel giudizio sulla sua *sponsio*: *ex edicto se restituisse*, sebbene egli non abbia restituito nulla<sup>38 e)</sup>.

<sup>38 b)</sup> *Das interdictum Uti possidetis*, pag. 21 seg.

<sup>38 c)</sup> Che ciò è erroneo, risulta già evidente da ULP., *fragm. Vindob.*, V (Kr.). Vedi sopra § 1838 a num. 89 pag. 461 (testo ted. parte II pag. 87). Cfr. anche infra § 1839 num. 113 prima della nota 40.

<sup>38 d)</sup> L. 11 § 14, L. 16 pr. D. *quod vi* XLIII, 24.

<sup>38 e)</sup> Per contro credo, che erri il WITTE, pag. 20 seg., riferendo la L. 22 § 2 *cod.* esclusivamente alla procedura *per sponsionem*. Non è vero, che nell'*actio arbitraria* verrebbe subito in chiaro, che l'attore non ha nessun interesse alla condanna del convenuto, dovendo, come ingiusto provocatore dell'atto dell'avversario, restituire ciò che ha ricevuto; e che l'ammontare del-

Trovandosi ora in questo passo detto: *SIMPLI litem aestimandam*, non si può negare, che c'è qui una contrapposizione logica alla condanna in un ammontare accresciuto, e più specialmente in un multiplo del valore della cosa; e si è indotti ad ammettere una tale condanna nei casi abituali dell'interdetto. Ciò pur tuttavia incontra serii ostacoli, non solo nel passo di GAIO IV, 165, ma anche in talune altre ragioni, che vedremo or ora. Perciò lo SCHMIDT opina<sup>39)</sup>, che il *SIMPLI* sia provenuto da un'abbreviazione non bene sciolta o sfuggita, e propone di leggere invece: *simpliciter* nel senso di « semplicemente, senz'altro ». Senonchè i passi del DIRKSEN, *Manuale* s. h. v. § 2, che lo SCHMIDT adduce in favore di quel senso, ci mostrano tutti, che, come del resto si capisce anche da sè, il *simpliciter* inteso in questo significato richiede in ogni caso speciale il suo determinato contrapposto logico. Questo contrapposto è ora un *causa cognita*<sup>40)</sup>, ora un *apud iudicem*<sup>41)</sup>, ora un *ex inquisitione*<sup>42)</sup>, ora un « per beni patrimoniali determinati », per es. *ad bona materna*<sup>43)</sup>, ora un determinato presupposto<sup>44)</sup>, ora un'aggiunta<sup>45)</sup>, e se può essere di così varie specie, si riscontra però sempre sicuramente e chiaramente. Ma nel nostro caso dove mai si potrebbe scorgere? T. MOMMSEN ricorre al partito di introdurre tra *neque ignis usque eo pervenisset* e *simplici litem aestimandam*:

*cum, quo cum agatur Quod vi aut clam damnandum in id, quod interest, vel si damni iniuria cum eo actum esset.*

Ma anche questa proposta è, a mio parere, insostenibile. In primo

---

*l'interesse* di ciascuna parte può essere assai diverso. Perciò può benissimo concepirsi una condanna d'ambidue le parti anche per mezzo delle *formulae arbitrariae*.

<sup>39)</sup> Loc. cit. pag. 255 seg. nota 6.

<sup>40)</sup> L. 6 § 3 D. *si quis om. c. test.* XXIX, 4.

<sup>41)</sup> L. 18 (17) pr. D. *ad leg. Jul. de adult.* XLVIII, 5.

<sup>42)</sup> L. 5 Cod. *de auct. praest.* VIII, 59.

<sup>43)</sup> L. 9 § 9 D. *de adm. tut.* XXVI, 7.

<sup>44)</sup> *Vat. fragm.* § 124.

<sup>45)</sup> L. 27 § 7 D. *de recept.* IV, 8. *Vat. fragm.* § 52; L. 18 § 1 D. *de stip. serv.* XLV, 3; L. 66 § 2 D. *de legat.* II; L. 71 pr. D. *de legat.* I; L. 1 § 3 D. *de V. O.* XLV, 1; L. 15 § 3 D. *ex q. c. mai* IV, 6; L. 11 § 6 D. *de min.* IV, 4; L. 67 § 1 D. *de V. S. L.* 16.



luogo, ove la si accettasse, le parole: « *si pervenisset, absolvi eum oportere* » se non esclusivamente, dovrebbero pur nello stesso tempo riferirsi all'*actio damni iniuria dati* nominata immediatamente prima nelle parole inserite, e quindi le parole seguenti: *idem esse ait, si damni iniuria actum foret* » sarebbero per lo meno superflue. In secondo luogo la proposizione seguente: « *quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus*, conformemente alla decisione enunciata dal medesimo ULPIANO nelle L. 49 § 1 D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2 e L. 3 § 7 i. f. D. *de incend.*, XLVII, 9 richiamandosi a CELSO, si riferirebbe, almeno nel senso di ULPIANO e di GIUSTINIANO, anche al caso, in cui il fuoco non era arrivato all'edificio demolito: la forza delle circostanze esclude, che il *damnum* sia stato dato illecitamente (*nullam iniuriam*). Ora, ciò posto, le parole inserite dal MOMMSEN renderebbero l'esposizione d'ULPIANO contraddittoria. Da ultimo tali parole presuppongono, che l'*actio legis Aquiliae*, nel caso che il fuoco non sia arrivato all'edificio demolito, sia diretta sempre e necessariamente *adversus confitentem*; perocchè solo in questo modo si può giustificare la sua limitazione al *simpulum*. Ma quel presupposto è manifestamente falso: quand'anche si debba in un tal caso dar in massima luogo all'azione, non si potrà nel caso pratico impedire al convenuto di contestare, che egli abbia agito non costretto dalla forza delle circostanze, cioè *iniuria*; e allora *adversus negantem* l'azione avrebbe dovuto esse data in *duplum*<sup>45 a)</sup>.

D'altra parte è arbitrario, il cancellare il *simpulum*<sup>46)</sup>, che noi troviamo nelle fonti, se non si addita il modo di spiegare, per quale errore esso sia venuto nel manoscritto fiorentino.

E se per conseguenza lo manteniamo, non credo si possa scorgerne il significato nella *vera rei aestimatio* contrapposta a un *interesse* maggiore dell'attore<sup>47)</sup>: non v'è assolutamente nulla, che valga a giustificare una tale limitazione.

<sup>45 a)</sup> Cfr. ALFR. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen* (Sulla dottrina dei deterioramenti delle cose) pag. 39 seg. alla nota 18. — GLÜCK, in questo Commentario parte X pag. 328 segg.

<sup>46)</sup> Come fa per es. il NOODT, *Ad leg. Aquil. c. XIX* (opp. *Lugd. Bat.* 1713 pag. 215 col. 1).

<sup>47)</sup> Come, seguendo SCHULTING-SMALLenburg, ad h. l., fa il BACHOV, *Adversus Ant. Fabrurum de erroribus pragm. dec.* LXXVII error. 5.

Nè scorgerei neppure col LENEL <sup>47 a)</sup> il contrapposto del *simpli* nell'estimazione mediante giuramento dell'avversario. Certo non voglio troppo insistere sull'osservazione, che per una tale contrapposizione sarebbe stato in tutti i casi meglio rispondente un « *secundum aestimationem iudicis* » o altra frase simile. Ma, poichè ULPIANO nel contesto del nostro passo non parla affatto del giuramento estimatorio, sarebbe stato da parte sua proporre un enigma ai suoi lettori, s'egli avesse richiesto, ch'essi pervenissero all'intelligenza delle sue parole ricorrendo col pensiero a quel giuramento. Ed ancor più decisiva contro questa spiegazione è la considerazione d'ordine pratico. La demolizione di una casa altrui *incendii arcendi causa* avviene in circostanze tali, che autorizzano a ricercare, se sia il caso di applicare il *Quod vi aut clam*; e per lo più avviene contro la recisa opposizione del proprietario della casa, quindi senza dubbio *dolo malo*: perocchè il dolo colpito dall'interdetto consiste precisamente nell'agire scientemente contro un divieto in sè fondato. E con questo stesso dolo il convenuto si è nello stesso tempo resa impossibile la restituzione del *vi factum*. Or dunque non v'è alcuna ragione di escludere il *iusiurandum in litem* dell'attore, che deve appunto punire colui, *qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere* come *contumax* contro l'ordine di restituzione <sup>47 b)</sup>.

Ma che cosa mai ci costringe a cercare quella condanna a una somma maggiore, che deve servire di contrapposto al *simpli*, in un altro caso del *Quod vi aut clam*? La questione che vien posta si è, se di fronte all'interdetto o di fronte all'*actio legis Aquilide* abbia luogo l'*exceptio*: « *quod incendii defendendi causa factum non sit* ». SEVIO risolve tale questione innanzi tutto per l'interdetto. Qui egli dà l'*exceptio*, quando la demolizione dell'edificio altrui è avvenuta su comando dell'autorità, e la ricusa invece, quando è avvenuta senza questo comando. Nell'ultimo caso poi distingue ancora. Ha luogo assoluzione, quando dalla demolizione non è derivato danno, cioè quando l'incendio si è propagato fino all'edificio demolito. Ha luogo condanna, quando dalla demolizione è derivato un danno, cioè

<sup>47 a)</sup> *Ed. perp.*, pag. 388 nota 1.

<sup>47 b)</sup> L. 15 §§ 9-11 D. *quod vi* XLIII, 24.

quando l'incendio non si è propagato fino all'edificio demolito; però condanna solo in base all'interdetto, quindi solo *in simplum*, non in base all'*actio legis Aquiliae*, quindi mai *in duplum*. L'*actio legis Aquiliae* invece deve esser respinta, non solo quando la demolizione è avvenuta per comando dell'autorità, il che non vien neppure accennato, perchè s'intende di per sè, ma anche allorquando è avvenuta senza un tal comando, e qui tanto nell'uno che nell'altro caso <sup>47 c)</sup>; nel primo caso, perchè con la demolizione non è stato arrecato alcun danno, nel secondo caso perchè il danno è stato arrecato per la forza delle circostanze, perciò non *iniuria*. Dunque il contrapposto alla *simpli aestimatio* è la *dupli aestimatio* dell'azione *ex lege Aquilia adversus negantem*, la quale non viene ammessa.

Come da quanto si è detto apparisce fondata l'ipotesi, che la condanna nei *iudicia secutoria* non fosse diretta a un multiplo del valore della cosa, e non oltrepassasse la *litis aestimatio simpli*, così non v'è per contro nessuna ragione di supporre una limitazione di quella *aestimatio* in forza di una *condemnatio cum taxatione*: e in che modo avrebbe di fatti potuto segnarsi una *taxatio*?

Di fronte all'*intentio in factum concepta* delle azioni consecutive all'azione *ex sponsione* (*Si Aulus Agerius sponsione vicerit*) non resta dunque se non ammettere, che la *condemnatio* di questa azione sia stata concepita semplicemente in un « *quanti ea res est* ». In appoggio di questa ipotesi può addursi innanzi tutto, senza che nulla vi si opponga, l'analogia con l'*actio arbitraria* derivante da interdetti imperativi, pei quali ciò ci è stato fatto sapere dal passo di GAIO, IV, 163 riferito sopra a pag. 496 (testo ted. parte II pag. 135). Ancor più efficace prova ne è il fatto, che la compilazione indica nel « *quanti res est* » l'oggetto della condanna nell'*Uti possidetis* di GIUSTINIANO.

L. 3 § 11 D. *uti poss.*, XLIII, 17.

(ULPIAN. lib. LXIX *ad ed.*): *In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. « quanti res est » sic accipimus « quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere ».* SEEVII *autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandum, quanti ipsa*

<sup>47 c)</sup> *Idem esse ait (cioè absolvi eum oportere), si damni iniuria actum foret.*

*res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.*

Certo questo passo può riferirsi anche all'*actio arbitraria*, che l'impetrato senza dubbio poteva domandare nel *secundarium restitutorium*, come in ogni altro interdetto restitutorio <sup>48)</sup>; ma non v'è nessuna ragione di limitarla a quella, e di non riferirla anche a un'azione consecutiva all'azione *ex sponsione* nell'*Uti possidetis*, sia essa poi il *Cassellianum* <sup>48 a)</sup>, o il *fructuarium* <sup>13 b)</sup> o finalmente un *iudicium secutorium* derivante da un *secundarium* fatto seguire all'*Uti possidetis* <sup>48 c)</sup>.

Questo passo mostra nello stesso tempo, come la giurisprudenza romana dall'interpretazione letterale del *quanti res est* come valore della cosa sia proceduta a un'altra interpretazione, nella quale esso designa, come vediamo tante volte, l'interesse dell'attore <sup>49)</sup>.

La stessa interpretazione troviamo espressa rispetto all'*Unde vi*, se riportiamo ciò che è detto dell'interdetto stesso anche qui all'*actio arbitraria* o al *iudicium secutorium*, conformemente al suo nesso primitivo.

• L. 6 D. *de vi*, XLIII, 16.

(PAUL., lib. XXVII *ad ed.*): *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 plurius interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eum possideri* <sup>50)</sup>.

Appunto in seguito a questa interpretazione, un gran numero di passi del Digesto, secondo i quali la condanna in base a un interdetto, cioè nel significato primitivo in base all'*actio arbitraria* o al *iudicium secutorium* derivante dall'interdetto, ha per oggetto l'interesse dell'attore, possono ormai da noi esser considerati come prove

<sup>48)</sup> Vedi infra § 1838 c num. 97 i. f. alla nota 71 d.

<sup>48 a)</sup> Cfr. tuttavia ivi num. 95 note 34.

<sup>48 b)</sup> Vedi num 95 nota 38.

<sup>48 c)</sup> Num. 97 i. f. alla nota 71 c.

<sup>49)</sup> Vedi SAVIGNY, *System*, vol. V, App. XII, num. III, pag. 444 seg.

<sup>50)</sup> Vedi ivi num. IV, pag. 445 seg.

del fatto, che la *condemnatio* delle *formulae* corrispondenti era diretta a un *quanti ea res est*. Se nei passi relativi agli interdetti imperativi<sup>51)</sup> rimane incerto, se essi abbiano parlato della *formula arbitraria* o del *iudicium secutorium* o, com'è probabile, di ambedue, quelli che si riferiscono agli interdetti proibitorii, è solo possibile che parlino di uno dei due giudizi, cioè del *iudicium secutorium*<sup>52)</sup>.

Tra quei passi, che, come abbiám detto, contengono condanna nell'*interesse*, se ne trovano varii, che si riferiscono a interdetti popolari tendenti alla tutela dell'*usus publicus*<sup>53)</sup>. Abbiamo già veduto precedentemente, come venisse determinato qui l'*interesse*<sup>54)</sup>, che non può esser concepito come interesse personale dell'attore. Appunto nello stesso modo è senza dubbio stato possibile il determinarlo anche negli interdetti popolari creati a tutela delle *res divini iuris*. Perciò può ben supporre, che anche nell'*actio arbitraria* e nel *iudicium secutorium* di un interdetto di questa specie la *condemnatio* fosse espressa in un *quanti ea res est*<sup>55)</sup>. D'altra parte l'allusione della L. 9 § 5 D. *de div. rer.*, I, 8:

(ULP. lib. LXVIII *ad ed.*) *Res sacra non recipit aestimationem* —

è troppo vaga, per poterne dedurre, che la *condemnatio* per esse fosse concepita in una forma particolare<sup>56)</sup>, quale per esempio po-

<sup>51)</sup> Come tali cita lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 255 seg. note 4-8 le L. 3 § 11 D. *de tab. exh.* XLIII, 5; L. 1 § 13; L. 15 D. *de vi* XLIII, 16; L. 15 § 7, 9, 12; L. 22 § 2 D. *quod vi* XLIII, 24; L. 8 § 4 D. *de prec.* XLIII, 26; L. 2 § 44 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8. Dei passi citati nella nota 31 van messi con questi le L. 2 § 2 D. *quod legal.* XLIII, 3 e L. 1 § 41 D. *de vi* XLIII, 16. Sono da aggiungere ancora L. 11 §§ 4, 10, 12, 14; L. 12, L. 13 §§ 3, 4; L. 15 § 8; L. 16 pr. § 1 D. *quod vi* XLIII, 24.

<sup>52)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 256 note 9-12, cita, oltre la L. 3 § 11 D. *uti poss.* XLIII, 17, le L. 1 § 3 D. *de via publ. ref.* XLIII, 11 e L. 3 § 3 (non 13) D. *de it. actuy. priv.* XLIII, 19. Resta da aggiungere la L. 2 § 34 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8.

<sup>53)</sup> L. 2 §§ 34 e 44 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8; L. 1 § 3 D. *de via publ. ref.* XLIII, 11.

<sup>54)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 7 pag. 35 segg. (testo tedesco parte I, pag. 45 e segg.).

<sup>55)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 357 nota 2.

<sup>56)</sup> LENEL, loc. cit. pag. 366 § 235 i. f.

teva essere una *condemnatio in bonum et aequum concepta*. Ad ogni modo le parole di GAIO, IV, 163 (sopra pag. 496 (testo ted. parte II pag. 135)), giusta le quali l'*actio arbitraria* era diretta al *quanti ea res est*, nella loro illimitata generalità non sono favorevoli a una tale eccezione<sup>57)</sup>.

Così è del pari da ammettere la *condemnatio* nel *quanti ea res est* per gli interdetti di dritto familiare. E qui tanto meno può recar meraviglia, dappoichè i Romani ponevano l'interesse patrimoniale di colui che aveva la potestà, riguardo agli atti di acquisto di chi era a questa soggetto, addirittura a base delle *actiones furti* e *legis Aquiliae*<sup>57 a)</sup>; questo interesse appunto forma il contenuto della condanna negli interdetti *de liberis exhibendis* e *ducendis*, e analogamente l'interesse del patrono riguardo alle *operae officiales* del manomesso forma il contenuto della condanna nell'interdetto *de liberto exhibendo*.

Un'eccezione alla *condemnatio* nel *quanti ea res est* ha invece luogo senza dubbio, e malgrado il passo di GAIO, IV, 163, nell'interdetto *de homine libero exhibendo*: qui non mi pare si possa immaginare altra *condemnatio* che secondo l'avviso del giudice<sup>58)</sup>.

È sommamente probabile, come abbiamo già accennato sopra<sup>58 a)</sup>, che nella procedura formulare il *iudicium secutorium* venisse condotto alla *litis contestatio* nello stesso tempo che le azioni in base alla *sponsio* e alla *restipulatio*, e che eventualmente, cioè nel caso della vittoria dell'impetrante, venisse assegnato allo stesso tribunale di giudici giurati, che era nominato per tali azioni. Non solo ciò può desumersi dal passo di GAIO, IV, 165 (vedi sopra pag. 461 (testo ted. parte II p. 87)), quantunque appunto nelle parole capitali la lezione certo non ne sia pienamente sicura; ma risulta quasi irrecusabilmente

<sup>57)</sup> Cfr. LENEL, loc. cit. pag. 357 nota 2.

<sup>57 a)</sup> 1.º: GAIO, III, 199 messo in correlazione con L. 38 D. *de furt.* XLVII, 2; 2.º: L. 7 pr. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2.

<sup>58)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 7 pag. 38 (testo ted. parte I, pag. 49). Di diversa opinione il DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione) pag. 69 e seg., il quale, peraltro, non dice come debba qui effettuarsi la determinazione del « *quanti ea res erit* ». Dalla L. 3 § 13 D. *de lib. hom. exhib.*, XLIII, 29, da lui citata, consegue, a mio parere, solo la condanna in danaro come tale, ma non il modo di computarla.

<sup>58 a)</sup> Vedi sopra num. 91 alla nota 8ª p. 489 (testo ted. parte II pag. 125).

dalla natura stessa delle cose. Non sarebbe infatti stato in sè stesso del tutto inopportuno e contraddicente all'essenza dell'*agere per formulas*, che tendeva al maggiore abbreviamento possibile della procedura<sup>58 b)</sup>, se i Romani avessero voluto differire la contestazione della lite delle azioni che tenevan dietro all'azione *ex sponsione*, fino a dopo la decisione di quest'azione, rimandandole così necessariamente a un nuovo *rerum actus*?<sup>59)</sup>. E invero, per quanto io veggio, a prescindere da un'affermazione incidentale e non motivata del KRÜGER<sup>60)</sup>, soltanto il DEENBURG<sup>61)</sup> avanza un'opinione diversa, almeno per l'*Uti possidetis*. Egli reputa il *Cascellianum* un *arbitrium* « sul quale secondo ogni probabilità la sentenza era pronunciata non da un giudice, come nelle sponsioni che lo precedevano, ma da più arbitri ». Fondamento della sua opinione è l'ipotesi, che l'*Uti possidetis* sia una copia della rivendicazione della proprietà: il *Cascellianum* quindi avrebbe dovuto corrispondere all'*arbitrium liti aestimandae* nella *legis actio sacramento in rem*. Ma anche accettando quella ipotesi, la cui confutazione dobbiamo rimandare al commentario al titolo 17 di questo libro, la deduzione inseritane per la natura del *Cascellianum* avrebbe tutt'al più una certa apparenza di verità, se formasse una fase originaria della procedura dell'*Uti possidetis*. Ora già il suo nome indica, che esso non è sorto nello stesso tempo che l'*Uti possidetis*. E doveva pur tuttavia un pretore di un'epoca più tarda, pel fatto storico, che l'*Uti possidetis* era stato creato sullo stampo della *rei vindicatio*, trovarsi ancora così vincolato nella costruzione delle azioni sussidiarie, da esser costretto a mantenere anche la più incomoda e inutile conseguenza di quell'imitazione? Noi ab-

58 b) Cfr. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano) pag. 467 seg.

59) Però io non appoggerei con lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 258, e il DEMELIUS, *Confessio*, pag. 167 nota 1, l'affermazione di un'istruzione contemporanea del *iudicium secutorium* e dell'*actio de sponsione* su CIC. *pro Caec.* Vedi sopra num. 91 nota 18 pag. 492 (testo ted., parte II pag. 129).

60) *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 118.

61) *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (Svolgimento e concetto del possesso giuridico nel diritto romano), pag. 24 e segg.

biamo veduto sopra <sup>62)</sup>, che il *Cascellianum* era un'*actio arbitraria*; e non si può rinvenire assolutamente alcuna ragione pratica, per la quale dovesse aver luogo dinanzi ad *arbitri* e non dinanzi al *iudex sponsionum*. Il DEENBURG si dà così poco pensiero dell'incomodità, che porta con sè l'istituzione di più tribunali di giudici giurati consecutivi per cause tra loro connesse, a paragone del rinvio contemporaneo di queste cause a un medesimo tribunale, che egli anzi esige un terzo tribunale per la *fructuaria stipulatio*. E le ragioni ch'egli ne dà? « Non si obietti » egli dice « che si sarebbe potuto ricongiungere anche il procedimento su quest'ultima stipulazione al procedimento sulle sponsioni principali. Ciò avrebbe illuminato il giudice della causa principale su di un punto, che era relativamente insignificante, e che era anche solo una conseguenza della decisione principale ». Confesso che questa argomentazione mi riesce affatto incomprendibile. Dunque perchè la decisione sulla *fructuaria stipulatio* è solo una conseguenza della decisione principale, perciò deve esser di competenza di un tribunale speciale? e perchè quella decisione illuminerebbe il giudice della causa principale su di un punto relativamente insignificante; deve essere illuminato in proposito non egli, ma un altro giudice? Ed è in generale pel *iudex sponsionis* un chiarimento, il condannare, ch'egli fa, il *plus licitans* anche nella *summa licitationis*, in connessione immediata con la sentenza pronunciata contro di lui? è inoltre ciò per lui un più gravoso incarico, di quel che sarebbe l'attribuzione dell'azione derivante dalla *fructuaria stipulatio* pel giudice, che ne fosse incaricato? Oppure la sapienza civile dei Romani voleva, che il maggior numero possibile di tribunali fosse adito con azioni singole, che avrebbero potuto esser portate innanzi al medesimo tribunale, non solo con assai maggior comodità per le parti, ma con molto maggior opportunità pratica? Ma certo il DEENBURG doveva in questo caso dichiarare inapplicabile la nota costumanza dei Romani dell'accumulamento oggettivo delle azioni innanzi a un solo tribunale (QUINTIL., III, 10, 1), per poter procacciare una base, per quanto debole, alla sua spiegazione del *iudicium fructuarium* (GAIO, IV, 169). Con la dimostrazione della

---

<sup>62)</sup> Pag. 136.



completa insostenibilità di quella spiegazione, verrà ad essere insieme confutata la teoria da lui escogitata sulla competenza per le azioni consecutive all'azione *ex sponsione* <sup>63</sup>).

§ 1838 c.

c) *La procedura degli interdici duplicia* <sup>1)</sup>.

94. Lo svolgimento della procedura in base a un *interdictum duplex*, che presenta la particolare caratteristica della *par utriusque litigatoris condicio*, presuppone, come abbiamo già veduto sopra <sup>2)</sup>, che *post interdictum redditum* ciascuna delle parti faccia ciò che è per esso necessario. Qualche cosa di preciso ci è noto solo sull'*Uti possidetis*, giusta il deciframento che lo STUEMUND ci dà di GAIO, IV, 166-170, che qui crediamo di dover riprodurre ancora una volta nel suo insieme.

GAIO, IV, 166: — *fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat. haec autem licendi contentio fructus licitatio vocatur, scilicet quia — — postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel — una inter eos sponsio itemque restipulatio una — ad eam fit. — — § 166 a. — resti — — iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit (quod) praetor interdicto complexus est, id est uter eorum eum fundum easre aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. cum iudex id exploraverit, et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae necum factae sunt, absolvit. et hoc amplius si apud adversarium meum*

<sup>63</sup>) Vedi infra § 1838 c num. 95 alla nota 22 d.

<sup>1)</sup> SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale) pag. 284-297.

<sup>2)</sup> § 1836 b num. 53 pag. 220 (testo ted. parte I, pag. 293) § 1836 c num. 54 pag. 222 (testo ted. parte I, pag. 296).

*possessio est, quia is fructus licitatione victi, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur. § 167. Ergo is, qui fructus licitatione victi, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. § 168. Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit, ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet. § 169. Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio iudicio de possessione recipienda experitur, ita similiter de fructus licitatione agere. in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solvi satis accipit. dicitur autem et hoc iudicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam; sed non aequè Cascellianum vocatur. § 170. Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere volebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto — per interdictum secundarium — etc.*

Bisogna dunque, che innanzi tutto ciascuna delle parti faccia qualche cosa, che sia una *vis adversus edictum*, nel caso che l'avversario dimostri di aver avuto al momento dell'*interdictum redditum* un possesso non vizioso di fronte ad essa, o viceversa che il possesso di questa è vizioso di fronte a lui. Quella delle parti, che ha per prima compiuto un atto simile, può impetrare l'*interdictum secundarium* appropriato alla condizione di fatto del possesso, se la parte avversaria non compie tosto anch'essa una *vis*, per il che basta del resto che respinga l'altra parte. Solo per mezzo di quest'atto anche

la parte avversaria manifesta l'intenzione di procedere alla contesa sul possesso in base all'*interdictum primum*. E poichè senza un atto di tale specie di ciascuna delle parti il procedimento bilaterale non può avere il suo ulteriore svolgimento, s'intende di per sè, che ciascuna parte deve pensare ad assicurarsi tale svolgimento mediante quella prova; e s'intende del pari, che la prova non può aver luogo solo innanzi al *udex sponsionum*, ma deve invece essere fornita innanzi al pretore prima della continuazione del procedimento <sup>2 a)</sup>).

Dopochè è stata fornita dalle due parti la prova in discorso, ciascuna di esse può ormai domandare il regolamento del possesso per la durata del processo; se l'altra ricusa di cooperarvi, si espone di nuovo all'*interdictum secundarium*.

Quel regolamento avviene mercè licitazione tra le due parti, e senza dubbio innanzi al pretore, il quale dirige la licitazione <sup>2 b)</sup>, aggiudica il possesso contro cauzione al maggior offerente, e provvede a che quest'ultimo, ove già non abbia il possesso, lo consegna realmente (*is — in possessione constituitur*) <sup>2 c)</sup>. Mi sembra di per sè evidente, che con ciò colui, che ha posseduto finora, perdeva di fatto il possesso giuridico in seguito alla sua *minus licitatio*: ciascuna delle parti, allo scopo della *fructus licitatio*, mette appunto il possesso, ch'essa afferma di avere, a disposizione del pretore pel caso, che l'avversario faccia la maggior offerta <sup>2 d)</sup>. Se non erro, se ne ha anche una testi-

<sup>2 a)</sup> Vedi sopra § 1836 a num. 45 pag. 199 e seg. (testo tedesco pag. 265 e seg.).

<sup>2 b)</sup> Lo SCHMIDT, negli *Heidelberger Jahrbücher der Literatur* (Annali di letteratura di Heidelberg), anno LVI (Recensione dell'*Interdictum Uti possidetis* del WITTE) pag. 691, richiama l'attenzione su quei passi del *Corpus iuris*, che parlano di un procedimento consimile innanzi all'*arbiter* in un'azione di divisione e presentano il medesimo modo di esprimersi (*licitatione vincere, emere*, ecc.), che troviamo nella *fructus licitatio*. L. 6, L. 22 § 1; L. 29 D. *fam. ercisc.* X, 2; L. 7 § 13; L. 19 §§ 1 e 3 D. *comm. dir.* X, 3; L. 78 § 4 D. *de J. D.* XXIII, 3; L. 1 e L. 3 Cod. *comm. div.* III, 37.

<sup>2 c)</sup> Che non sia da riferirsi a ciò anche la L. 52 § 2 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2? Cfr. RUDORFF, *zu PUCHTAS Institut.* (Annotazioni alle Istituzioni del PUCHTA) § 169 nota 7. Vedi sopra § 1836 c num. 54 nota 7 b, pag. 226 (ed. ted. parte I, pag. 301 segg.).

<sup>2 d)</sup> Di diversa opinione l'HUSCHKE, *Gaius*, pag. 194: secondo lui il *plus licitans* non fa che esercitare il possesso per il vero possessore e perchè egli

monianza espressa nel termine usato da GAIO: *in possessione constitui*; giacchè, per quanto io so, con esso è designato dappertutto appunto il rapporto del possesso giuridico <sup>2 e)</sup>.

Le Fonti pervenuteci non contengono una indicazione esplicita sul momento della *fructus licitatio*. Però da un lato dal POSTEA *alter alterum sponsione provocat* (§ 166) mi pare si possa dedurre, che essa ad ogni modo non precedesse immediatamente le sponzioni, in altri termini che essa non avesse luogo solo nel *rerum actus* come queste. Dall'altro lato dalla natura stessa delle cose risulta evidente, che essa doveva seguire il più da vicino possibile gli atti di possesso delle due parti, dovendo produrre un assetto provvisorio.

Il maggior offerente era tenuto, se voleva evitare di nuovo un *interdictum secundarium*, a promettere all'avversario, mediante stipulazione provocata da questo, la *fructuaria stipulatio* (GAIO, IV, 169)), l'ammontare della maggior offerta per l'eventualità, che nel procedimento sulle sponzioni venisse deciso contro di lui; e questa promessa doveva esser fatta con *satisdatio* (GAIO, IV, 170). Sebbene non ci sia attestato espressamente, possiamo però tener per certo, che questa stipulazione, compresa la prestazione della cauzione, che vi andava congiunta, seguiva immediatamente la *fructus licitatio*. Perciò, se il maggior offerente non aderiva a contrarre la *fructuaria stipulatio* richiesta dal *minus licitans*, il possesso interinale non veniva assegnato al *plus licitans* (GAI. IV, 166); e che ciò avvenisse solo contro malleveria, può ammettersi come indubitato. Bisogna quindi supporre, che ciascuna delle parti conducesse con sè già nell'udienza, in cui aveva luogo la licitazione, quelle persone, che erano pronte a

---

aveva il possesso solo a cagione del *fructus* ». Cfr. in proposito infra numero 95 nota 32. Il RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto), vol. II, § 53 nota 34, a fondare questa opinione, osserva, che secondo la L. 34 § 4 D. *de C. E.* XVIII, 1, il possesso stesso non poteva nè esser venduto dal pretore nè esser comprato dal possessore. Il WITTE, *Interdictum Uti possidetis*, pag. 56 seg., ne deduce che l'*usucapio* del *minus licitans* nel caso della sua vittoria non veniva interrotta dalla perdita temporanea della custodia corporale. Cfr. infra num. 95 alla nota 35.

<sup>2 e)</sup> Vedi GAIO, IV, 16; L. 1 Cod. *quod. legat.*, VIII, 3; L. 1 § 2 Cod. *etiam ob chirogr.* VIII, 26 (27); L. 15 Cod. *de probat.* IV, 19; L. 9 pr. Cod. *ad leg. Corn. de fals.* IX, 22; L. 1 Cod. *de Carb. ed.* VI, 17.

far malleveria per la sua maggiore offerta, come per contro è naturale, che l'ammontare della maggiore offerta trovasse i suoi limiti nella garanzia, che tali persone erano disposte a fare.

Oltrechè all'azione derivante dalla *fructuaria stipulatio* il maggior offerente, che era rimasto perditore, era nella procedura formulare esposto a una seconda azione, che si chiamava *iudicium Cascellianum*, presumibilmente dal pretore, che l'ha per primo istituita nell'editto. Quest'azione che, come già sappiamo, era un'*actio arbitraria*<sup>3)</sup>, era diretta alla consegna del possesso (GAIO, IV, 166 a i. f.).

Il *plus licitans* rimasto perditore era inoltre tenuto anche alla restituzione dei frutti, che aveva frattanto percepiti (GAIO, IV, 167). È però controverso, se quest'obbligo fosse oggetto del *Cascellianum*<sup>4)</sup>, o se venisse assunto mediante la *fructuaria stipulatio* insieme con la *summa fructus licitationis*. Dei partigiani di quest'ultima opinione alla loro volta alcuni reputano, che l'indennità pei frutti venisse promessa insieme con la maggior offerta<sup>5)</sup>; altri suppongono, che l'ammontare dei frutti tassato nella *summa fructus licitationis* dal *plus licitans* stesso in forza della *fructuaria stipulatio* si raddoppiasse, di modo che la somma promessa con questa stipulazione per metà rappresentasse l'indennità dei frutti, e per metà una pena<sup>6)</sup>. Ma in tutte e due le forme questa opinione è insostenibile. Contro la prima forma

<sup>3)</sup> Vedi sopra § 1838 b num. 93 pag. 497 (ediz. ted. parte II, pag. 136).

<sup>4)</sup> Così SCHMIDT, loc. cit. pag. 288. — PUCHTA, *Inst.* § 169 tra la nota i e la nota k. — WALTER, *Geschichte des römischen Rechts* (Storia del diritto romano) 3.<sup>a</sup> ediz. vol. II, § 769 in f. — KUNTZE, *Cursus*, § 220: anche ZIMMERN, *Geschichte des römischen Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), vol. III § 74 alla nota 6. — KELLER, *Institutionen*, pag. 41.

<sup>5)</sup> Così RUDORFF, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto), vol. XI pag. 356. — WITTE, *Das Interdictum Uti possidetis*, pag. 50 segg. Forse questa è stata anche l'opinione dell'HEFFTER, il quale nella sua edizione di GAIO, IV, 166, così restituisce il passo che tratta della *fructuaria stipulatio*: — *cui ris et potestas haec est, ut, si contra ipsum esset postea pronuntiatum, possessio restituitur* — e più avanti: *tantiaper rei possessionem et rei fructus vendit*.

<sup>6)</sup> Così HUSCHKE, *Studien*, pag. 333 seg. — GAJUS, al passo IV, 166 pag. 187 e pag. 193, dove è così restituito: *cuius potestas haec est, ut si contra ipsum esset postea pronuntiatum, fructus duplam praestet*. — RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto) vol. II, § 53 pag. 182 sotto il num. 2 alla nota 38.

lo SCHMIDT aveva già prima <sup>7)</sup> fatta la giusta obbiezione, ch'essa rende il contenuto della *fructuaria stipulatio* un miscuglio incongruo di *dare (certam) pecuniam* e di *fructus restituere*. Più tardi <sup>8)</sup> egli ha ancora aggiunto, che l'osservazione di GAIO, IV, 167: « *summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur* » sarebbe, affatto contro il solito, superflua, se nella *fructuaria stipulatio* insieme con la *summa licitationis* fossero stati promessi espressamente anche i frutti; oltredichè GAIO avrebbe allora dovuto ricordare la restituzione dei frutti immediatamente, là dove parla della condanna inflitta in base al membro della stipulazione diretto alla *poena*, mentre egli invece fa menzione di quell'indennità solo come accessorio della restituzione del possesso, e facendo osservare, che nell'obbligo di restituire i frutti non c'è nulla di speciale, perchè la somma della licitazione non è il prezzo dei frutti percepiti, ma una pena. Con la seconda forma di tale opinione non s'accorda punto ciò che è detto in GAIO, IV, 167: *fructus licitationis summam poenae nomine solvere — iubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit*. Perocchè in primo luogo la prestazione dell'indennità pei frutti percepiti, riposta secondo quest'opinione nella *summa fructus licitationis*, non può esser designata dal *fructus, quos percepit, reddere*. In secondo luogo quella prestazione formerebbe il vero contenuto della *fructus licitationis summa*, e la *poena* di pari ammontare, la cui prestazione GAIO fa precedere quale *fructus licitationis summa*, sorgerebbe solo col raddoppiamento di quell'ammontare nella *fructuaria stipulatio*: GAIO avrebbe dunque dovuto tenere l'ordine inverso. E per di più l'ipotesi di un raddoppiarsi della *summa licitationis* non regge di fronte alla lezione che dà lo STUEMUND di GAIO, IV, 166 (Cod. Veron. pag. 244 v. 4 sq.), la quale dimostra con piena certezza insostenibile la restituzione dell'HUSCHKE: « *fructus duplam praestet* » <sup>8 a)</sup>. Per contro lo SCHMIDT in quella sua seconda avvertenza ha addotto delle ragioni convincenti a favore dell'opinione, secondo

<sup>7)</sup> *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 292 nota 10.

<sup>8)</sup> Nella recensione dell'*Interdictum Uti possidetis* del WITTE, negli *Heidelberger Jahrbücher* (Annali di Heidelberg), anno LVI, pag. 691 seg.

<sup>8 a)</sup> KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici) pag. 92 nota 2 in fine.

la quale il *Cascellianum* abbraccia la restituzione dei frutti <sup>9)</sup>. Innanzi tutto ciò consegue dalla natura arbitraria della detta azione: tutte le *actiones arbitrarie*, ogni qualvolta il loro contenuto speciale lo comporti, son dirette in forza dell'*arbitrium iudicis* anche alla restituzione dei frutti <sup>10)</sup>. Perciò quando GAIO, IV, 166 addita come oggetto del *Cascellianum* la *restitutio possessionis*, lo estendere questo *iudicium* ai frutti non è punto sommamente arrischiato, come opina il WITTE <sup>11)</sup>, anzi è altrettanto naturale qui nell'*arbitratus iudicis* della formula, quanto nel *neque ea res arbitrato tuo Aulo Agerio restituetur* della *formula petitoria*. Inoltre il *Cascellianum* si palesa in realtà come l'unico luogo concepibile per la restituzione dei frutti, dappoichè, com'è stato dimostrato, nella *fructuaria stipulatio* non v'era posto per tale promessa. Di fronte a tali ragioni non vale il dare col WITTE <sup>12)</sup> tanta importanza al nome di « *fructuaria stipulatio* », da affermare che esso ottenga piena giustificazione, soltanto se i frutti stessi costituiscono una parte della prestazione promessa. Per di più quel nome si spiega benissimo con la ragione data da GAIO, IV, 167: *quod quis per illam stipulationem facultatem fruendi nanciscitur*. E da ultimo è pure assai probabile, come vedremo bentosto, che originariamente la *fructuaria stipulatio* avesse una funzione essenzialmente diversa, con la quale il suo nome s'accorda pienamente.

Essendo un'*actio in factum concepta*, il *Cascellianum* può esser sorto soltanto dopo l'introduzione dell'*agere per formulas*, e d'altra parte anche la sua denominazione dal nome del primo pretore, che lo istituì, fa argomentare con certezza, per lo meno che esso non è stato creato nello stesso tempo che l'*Uti possidetis* stesso. Si potrebbe pur sempre credere, che il *Cascellianum* prendesse il posto di un'azione affine usata nella procedura delle *legis actiones*. Ciò peraltro non è probabile. Perocchè naturalmente in questa procedura un'azione consecu-

---

<sup>9)</sup> *Heidelberger Jahrbücher* (Ann. di Heid.) loc. cit. pag. 691 seg. — Eck, *Doppelseitige Klagen* (Azioni bilaterali), pag. 38 nota 136.

<sup>10)</sup> § 31 i. f. *I. de act.* IV, 6.

<sup>11)</sup> Loc. cit. pag. 52.

<sup>12)</sup> Loc. pag. 51.

tiva all'*actio ex sponsione* avrebbe potuto esser costruita solo sulla base del diritto civile mercè una stipulazione, con la quale il *plus licitans* promettesse un risarcimento pel caso della sua sconfitta nelle azioni della sponsione <sup>12 a)</sup>. Questa promessa certo non poteva aver per oggetto l'*interesse* dell'avversario, giacchè il concetto dell'*interesse* non era noto a SERVIO SULPICIO RUFO <sup>13)</sup>; — ed è anche difficile che potesse aver per oggetto il valore d'estimazione dell'oggetto della lite, la cui determinazione avrebbe sempre richiesto ancora una procedura speciale; essa doveva piuttosto quasi necessariamente aver per oggetto una *certa summa*. Ma in quale altro modo avrebbe potuto esserne determinato l'ammontare, che con l'indicazione data dall'avversario stesso di un ammontare, ch'egli stimava sufficiente, e che egli si dichiarava pronto a sborsare da parte sua nel caso opposto, — cioè mediante licitazione tra le parti? In altri termini tale stipulazione sarebbe venuta ad esser lo stesso che la *fructuaria stipulatio*. Dovremo ora noi ammettere, che abbiano avuto luogo due stipulazioni per due maggiori offerte sulla base di due licitazioni simultanee del medesimo oggetto tra le medesime parti? oppure che abbia avuto luogo sulla base di una sola licitazione una stipulazione diretta al doppio dell'ammontare della maggiore offerta, in modo che una metà di tal somma rappresentasse un risarcimento, e l'altra metà una pena? Ci sembra assai più naturale, che la *summa fructus licitationis* nel suo ammontare semplice comprendesse tutto quello, che, secondo l'apprezzamento delle parti stesse, il *plus licitans* soccombente doveva dare all'avversario vincitore, cioè che quella somma prima dell'istituzione del *Cascellianum* rappresentasse in primo luogo un risarcimento, il quale solo in forza del peculiare modo in cui veniva determinato, sorpassando di regola la *vera rei aestimatio*, conteneva un elemento penale. Quando poi nel *Cascellianum* fu sorta anche un'azione diretta esclusivamente al risarcimento, la *summa licitationis* prese il carattere meramente penale con tanta insistenza indicatoci da GAIO <sup>14)</sup>.

<sup>12 a)</sup> Così lo PFERSCHÉ, *Interdiete*, pag. 84 seg.

<sup>13)</sup> L. 3 § 11 D. *uti post.*, XLIII, 17.

<sup>14)</sup> Essa dunque secondo la nostra ipotesi ha subito nella sua funzione un



Del resto nell'esaminare questa ipotesi bisogna anche considerare, che, mutata la funzione della *summa licitationis*, il suo ammontare sarà stato di fatto determinato in una somma minore di prima. Fino all'istituzione del *Cascellianum* ciascuna delle parti, entro i limiti della propria capacità di darne cauzione, doveva cercare di spingere la maggiore offerta per lo meno a una somma, che nel caso ch'essa vincessesse nelle azioni delle sponzioni le assicurasse da parte dell'avversario maggior offerente un risarcimento sufficiente. Allorchè il *Cascellianum* assicurò senz'altro il risarcimento, ciò che diè norma alle offerte di ciascuna parte fu invece il vedere, quanto essa stessa potesse arrischiare per avere il vantaggio del possesso interinale.

In tutti i casi dal suesposto risulta che la *fructuaria stipulatio* era una *stipulatio certa*<sup>11 a)</sup>. Per conseguenza l'azione che ne derivava era in origine forse la *legis actio sacramento in personam*, più tardi la *legis actio per conditionem ex lege Silia*, e finalmente la *condictio certi*.

95. Giusta ciò che ci riferisce GAIO (IV, 169), invece della procedura sopra descritta con l'azione in base alla *fructuaria stipulatio* e col *iudicium Cascellianum*, al *minus licitans* vincitore nelle azioni delle sponzioni è dato a sua scelta un altro mezzo.

Egli può tralasciare la *fructuaria stipulatio*<sup>12)</sup> e proporre un'azione

---

cambiamento affatto simile a quello, che secondo ogni probabilità ha avuto luogo anche nell'*actio furti*, la quale fino all'introduzione della *condictio furtiva* era parimenti *mixtae naturae*. Vedi SAVIGNY, *System*, vol. V, pagina 51 nota l. Anche il WITTE, *Interd. Ut poss.*, pag. 57 seg., reputa possibile, che in origine la *fructuaria stipulatio* abbia bastato, in tutti i casi con una seconda stipulazione a lato, che formava la base del *iudicium secutorium*. Nel resto la teoria da lui esposta è del tutto diversa da quella del testo. Noi potremo esaminarla solo nel tit. 17 di questo libro in correlazione col nostro concetto dell'*Ut possidetis*.

<sup>11 a)</sup> Affatto inintelligibile, anche nei suoi termini, mi riesce la sua ricostruzione in RUDORFF, *Ed. perp.* § 247 sotto il num. IV, 1 pag. 218: *Quod interdictum praetoris de possessione illius fundi (illarum aedium) inter nos redditum est, ex eo si secundum me iudicatum erit, qui fructus qui per id tempus ex eo fundo nati erunt, eos fructus quoque licitatus es ut tibi tantisper in possessione eius fundi esse liceat, dare spondesne?* Ciò viene appoggiato parte su GAIO, IV, 166, parte sulla L. 75 §§ 4 e 9 D. de V. O. XLV, 1. Bisognerà ammettere col LENKL, *Ed. perp.* pag. 378 nota 7, che vi mancano delle parole.

<sup>12)</sup> Che questo (come del resto, a quanto io veggo, è ammesso concorde-

de fructus licitatione con un *iudicium secutorium* istituito appositamente per questo caso, chiamato *fructuarium*. È alla notizia di un tale *iudicium* che fanno seguito le parole: *q.º nom actoris. satis accipiat*, le quali secondo la proposta dell'HUSCHKE <sup>16)</sup>, vanno lette *quo nomine actor indicatum solvi satis accipit*, come difatti sono lette generalmente <sup>17)</sup>.

Non regna un uguale accordo invece circa il rapporto, in cui stava il *iudicium fructuarium* con l'azione derivante dalla *fructuaria stipulatio* da un lato e col *Cascellianum* dall'altro.

Secondo il WALTER <sup>18)</sup>, il PUCHTA <sup>19)</sup>, lo SCHMIDT <sup>20)</sup> e il WITTE <sup>21)</sup>, e così pure secondo il DEENBURG <sup>22)</sup> il *iudicium fructuarium* aveva precisamente lo stesso contenuto che l'azione in base alla *fructuaria stipulatio*. I primi tre dei detti scrittori sembrano considerare ciò come sottinteso. Il WITTE, il quale, come sappiamo <sup>22 a)</sup>, fa abbracciare dalla *fructuaria stipulatio* oltre la *summa licitationis* anche i frutti, come in appoggio di quella sua opinione allega il nome di

mente) sia il significato delle parole « *omissa fructuaria stipulatione* », risulta manifesto dalla L. 1 § 9 e 17 D. *ut legat.*, XXXVI, 3. Di diversa opinione sembra soltanto il LENEL, *Ed. perp.*, pag. 380. Vedi in proposito infra dopo la nota 39.

<sup>16)</sup> *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* (Annali critici della scienza del diritto tedesco), anno III, 1839 pag. 26 nota \*. Cfr. *Studien*, pagina 332 segg.

<sup>17)</sup> Per es. le edizioni di LACHMANN, BÜCKING, STUEMUND-KRÜGER. — PUCHTA, *Inst.*, § 157 nota d. — KELLER, *Römischer Civilprocess* (Procedura civile romana), § 56 alla nota 668. — RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto), vol. II, § 54 prima della nota 42. *Ed. perp.* § 247 sotto il num. V. — SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 292. — LENEL, *Ed. perp.*, pag. 379 sotto il num. 4 e altri. Soltanto il WACH, note al KELLER, loc. cit. num. 668, manifesta un dubbio di critica diplomatica.

<sup>18)</sup> *Geschichte des römischen Rechts* (Storia del diritto romano) 3.<sup>a</sup> ediz. vol. II, § 769.

<sup>19)</sup> *Inst.* § 169 dopo la nota i.

<sup>20)</sup> *Interdictenverfahren*, pag. 290.

<sup>21)</sup> *Interd. Ut possidetis*, pag. 51.

<sup>22)</sup> *Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (Svolgimento e concetto del possesso giuridico nel diritto romano) pag. 24 e segg.

<sup>22 a)</sup> Vedi sopra num. 94 pag. 514 (ediz. ted. parte II pag. 158) nota 5.

*fructuaria stipulatio* <sup>22 b)</sup>, così allega in appoggio di questa il nome di *iudicium fructuarium*, qui come là certo senza fondamento. Nemmeno l'argomento più reciso del DERNBURG, da quelle parole (GAIO, IV, 169) apparir chiaro, che il *iudicium secutorium*, di cui qui si parla, aveva per oggetto la somma promessa in seguito alla licitazione, che rispetto all'ammontare di questa somma stabilita come pena non esisteva alcuna differenza dalla somma della stipulazione, può provare l'affermazione in discorso, e tanto meno può farlo dapoichè, com'è noto, le parole: « *ita similiter de fructus licitatione agere* », che sono qui la sola norma, che si abbia, se ne toglì « *fructus licitatione* », non sono punto appurate con certezza.

Poichè adunque la parità di contenuto della *stipulatio fructuaria* e del *iudicium fructuarium* è in sè assai dubbia, tanto più accuratamente, di fronte agli autori che l'ammettono, dobbiamo cercare quale fosse il vero scopo di questo *iudicium*. I pareri in proposito sono di due sorta.

Secondo l'opinione dello SCHMIDT, a quanto sembra condivisa dal WALTER, dal PUOHTA e dal WITTE, esso aveva lo scopo di servire alla comodità del *minus licitans*, liberandolo dalla necessità della *stipulatio fructuaria*. Ma dove mai si trova nell'antico diritto romano un simile riguardo alla comodità di una parte? E poi in che cosa poteva consistere l'incomodità della *stipulatio fructuaria*, che avrebbe dovuto provocare una così inconsueta indulgenza, una volta che le parti dovevano già riunirsi per procedere alla *fructus licitatio*? In che sarebbe d'altra parte consistita la facilitazione, una volta che *omissa fructuaria stipulatione* si doveva dar *satisfactio iudicatum solvi* a sicurtà del *iudicium fructuarium*, e che base di questa *satisfactio* era a sua volta una stipulazione del *minus licitans* <sup>22 c)</sup>?

Il DERNBURG parte dall'ipotesi, che il *Cascellianum*, essendo una riproduzione dell'*arbitrium litis aestimandae* della *legis actio sacramento in rem*, fosse giudicato da arbitri <sup>22 d)</sup>, mentre la *condictio certi* derivante dalla *fructuaria stipulatio* era giudicata da *unus iudex*, ed

<sup>22 b)</sup> Vedi ivi pag. 516 (ediz. ted. parte II pag. 160) alla nota 12.

<sup>22 c)</sup> Cfr. anche LENEL, *Ed. perp.*, pag. 379 seg. sotto il num. 4.

<sup>22 d)</sup> Vedi sopra § 1838 b num. 93 pag. 508 (ediz. ted. parte II pag. 150).

anzi da un giudice diverso dall'*iudex sponsionum*. Egli argomenta, che se si voleva rinviare il procedimento concernente la somma penale innanzi agli arbitri, che dovevano pronunciare sulla restituzione del possesso e dei frutti, era possibile farlo soltanto mettendo in vista, accanto alla *condictio certi* un'*actio in factum* avente per oggetto la somma penale. Pertanto anche quest'*actio in factum* avrebbe dovuto avere una *condemnatio certae pecuniae*, cioè precisamente una condanna alla *summa fructus licitationis*. Ora il DERNBURG non ha punto spiegato, come fosse possibile il rinviare innanzi ad arbitri una tale azione unicamente pel motivo, che la sua *intentio* era in *factum concepta*, quantunque essi non dovessero pronunciare alcun arbitrio, ma o assolvere o condannare in quella *certa pecunia*.

E perchè il *minus licitans* deve aver potuto scegliere il *iudicium fructuarium* soltanto *omissa fructuaria stipulatione*, cioè omettendo la stipulazione? L'*intentio* dell'*actio in factum* ammessa dal DERNBURG per il *iudicium fructuarium* non avrebbe potuto aver altro oggetto se non il fatto, che il convenuto nella *fructus licitatio* ha fatta la maggior offerta di un determinato ammontare; e la verità di tale fatto rimarrebbe del tutto impregiudicata da una stipulazione circa questo ammontare. Non mi pare ammissibile, che il pretore abbia fatto seguire a quella *intentio* ancora l'aggiunta: « *si non eam summam Aulus Agerius a Numerio Negidio stipulatus est* ». E contro il pericolo di una doppia condanna nella *summa fructus licitationis*, da un lato in base alla stipulazione di questa somma, e dall'altro in base al *iudicium fructuarium*, si sarebbe avuto un mezzo acconcio di difesa, se non nell'*exceptio rei iudicatae*, certamente nella *exceptio doli* oppure si avrebbe potuto dar luogo alla condanna in base all'azione proposta per prima, solo quando l'attore pronunciasse valida rinuncia alla seconda. Finalmente è anche incomprendibile, perchè il pretore dovesse trovare il mezzo di evitare l'incomodità, da lui così riconosciuta, di uno speciale tribunale di giudici giurati per la *summa licitationis*, soltanto nel far proporre dal *minus licitans* quel presunto *iudicium fructuarium*. Che cosa avrebbe potuto impedire al pretore di dichiarare senz'altro inutile la *fructuaria stipulatio*, e di istituire per la *summa licitationis* il *iudicium fructuarium* in ogni caso, a meno che le due parti non preferissero la procedura della stipulazione?

Dovremo dunque cercare pel *fructuarium* un contenuto diverso da quello della *fructuaria stipulatio*.

Il RUDORFF, che prima opinava <sup>23)</sup>, assicurare la *fructuaria stipulatio* oltre la *summa fructus licitationis* la restituzione dei frutti percepiti dal *plus licitans*, supposeva allora, che il *iudicium fructuarium* facesse valere soltanto l'ultima promessa, e che la *summa licitationis, omissa stipulatione*, fosse domandata in giudizio per mezzo della *venditi actio* <sup>24)</sup>. Di maniera che, quando fosse stata omessa la *fructuaria stipulatio*, sarebbero state necessarie contro il *plus licitans* soccombente tre azioni sussidiarie: la *venditi actio* per la *summa licitationis*, il *Cascellianum* per la restituzione del possesso della cosa e il *iudicium fructuarium* per la restituzione dei frutti percepiti nel frattempo dalla cosa. A prescindere interamente dall'opinione insostenibile sulla *fructuaria stipulatio* <sup>25)</sup>, quest'affermazione viene a cadere già pel fatto, che secondo l'indiscutibile espressione di GAIO (IV, 167) la *summa licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur*, per conseguenza non può essere domandata in giudizio per mezzo della *venditi actio*, che ha per oggetto il prezzo della vendita <sup>26)</sup>. E difatti quest'opinione più tardi è stata abbandonata dal suo stesso autore.

Questi volle dipoi scorgere tra la *fructuaria stipulatio* e il *iudicium fructuarium* questa differenza, che la prima aveva per oggetto il doppio della *summa licitationis*, il secondo la somma della licitazione e i frutti secondo l'apprezzamento del giudice <sup>27)</sup>. Tale ipotesi cade sen-

<sup>23)</sup> Vedi sopra num. 94 nota 5 pag. 514 (ediz. ted. parte II, pag. 158).

<sup>24)</sup> *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto) vol. XI, pag. 356 seg.

<sup>25)</sup> Vedi sopra num. 94 alle note 7 e 8 pag. 515 (ediz. tedesca, parte II pag. 158 e seg.).

<sup>26)</sup> Vedi SCHMIDT, loc. cit. pag. 292 nota 10, dove a ragione viene aggiunta anche l'obbiezione, che sarebbe strano, che con la *summa licitationis* si comprasse bensì il possesso del campo, ma non anche la facoltà di percepire i frutti. Cfr. anche WITTE, *Interd. Uti possidetis*, pag. 50 seg.

<sup>27)</sup> *Rechtsgeschichte* (Storia del dir.), vol. II, § 53 alla nota 42. Questa pare sia anche l'opinione dell'HUSCHKE. *Gaius*, pag. 193. Abbiamo già sopra detto come il RUDORFF nel suo *De iurisdictione edictum*, pag. 218, abbia da ultimo mutata di nuovo la sua opinione, e abbia definito come incerta la *fructuaria stipulatio*. Vedi sopra num. 94 nota 14 a pag. 518 (edizione tedesca parte II, pag. 163).

z'altro pel fatto, che, come abbiamo veduto, la *fructuaria stipulatio* non comprendeva i frutti.

Ciò forma giustamente il punto di partenza del KRÜGER <sup>25)</sup>, il quale reputa, che oltre all'esser proposta quell'azione derivante da quella stipulazione, il risarcimento dei frutti e la restituzione del possesso stesso venisse domandato per mezzo del *Cascellianum*. Egli ora afferma, che l'esito del *Cascellianum* non era assicurato mercè *satisfactio*, perchè riguardo al suo contenuto principale, la restituzione cioè del possesso di un fondo, l'insolvenza del *plus licitans* non conteneva un pericolo per l'avversario. Ma, egli continua, tale insolvenza comprometteva bensì il risarcimento dei frutti; e per ovviare a questo pericolo, si è permesso al *minus licitans* di domandare previa rinunzia alla *fructuaria stipulatio*, *satisfactio iudicatum solvi* per il *iudicium secutorium de fructibus*, e gli si è dato poi oltre questo *iudicium* il *Cascellianum* solo per la restituzione del possesso.

Possiamo qui tralasciar di esaminare, se il KRÜGER, come sembra, consideri come contenuto del *iudicium fructuarium* unicamente la restituzione dei frutti, il che certo mal s'accorda con le parole affatto sicure del Cod. Veronese pag. 245 v. 18 (GAIO, IV, 169): « *fructus licitatione* ». Dobbiamo invece dichiarar erroneo il presupposto essenziale della dimostrazione del KRÜGER, che pel *Cascellianum* non venisse prestata nessuna cauzione. Che cosa mai garantiva il *minus licitans* contro l'insolvenza del maggior offerente, nel caso che questi avesse alienato il possesso <sup>26 a)</sup>? Una legge, che vietasse al possessore

---

<sup>25)</sup> *Kritische Versuche* (Saggi critici) pag. 91 nota 2. E similmente il KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen zum röm. Staat- und Privatrecht* (Dissertazioni di diritto romano pubblico e privato), pag. 123 nota 3: « Perciò (cioè, perchè la *summa fructus licitationis* non era un risarcimento dei frutti goduti, ma una pena per aver intentato per leggerezza il processo) l'avversario aveva la scelta, tra il guadagnare la *poena*, ma senza esigere cauzione, e il rinunciare a questo guadagno e domandare invece nel *iudicium fructuarium* la *cautio iudicatum solvi* ».

<sup>26 a)</sup> Lo PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 86, opina, è vero, che il dovere di difendere mercè cauzione il possesso della cosa fosse mantenuto più in forza della tradizione che per ragioni pratiche, e che quando la lite sul possesso fu staccata dal procedimento della rivendicazione questo dovere che lo PFERSCHKE fa derivare dalla compera del possesso delle *vindiciae* mercè *praedes*

l'alienazione della *res litigiosa*, e sottomettesse all'esecuzione forzata accordata all'attore la cosa illecitamente alienata, anche nelle mani del terzo acquirente, in base alla sentenza pronunciata contro il possessore alienante, non è stata emanata che da GIUSTINIANO <sup>29)</sup>, e soltanto per quelle cose, che sono oggetto di una *rei vindicatio* <sup>30)</sup>.

D'altra parte era inevitabile differire la decisione sulle sponzioni e il *Cascellianum* fino al successivo *rerum actus*; e non era nemmeno certo, che già in questo si addivenisse ad una soluzione. Per conseguenza era addirittura indispensabile, tutelare il *minus licitans* mercè *satisdatio* dell'avversario <sup>31)</sup>. E se non ce n'è stata tramandata traccia alcuna, ciò non può davvero valere come prova in contrario.

Affatto arbitrario è poi, lo scorgere con l'HUSCHKE <sup>32)</sup> nella menzione della *satisdatio iudicatum solvi* nel *iudicium fructuarium* un ar-

fu abolito come superfluo ed ingiusto. Egli dice, che il non essere andata in disuso la prestazione della cauzione anche per il *iudicium fructuarium*, si spiega col fatto, che la licitazione esercitava il suo pieno effetto, solo quando ciascun offerente poteva garantire anche l'intero ammontare della sua offerta, e l'avversario era sicuro di poter riscotere effettivamente la somma penale elevata ad arbitrio delle parti.

<sup>29)</sup> L. 5 (4) Cod. *de litig.* VIII, 36 (37).

<sup>30)</sup> Nov. 112 c. 1. Vedi su queste norme FRANCKE, *Commentar über den Pandocentitel De hereditatis petitione*, pag. 30-62.

<sup>31)</sup> Vedi SCHMIDT, loc. cit. pag. 293. Di diversa opinione lo PFERSCHE, *Interdicte*, pag. 86, il quale stima superflua un'ulteriore confutazione. La consimile congettura dello SCHMIDT per la *fructuaria stipulatio* è stata frattanto confermata dalla lezione Studemundiana di GAIO, IV, 170 Cod. Ver. p. 246 v. 5 (sopra pag. 493, ediz. ted. parte II, pag. 131): *qui fructus licitationis satis non dat.*

<sup>32)</sup> *Gaius* pag. 194. Quando egli più innanzi dice: « Nè la si poteva (cioè una garanzia pel *minus licitans*) lì (cioè nel *Cascellianum*) derivare dalla ragione, che il vincitore nella *fructus licitatio* si era impadronito di una cosa altrui; perocchè la sola cosa altrui, di cui egli disponeva, era il *fructus*: il possesso egli lo esercitava pel vero possessore, disponendone solo in forza del *fructus* », non mi sembra che ciò abbisogni di una confutazione. Il *minus licitans* vincitore non credo si sarebbe consolato con queste sottigliezze, quando l'avversario avesse frattanto alienato il possesso, e non avesse mezzi da risarcire il danno. Riguardo all'opinione dell'HUSCHKE va ripetuta qui in sostanza la stessa osservazione, che è stata fatta sopra § 1838 b num. 92, alla nota 26 pag. 494 (ediz. ted., parte II, pag. 132) su di una teoria esposta dal WETZELL quell'opinione ha trovato approvazione presso il WITTE, *Interl. U's poss.*, pag. 57.

*gumentum a contrario* per la mancanza di questa *satisfactio* nel *Cascellianum*: con ugual ragione si potrebbe negare anche la *satisfactio* per la *fructuaria stipulatio*, se il caso non avesse voluto, che di questa ci fosse data notizia, e solo indirettamente nella lezione studemundiana di GAIO, IV, 170 (Cod. Veron. pag. 246 v. 5): « *qui fructus licitationis satis non dat* ».

Non è quindi neppur necessario insistere, come ultima ragione contro l'ipotesi del KRÜGGER, sulla circostanza ad ogni modo assai strana, che essa fa variare il contenuto del *Cascellianum* istituito nell'editto a seconda del contenuto dell'azione esercitata simultaneamente.

Ma la soluzione di questa questione così intricata può, a mio parere, esser la seguente.

Già quando il « *quanti ea res erit* » veniva ancora riferito con SEBIVIO SULPICIO <sup>33)</sup> all'intero valore dell'oggetto della lite (compreso, com'io ritengo, quello dei frutti percepiti nel tempo del possesso interinale) poteva essere non interamente escluso, che il *minus licitans* vincitore non ottenesse un pieno risarcimento dell'esser stato in quest'intervallo privato del possesso, per es. quando era obbligato a dare la cosa principale, e in caso d'inadempimento incorreva in una convenzionale, quando tale pena eccedesse il valore della cosa principale, oppure la cosa doveva essere data oltre la pena. E ancora più spesso sarà avvenuto, che il *Cascellianum* non indennizzasse l'attore di tutto il danno, allorchè la *litis aestimatio* ebbe per oggetto solo il valore del possesso come tale e dei frutti. Perocchè il *Cascellianum* non si occupava punto dell'*interesse* totale del *minus licitans* rappresentato dal fatto, che gli era stato tolto il possesso durante un certo tempo, ma unicamente dell'*interesse* rappresentato dal non essergli stato restituito il possesso acquistato dal *plus licitans* mercè la maggiore offerta, e i relativi frutti <sup>34)</sup>.

<sup>33)</sup> Arg. L. 3 § 11 D. *uti poss.*, XLIII, 17.

<sup>34)</sup> GAIO, IV, 166 a i. f.: *nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive seculario iudicio condemnatur*. E appunto perciò non riferirei la L. 3 § 11 D. *uti poss.*, XLIII, 17 al *Cascellianum*: con la sua portata limitata mal s'accorda la *litis aestimatio* nel « *quanti unius cuiusque interest possessionem retinere* ». Vedi inoltre infra nota 38.



Per conseguenza per mezzo del *Cascellianum* non veniva risarcito per esempio il danno, che arrecava al *minus licitans* l'interruzione di una usucapione da lui cominciata<sup>35)</sup>. Certo il *minus licitans* avrebbe potuto evitare i danni di questa specie, che dipendevano da circostanze accidentali, facendo una maggiore offerta. Ma è agevole comprendere, che una parte, che per avventura non sia ben fermamente persuasa di avere la prevalenza nella procedura delle sponsioni, sarà nella licitazione poco disposta a promettere per una ragione di questo genere, che per l'altra parte non sussiste punto, all'avversario pel caso della sua vittoria una maggiore prestazione, rincarando sulla sua offerta, specialmente se deve tener conto della buona volontà dei suoi amici, che debbono farsi garanti per la sua promessa.

Ora dove per questa parte dell'interesse, che non era assicurato col *Cascellianum*, la *summa licitationis*, che certo in sè non mirava al risarcimento, ma a una *poena*, faceva prevedere un compenso sufficiente, il *minus licitans* poteva essere pienamente tranquillo: egli per lo meno non doveva temere nel caso della sua vittoria, che dall'esser gli tolto il possesso gli derivasse un danno, di cui potesse non venir risarcito<sup>36)</sup>. Dove invece la *summa licitationis* era inferiore al presumibile ammontare di quell'interesse, a cui il *Cascellianum* non provvedeva, parve senza dubbio equo aprire al *minus licitans* una nuova via, per conseguire il risarcimento di qualunque danno cagionatogli dalla maggior offerta dell'avversario. Orbene, non poteva questa nuova via essere appunto il *iudicium fructuarium*, l'*agere de fructus licitatione*<sup>37)</sup>, cioè precisamente per tutto il danno sofferto in seguito all'esito della *fructus licitatio* — ?<sup>38)</sup>.

<sup>35)</sup> Cfr. sopra num. 94 alla nota 2 d. Prima che un rescritto di SEVERO è CARACALLA (§ 13 I. de usuc. II, 6) desse luogo all'*accessio possessionis* anche nell'*usucapio*, mancava un mezzo di controbilanciare l'interruzione dell'*usucapio*, persino nel caso che il *plus licitans* restituisse il possesso.

<sup>36)</sup> Anche in questo riguardo dobbiamo rinviare al risultato consimile dell'*actio furti* dell'epoca classica, azione in sè puramente penale, pel non proprietario, *cuius ex honesta causa interest, furtum factum non esse*: egli con ciò riceve appunto il risarcimento del suo danno. Cfr. sopra num. 94 nota 14 pag. 517 (ediz. ted. parte II pag. 162).

<sup>37)</sup> LENEL, *Ed. perp.* pag. 380 nota 1, che il DERNBURG, loc. cit. pag. 25 non ha capito punto.

<sup>38)</sup> Con questa ipotesi s'accordano ottimamente le parole, con le quali la

Noi riteniamo quindi, che il *iudicium fructuarium* non trattasse della *summa licitationis*, o tutt'al più se ne servisse solo come criterio del valore assegnato dall'avversario all'*interesse* riposto per lui nel possesso, e che quell'azione invece fosse una pura azione di risarcimento, che come tale comprendeva nello stesso tempo il contenuto del *Cascellianum*. Il *minus licitans* aveva quindi la scelta tra l'azione derivante dalla *fructuaria stipulatio* e il *Cascellianum* da un lato, e il *iudicium fructuarium* dall'altro. Ed invero non sarebbe una lode della tecnica giuridica dei Romani, il credere che il *Cascellianum* venisse promosso contemporaneamente col *fructuarium*.

L'opinione del LENEL<sup>39)</sup> s'accorda in sostanza con questa da noi esposta. Però, a prescindere che il LENEL per lo meno non dice, che il contenuto del *Cascellianum* era assorbito dal *fructuarium*, tra la nostra opinione e la sua c'è questa differenza, che egli pone la scelta tra l'azione in base alla *fructuaria stipulatio* e il *iudicium fructuarium* dopo la decisione delle sponzioni. Il che io debbo ritenere errato. Non si può concedere nemmeno, che quella scelta venisse differita fino alla *litis contestatio* sulle sponzioni, alla quale, come abbiamo veduto<sup>40)</sup>, faceva immediatamente seguito, secondo ogni probabilità, la *litis contestatio* sulle azioni sussidiarie. Perocchè « *omissa fructuaria stipulatione* », a mio parere, non può significare: « *previa rinuncia all'azione derivante dalla fructuaria stipulatio eseguita* », ma solo: « *tralasciando la fructuaria stipulatio* »<sup>41)</sup>. Per conseguenza la scelta tra le due vie aveva luogo subito dopo la *fructus licitatio*.

---

L. 3 § 11 D. *uti poss.* XLIII, 17 designa la *litis aestimatio* nell'*Uti possidetis*: « *quanti unius cuiusque interest possessionem retinere* ». Cfr. sopra nota 34.

<sup>39)</sup> *Ed. perp.*, pag. 380: « Il *iudicium (fructuarium)* era piuttosto assai probabilmente diretto al risarcimento del danno cagionato all'attore dall'esito della *fructus licitatio (quanti ea res erit)*, e la sua introduzione è dovuta all'agevole considerazione, che nella *fructus licitatio* assai spesso non è possibile calcolare la durata del processo interinale, di modo che la somma della licitazione talvolta non darebbe all'attore un sufficiente risarcimento della privazione del possesso » e nella nota 2 quivi: « Non bisogna pensar solo ai frutti percepiti dal convenuto, che questi secondo GAIO, IV, 167 deve rendere in tutti i modi, ma all'insieme dei vantaggi del possesso ».

<sup>40)</sup> Sopra § 1838 b num. 93 pag. 499 segg. (ediz. ted. parte II pag. 149 segg.).

<sup>41)</sup> Vedi sopra nota 15 pag. 518 (ediz. ted. parte II pag. 164).

È vero, che ciò a prima vista può sembrare male adatto: a mio parere, non si può punto contestare, che il *minus licitans* non può formarsi un criterio pienamente sicuro sullo stato delle cose, se non dopo che sia stata emessa sulle sponzioni una decisione in suo favore. Ma mi sembra del pari incontestabile, che non di rado sarebbe stato allora troppo tardi, per far valere il suo diritto: nel caso che mancasse una *satisdatio* sufficiente, nemmeno l'interdetto secondario potrebbe venirgli in soccorso, per ottenere ciò ch'egli cerca mediante il *iudicium fructuarium*, mentre egli è invece del tutto al coperto, se, non essendogli stata data sufficiente cauzione, riceve l'interdetto secondario subito dopo la *fructus licitatio*. Del resto anche l'ordine dell'esposizione di GAIO, IV, 170: *qui fructus licitationis satis non dat, aut si sponzionem non faciat sponzionumve iudicia non accipiat* — è una valida prova per lo meno ad attestare, che quella *satisdatio* avveniva *prima* della stipulazione delle sponzioni.

Ciò posto è agevole intendere, che il *minus licitans*, che si decide pel *fructuarium*, deve tralasciare la *fructuaria stipulatio*: giacchè non solo sarebbe questa affatto superflua, ma, nel caso che venisse eseguita, egli non otterrebbe una condanna dell'avversario in base al *fructuarium* che contro *acceptilatio* del debito dell'avversario fondato nella *stipulatio*.

Come è stato già fatto rilevare sopra, mezzo di coazione alla prestazione della *satisdatio iudicatum solvi* pel *iudicium fructuarium* si era questo, che, ove quella non si effettuasse, aveva luogo l'interdetto secondario secondo GAIO, IV, 170. Nè credo nulla s'opponga a ritenere, che con l'espressione quivi usata: *qui fructus licitationis satis non dat* — sia designato non solamente quel *plus licitans*, che non presta la *satisdatio*, sia per la *fructuaria stipulatio*, sia pel *iudicium fructuarium*, ma anche quello, che non la presta pel *Cascellianum*. Ad ogni modo noi, ritenendo indispensabile anche per quest'azione una *cautio iudicatum solvi*, difficilmente potremo additare un altro mezzo per costringere a prestare questa cauzione, e dovremo scorgerlo appunto nell'*interdictum secundarium*.

Il medesimo mezzo di coazione è attestato espressamente per la stipulazione delle sponzioni e la comparizione in seguito alle azioni derivanti dalle sponzioni (GAIO, IV, 170).

La possibilità della doppia sponzione, con la quale doveva proseguire il procedimento bilaterale, si verifica, come sappiamo, solo quando ha avuto luogo la *fructus licitatio*, e il *plus licitans* ha fatto quanto gli incombe in seguito alla sua maggior offerta. Quindi, semprechè la prescrizione della sponzione stabilita, secondo la restituzione dell'editto del LENEL, nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17<sup>41 a)</sup> si riferisca a quella doppia sponzione, risulta senz'altro, che essa non può cominciare a decorrere se non dal momento, in cui è stata eseguita la *fructus licitatio* e sono stati adempiuti gli obblighi che ne conseguono pel maggior offerente. Ora se è così che va intesa questa prescrizione, sorge subito la nuova questione: che cosa avviene, quando il diritto alla doppia sponzione spettante a ciascuna delle parti in seguito alla *fructus licitatio* è prescritto? Di un *iudicium secundarium* non può, a mio parere, parlarsi in alcun modo: nessuna delle parti è in grado di addossare all'avversario la colpa del non aver il giudizio il suo corso come procedimento bilaterale; e soltanto quando egli potesse far ciò, gli spetterebbe il diritto a un interdetto di questa specie. Perciò la sola ipotesi accettabile è, che allora lo stato di cose fondato in virtù della *fructus licitatio* servisse come tale di norma. Il maggior offerente era dunque considerato come *iuste ab adversario possidens*; a tutela di questo suo possesso anche contro il suo antico avversario poteva e doveva egli ora impetrare l'*Uti possidetis*<sup>41 b)</sup>.

96. Abbiamo già sopra<sup>42)</sup> osservato, adducendo il passo di GAIO, IV, 167 sq., che l'esito della *fructus licitatio* nulla cambia nella *par utriusque litigatoris condicio* rispetto alle sponzioni e alle azioni, che ne derivano, nemmeno per ciò che riguarda l'obbligo incombente a ciascuna delle parti, di provare, che essa, conformemente alla sua affermazione, deve esser considerata come possessore non vizioso rispetto all'altra pel momento dell'*interdictum redditum*<sup>42 a)</sup>.

<sup>41 a)</sup> Vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 372 (ediz. ted. parte I pag. 497).

<sup>41 b)</sup> Cfr. infra num. 96 alla nota 44<sup>a</sup> e alla nota 63<sup>b</sup> e num. 97 alla nota 70.

<sup>42)</sup> § 1836 b num. 53 alla nota 38 pag. 220 (ediz. ted. parte I, pag. 294).

<sup>42 a)</sup> Cfr. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen* (Dissertazioni) pag. 120 nota 1: « Sull'onere della prova raramente poteva esservi controversia. Alla

Il corso del procedimento nel caso, in cui una delle parti fornisce questa prova, e l'altra no, non presenta dubbi di sorta. Innanzi tutto ne risulta la decisione nei procedimenti sulle sponzioni bilaterali e relative restipulazioni: la parte che fornisce la prova vince nelle azioni derivanti dalla sponzione dell'avversario e dalla sua propria restipulazione, ed è viceversa assolta dalle azioni dell'avversario. Ora se il vincitore è il *plus licitans*, tutta la lite è terminata. Nel caso contrario alle sentenze dei giudizi sulle sponzioni fa seguito ancora la decisione sulle azioni, che sperimenta inoltre il *minus licitans*.

È invece assai dubbio e controverso, se l'esecuzione bilaterale della prova potesse avere un altro esito oltre a quello, in cui l'una parte forniva la prova e l'altra no.

A me sembra, che potevano darsi i due casi seguenti:

1.º Al momento dell'emanazione dell'interdetto nessuna delle due parti aveva possesso giuridico, nè *iuste* nè *iniuste*, sia dall'avversario, che da un terzo.

Certo un tal caso non si sarà presentato molto spesso.

Tra persone, delle quali nessuna ha nemmeno il possesso naturale, non sarà sorta facilmente una lite sul possesso. Dato pur tuttavia

---

seconda comparizione innanzi al magistrato, o nell'occasione della *fructus licitatio* si vedeva, chi possedeva la cosa: quantunque sia naturalmente possibile, pure assai di rado sarà avvenuto, che si fosse verificato un cambiamento a questo riguardo dopo la prima comparizione: e di più in tal caso si sarebbe facilmente potuto dimostrare questo cambiamento. Il processo doveva dunque esser vinto da colui, rispetto al quale constava, che al tempo della prima o della seconda comparizione aveva la cosa in sua custodia, a meno che la parte avversaria provasse, che quegli era suo detentore, oppure aveva ottenuto la cosa da lei *vi, clam, precario*. La discussione si aggirava quindi principalmente sulle eccezioni »; pag. 123 sopra: « si sapeva chi aveva avuto l'oggetto della lite in suo potere al tempo della *fructus licitatio*, e questi doveva vincere il processo, se non risultasse l'illegittimità del suo acquisto ». Questo modo di vedere dipende dall'opinione del KAPPEYNE sulla *vis adversus edictum* (vedi sopra § 1836 a num. 41 pag. 171 (ediz. ted. parte I, pag. 227 seg.) ed inoltre con esso non si tien conto dei frequenti casi, in cui il possesso di un fondo consiste in singoli atti di disposizione. Qui è difficile, che la *fructus licitatio* offrisse occasione di dimostrare lo stato di possesso esercitato fin allora: perocchè nessuna delle parti era in potere del fondo.

che ciò fosse avvenuto, e che per di più, il che è certo meno verosimile, *post interdictum redditum* da ambedue i lati fosse stato eseguito un atto, che poteva esser considerato come *vis adversus edictum facta*, l'inopportunità del procedimento sarebbe risultata in seguito alla *fructus licitatio*. Essa sarebbe in tutti i casi risultata, là dove un terzo possedeva l'oggetto della lite in modo, che il suo possesso consisteva in un rapporto costante: contro questo rapporto doveva naufragare la presa di possesso del *plus licitans*. L'autorizzazione a quella presa di possesso data dal pretore, che dirigeva la *fructus licitatio*, era data solo partendo dal presupposto, che una delle due parti fosse in realtà possessore dell'oggetto della lite: non appena questo presupposto risultava insussistente, l'autorizzazione aveva perduto la sua forza. Per conseguenza il processo non poteva più andar oltre <sup>43)</sup>. Ed anche là dove un terzo non esercitava il possesso che con singoli atti di disposizione, la presa di possesso del *plus licitans* avrebbe pur di regola condotto a una collisione tra lui e il possessore, e avrebbe indotto questo a intervenire; anche qui dunque il processo incominciato avrebbe dovuto arrestarsi.

Intanto sembra anche in realtà probabile, che l'*Uti possidetis*, quando una parte si trovava almeno nella detenzione dell'oggetto della lite, e il terzo che aveva il possesso giuridico non interveniva, venisse continuato sino alla decisione delle sponzioni e restipulazioni bilaterali. Vero è però, che manca una testimonianza per questo caso; e sul corso ulteriore del giudizio possono soltanto farsi delle congetture.

Se nessuna delle parti poteva provare, che essa nel momento dell'*interdictum redditum* possedeva senza vizio di fronte all'altra, allora veniva con ciò a mancare nello stesso tempo la prova del vero requisito per la sponzione dell'avversario: *si adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta est*. Ciascuna delle parti doveva quindi esser re-

---

<sup>43)</sup> Questa è anche l'opinione del KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici) pag. 92: « Se si pensa alla possibilità, che nessuna delle parti abbia posseduto al tempo dell'interdetto, il maggior offerente non avrebbe allora nulla guadagnato con la sua offerta, non essendovi nessun possesso, ch'egli potesse procurarsi in base a quell'offerta ».

spinta con la sua *actio ex sponsione*, e vinceva invece nell'azione derivante dalla sua restipulazione, la quale dipendeva dal requisito opposto: *si adversus edictum praetoris possidenti adversario vis facta non est*. Ora noi abbiamo veduto <sup>44)</sup>, che le due sponzioni e le due relative restipulazioni potevano avere per oggetto una somma diversa. Quando si dava questo caso, l'una parte avrebbe dunque dovuto pagare all'altra l'eccedenza della restipulazione di quest'ultima sulla restipulazione propria.

Quanto alle azioni sussidiarie, che tenevano dietro alle azioni *ex sponsione*, in primo luogo il venir meno della *stipulatio fructuaria* sarà stato dipendente dal contenuto della sua condizione. Ma questo contenuto non ci è noto. Per quanto io veggio, si possono per esso fare tre ipotesi: 1) la vittoria dello stipulatore nella sua azione derivante dalla sponsione avversaria; 2) la sconfitta dell'avversario nella sua azione derivante dalla sponsione dello stipulatore; 3) la vittoria dello stipulatore nei giudizi sulle due sponzioni. Nel caso ordinario, nel quale il *plus licitans* non fornisce la prova necessaria, e il *minus licitans* fornisca invece questa prova, tali differenze non avrebbero avuto nessuna applicazione; e probabilmente GAIO ha innanzi agli occhi solo questo caso ordinario, quando dice (IV, 167): *Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur*. Per lo meno dal *si non probat ad se pertinere possessionem* non si può in alcun modo dedurre, che sia da accettare la forma della seconda ipotesi: pel *Cascellianum*, pel quale essa dovrebbe anche valere, l'analogia con l'azione sussidiaria di un *interdictum simplex* richiederebbe piuttosto la forma positiva: *si sponsione vicerit (sc. actor)*. Ciò posto, la forma della terza ipotesi sembrerebbe la più accettabile, ed inoltre le parole: *si secundum me iudicatum erit*, — in GAIO, IV 166 a — s'accordano benissimo con essa. Se l'accettiamo, nel caso in questione non potremo considerare la *fructuaria stipulatio* come mancata, inquantochè la condizione è adempiuta solo per una metà, e per l'altra metà non si è verificata. Ma facendo totalmente astrazione dalla re-

<sup>44)</sup> § 1838 a num. 89 pag. 475 (Ediz. ted., parte II, pag. 107).

gola: *in dubio pro debitore*, non si potrebbe in realtà trovare nessuna ragione, per la quale qui il *minus licitans* dovesse aver diritto alla *summa licitationis*: neppur egli ha dimostrato ciò, che potrebbe dargli la prevalenza.

E lo stesso risulterebbe pel *Cascellianum* e pel *iudicium fructuarium*. Il *minus licitans* non potrebbe quindi ottenere il possesso che per mezzo della *rei vindicatio*. È vero, che GAIO IV, 166 dice del *plus licitans*: *is TANTISPER in possessione constituitur*, cioè per la durata del procedimento interdittale; ma ciò va appunto inteso nel senso, che il *plus licitans* soccombente per mezzo del *Cascellianum* (o del *iudicium fructuarium*) viene costretto a restituire il possesso <sup>44a</sup>). Data l'essenza di quel rapporto di possesso di fatto, non si può parlare di una cessazione di tal rapporto prodotta senz'altro con la sconfitta del *plus licitans* nei giudizi sulle sponzioni; tanto meno nel nostro caso, nel quale al *minus licitans* manca qualunque azione poggiata sul diritto al possesso, per costringere l'avversario alla consegna del possesso <sup>44b</sup>). Il *plus licitans* dunque resta possessore in base alla sua maggiore offerta, e come tale vien senza dubbio tutelato ormai anche contro il *minus licitans* <sup>44c</sup>).

2) Viceversa s'intende di per sè, essere impossibile, che ciascuna

<sup>44 a</sup>) Il *plus licitans* conservava sicuramente il possesso, quando non si poteva venire alla decisione *ex interdicto primario* per la ragione, che l'avversario *sponiones non fecit sponsonumve iudicio non accepit*. Vedi infra num. 97 alla nota 70.

<sup>44 b</sup>) L'Eck, *Doppelseitige Klagen* (Azioni bilaterali), pag. 46 seg., non tien conto appunto della natura di *rapporto di fatto* del rapporto di possesso, per la quale esso non può mai cessare di per sè in forza di una decisione giuridica, là dove egli reputa, che con l'esito negativo del processo interdittale nel caso, in cui nessuna delle parti avesse dimostrato i requisiti dell'interdetto, la « decisione interinale » sul possesso perdesse la sua forza, e che bisognava unicamente vedere, chi ottenesse ora per primo il possesso, e domandasse a tutela di esso un interdetto. Vedi in contrario anche il KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici) pag. 92 nota 1, il quale però mi pare non abbia colto il *punctum saliens* con l'osservazione, ch'egli fa, che: « È da credere, che il possesso interinale desse al maggior offerente sufficienti mezzi per rendere impossibile, che l'altro lo prevenisse ».

<sup>44 c</sup>) Così anche il MEISCHIEDER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e tutela possessoria) pag. 94.



delle parti dimostri di avere il possesso non vizioso di fronte all'altra parte pel momento dell'*interdictum redditum*, là dove tal possesso consiste dall'una e dall'altra parte in rapporto durevole della persona colla cosa: *contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris; — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedco, tu sedere videaris* <sup>45</sup>). Non così però là, dove il possesso si esplica unicamente in singoli atti di disposizione sulla cosa, come avviene in un fondo non abitato. Qui non è in alcun modo escluso, che ciascuna delle parti possa dimostrare atti di disposizione, i quali eseguiti senza vizio di fronte all'altra, la fanno comparire come possessore pel momento dell'*interdictum redditum*. È a un caso di questa specie che bisogna perciò limitare la testimonianza espressa, che noi possediamo, per la possibilità della contemporanea *possessio ab adversario iusta* delle due parti.

L. 3 pr. D. *uti poss.* XLIII, 17:

(ULP. lib. LXIX *ad ed.*) *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum . quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam . ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.*

È vero, che in queste parole di ULPIANO si suole scorgere col SAVIGNY <sup>46</sup>) la confutazione della teoria di TREBAZIO della *possessio plurium in solidum* per mezzo dell'*argumentum ab absurdo*. E come contenuto di questa categoria, che si pretende qui confutata, si considera il principio, che a colui, il quale ha perduto *iniuste* il possesso, spettano pur tuttavia sempre gli *interdicta retinendae possessionis*.

Tuttavia sembra innanzi tutto assai dubbio, che questa sia stata realmente la teoria di TREBAZIO. Tutto quello, che ne sappiamo con certezza, si fonda sulla L. 3 § 5 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2:

(PAUL. lib. LIV *ad ed.*) *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego ali-*

<sup>45</sup>) L. 3 § 5 D. *de a. v. a. p.*, XLI, 2 (PAUL., lib. LIV *ad ed.*).

<sup>46</sup>) *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) § 11 sotto la lettera C 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 181 sagg.

*quid teneam, tu quoque id tenere videaris. SABINUS tamen scribit, eum, qui precario dederit, 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 magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.*

L'osservazione di LABEONE, che per l'essenza del possesso poco rileva, se uno possedga *iuste* oppure *iniuste*, considerata in sè stessa potrebbe pur sempre far parere dubbio, contro quale punto del principio stabilito da TREBAZIO essa sia diretta: se contro l'affermazione, che una *possessio plurium in solidum* può in genere aver luogo, o piuttosto contro l'affermazione che tale *possessio* è solo possibile tra *iustus* e *iniustus possessor*. Tuttavia questo dubbio sparisce, quando PAOLO all'osservazione di LABEONE, ch'egli dichiara espressamente giusta, aggiunge, che il possesso corporale simultaneo di più persone sulla medesima cosa è naturalmente impossibile: per conseguenza anche LABEONE ha impugnato la *possessio plurium in solidum* come tale. E solo dagli argomenti opposti dal detto giurista si può dedurre, che cosa veramente abbia voluto dire TREBAZIO con le parole: *posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse*.

Certo egli non voleva con ciò affermare, che il *fatto* del possesso come tale, cioè la detenzione materiale della cosa, possa trovarsi *in solidum* presso più persone contemporaneamente: da un lato non si può, senza esservi assolutamente costretti, dire di un giurista della sua importanza, che l'intuizione immediata della realtà gli sia mancata a tal punto, come bisognerebbe presupporre per un'affermazione di questa sorta; e d'altra parte l'obbiezione di LABEONE nulla proverebbe contro la possibilità della *corporalis possessio plurium in solidum*.

L'opinione di TREBAZIO deve piuttosto aver consistito in questo principio, che il possesso sottratto *iniuste* continua in certo modo ad aver effetto *giuridicamente* pel possessore antecedente.

Ed è difficile, che egli voglia soltanto dire, che quel possessore antecedente vince nell'interdetto *retinendae possessionis* di fronte a questo *iniustus possessor*: allora la confutazione oppostagli sarebbe una pura questione di parole <sup>46a</sup>), mentre l'indisconoscibile energia di tale confutazione dà a divedere, che si tratta di una differenza sostanziale. Ora due sono gli oggetti di una tal differenza, che possono dar luogo a questione: o il continuare del diritto agli *interdicta retinendae possessionis* anche di fronte a terzi, o il continuare della *condicio usucapiendi*.

Tuttavia non capisco, come dovrebbero le ragioni di LABEONE e di PAOLO confutare il diritto a quegli interdetti. TREBAZIO, si noti bene, parla del possesso in generale, e non del solo possesso di fondi. Ora è affatto fuor di dubbio, che l'*Utrubi*, fino alla sua prescrizione competeva anche a colui, che era stato possessore di una cosa mobile: le verità affermate, che in genere nulla importa, che alcuno possegga *iuste* o *iniuste*, e che il fatto del possesso non può riscontrarsi contemporaneamente presso più persone, non possono in nessun modo cambiare questo principio. E viceversa sarebbe affatto incomprendibile, come TREBAZIO potesse rispetto all' *Utrubi* voler limitare il diritto agli *interdicta retinendae possessionis* alla concorrenza fra *iustus* ed *iniustus possessor*: chiunque entro l'ultimo anno aveva posseduto sia *iuste* sia *iniuste*, poteva vincere con l'*Utrubi* di fronte a ogni terzo, di fronte al quale egli stesso era stato per un più lungo tempo *iustus possessor* in quest'anno.

Per conseguenza resta solo l'ipotesi, che TREBAZIO, malgrado la sottrazione di possesso avvenuta *iniuste*, facesse continuare a sussistere la *condicio usucapiendi* <sup>47</sup>). La ragione, su cui si fondava, era senza dubbio questa, che il possessore antecedente di fronte all'*iniuste a se possidens* è *potior* nell'interdetto *retinendae possessionis*, cioè di fronte ad esso vien ancora tutelato come attuale possessore. Con ciò è nello stesso tempo tracciato il limite per il perdurare

<sup>46 a</sup>) WITTE nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto civile e procedura) Nuova serie, vol. XVIII, pag. 251.

<sup>47</sup>) WITTE, loc. cit. pag. 252. Di diversa opinione il SAVIGNY, loc. cit. pag. 180 sotto la lettera A.

della *condicio usucapiendi*: questa *condicio* cessa non appena l'*iniustus possessor* da parte sua perde il possesso, sia *iuste*, sia *iniuste*. E così si spiega anche il *duos iniuste vel duos iuste non posse*: l'usucapione dell'antecedente possessore vien necessariamente interrotta, quando un terzo acquista il possesso *iuste* o *vizio*, per es. anche *precario* dall'*iniustus possessor* che sta tra loro <sup>48)</sup>.

Che in realtà l'opinione di TREBAZIO si riferisse al perdurare dell'usucapione durante il tempo del possesso di colui che possedeva *iniuste* dall'usucapiente, si deduce anche dall'opinione di SABINO premessa da PAOLO, contro la quale nè LABEONE nè PAOLO sollevano la minima obbiezione <sup>49)</sup>. Secondo tale opinione possiede tanto il *precario dans*, quanto il *precario accipiens*. Purtuttavia non si ha assolutamente nessuna notizia di un giurista romano, che abbia mai attribuito al *precario dans* l'interdetto *Uti possidetis* contro un'altra persona all'infuori del precarista; e per l'*Utrubi* nulla importa il possesso attuale. Perciò quando POMPONIO riferisce:

L. 15 § 4 D. *de prec.* XLIII, 26:

(Lib. XXIX *ad Sabin.*): *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,*

<sup>48)</sup> Ciò vale anche allorquando il precarista, il cui possesso non interrompe l'usucapione del *precario dans* (vedi infra alla nota 50), dà a sua volta il possesso *precario*. L. 19 pr. D. *de prec.* XLIII, 26 (JULIAN., lib. XLIX Dig.): *Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum rē possidere aut clam: nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt*. Per mezzo del precarista del suo precarista il primo *precario dans* non possiede nemmeno *quoad usucapionem*, perchè egli non sta con quello in nessun rapporto contrattuale, e questi non può più esser considerato come possessore, poichè fin dal primo momento non poteva usucapire. — Cfr. del resto infra nota 62.

<sup>49)</sup> Di diversa opinione il SAVIGNY, loc. cit. pag. 176 sotto il num. 4 pag. 183 sotto la lettera D; il BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern* (Il diritto del possesso presso i Romani) pag. 109 lettera β; PININSKI, *Der Thalbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht* (L'elemento di fatto nell'acquisto del possesso delle cose secondo il diritto comune) vol. II, pag. 272 nota 1.

*quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione* —

può con ciò voler parlare soltanto del perdurare della *condicio usucapiendi* presso il *rogatus* <sup>50</sup>). E questa deve considerarsi anche come l'opinione di SABINO. Essa quindi non è che una leggera imitazione del principio, posto da PAOLO a capo delle sue parole, dell'impossibilità della *possessio plurium in solidum*, qual'è riconosciuta da PAOLO stesso pel caso affine del pegno nella L. 1 § 15 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2.

L'errore di TREBAZIO stava in ciò, che egli generalizzava la decisione concernente questo caso della *vitiosa possessio*, non abbandoando all'essenziale contrapposizione della *precaria possessio* alla *violenta* e alla *clandestina possessio*. Certo il precarista è un buon possessore giuridico, come il *fur* e il *violentus possessor*; senonchè mentre il possesso di questi ultimi si fonda sulla loro volontà unilaterale, il rapporto possessorio del precarista poggia sulla concessione contrattuale fatta da parte del *precario dans*. Ma poichè questo si è riservato di poter revocare la concessione a proprio arbitrio, e quindi *non discessit animo possessione* <sup>51</sup>), allo scopo dell'usucapione

<sup>50</sup>) WITTE, loc. cit. pag. 253, il quale a ragione rinvia per la *possessio plurium in solidum*, nel senso in cui qui l'intendiamo, alle L. 1 § 15 D. *de a. v. a. p.*, XLI, 2; L. 36 *eod.*; L. 16 D. *de usurp.*, XLI, 3. Di diversa opinione il RUDORFF, Aggiunta num. 46 al *Besitz* (Possesso) del SAVIGNY, pag. 624 *seq.*, il quale riferisce la L. 15 § 4 cit. all'*Utrubi*, adducendo le L. 1 D. *Utrubi*, XLIII, 31 e L. 23 § 2 D. *de usurp.* XLI, 3. All'*Utrubi* invece dev'esser riferita la L. 13 § 7 D. *de a. v. a. p.*, XLI, 2: l'*accessio* del tempo del possesso del precarista all'usucapione del *precario dans* è semplicemente esclusa dal fatto, che il precarista stesso non può punto essere in *condicione usucapiendi*. Vedi VANGEROW, *Pand.*, vol. I § 200 nota 1 num. 3 c. — KARLOWA, *Juris Romani principia de accessionibus possessionum*, pag. 38 sq. Il MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e tutela possessoria) p. 96, intende la L. 15 § 4 cit. nel senso di POMPONIO, riferendola all'*Uti possidetis*, il quale secondo tale legge sarebbe spettato tanto al *precario dans* contro il precarista, quanto a quest'ultimo contro altri. Ma a tal riguardo i giuristi romani non hanno in realtà avuto mai dubbio alcuno: ciò risulta necessariamente dall'essenza dell'*interdictum duplex*. Vedi sopra § 1837 a num. 76 alla nota 91 pag. 365 (edit. ted. parte I, pag. 488) e infra dopo la nota 55.

<sup>51</sup>) WITTE, loc. cit. pag. 255. Cfr. RUDORFF, Aggiunte num. 48 e 49 loc. cit. pag. 625 ff. Non mi è possibile consultare lo scritto ivi citato dell'HAGENS,

il precarista può venir considerato come suo detentore<sup>52)</sup>, mentre l'*animus* del derubato e del *deiectus* resta senza effetto riguardo al possesso, perchè ad esso non corrisponde l'*animus* del *fur* e del *violentus possessor*.

Finalmente con una tale opinione si spiegano anche le obiezioni di LABBONE e di PAOLO.

Il motivo dell'interruzione dell'usucapione, vuol dire il primo, è la perdita del possesso pel fatto dell'altrui possesso in sè; la qualificazione di questo possesso altrui di fronte all'antico possessore qui in fondo non è nulla di essenziale, precisamente come non lo è in generale. E PAOLO esprime ciò col concetto generale, che il rapporto di fatto del possesso per natura sua non può trovarsi *in solidum* presso più persone contemporaneamente. Com'è noto, l'opinione della *naturalis usurpatio* per violenta o clandestina sottrazione di possesso è così universalmente invalsa, che, eccetto la nostra L. 3 pr. D. XLI, 2 non ci è pervenuta nemmeno la più leggera traccia di un'opinione diversa<sup>53)</sup>.

Se con quanto è stato fin qui detto abbiamo rettamente interpretato l'opinione di TREBAZIO sulla *possessio plurium in solidum*, ne risulta con evidenza, che ULPIANO nella L. 3 § 5 D. *uti poss.*, XLIII, 17 cit. non poteva avere lo scopo di confutarla. Del resto, qualunque sia stata l'opinione di TREBAZIO, è sempre affatto arbitrario il considerare quel passo come confutazione di essa. Ad ogni modo è innegabile, che esso non nomina punto TREBAZIO, nè dichiara erronea alcuna affermazione. Il SAVIGNY<sup>54)</sup> infatti trova la giustifica-

---

sul possesso simultaneo, che secondo la L. 15 § 4 D. *de precario* ha luogo presso il *precario rogans* e il *rogatus*.

<sup>52)</sup> Appunto perciò l'usucapione del *precario dans* è anch'essa interrotta necessariamente dalla perdita del possesso da parte del precarista, come quella del pignorante dalla perdita del possesso da parte del creditore pignoratizio, o quella di chi possiede per mezzo di un detentore, dalla perdita della detenzione da parte di questo. L. 33 § 4 D. *de usurp.* XLI, 3. WITTE, loc. cit. pag. 255

<sup>53)</sup> L. 5 D. *de usurp.*, XLI, 3 GAI., hb. XXI, *ad ed. prov.*): *Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur, vel alicui res eripitur etc.*

<sup>54)</sup> Loc. cit. pag. 182 seg.

zione esteriore per la sua opposta interpretazione unicamente nel modo di esprimersi, secondo lui ipotetico, di ULPIANO (*si quis proponeret*): egli reputa, che ULPIANO ammette per un momento come vera l'opinione da lui combattuta, per mostrare come si dovrebbe giudicare secondo essa l'interdetto *Uti possidetis*, e poi farne toccare con mano l'insostenibilità mercè la conseguenza, che ne deduce. Però pel caso, in cui il *iustus possessor* contende circa il possesso collo *iniuste a se possidens*<sup>55</sup>), la frase affatto positiva « *superior sum interdicto* » non lascia in nessun modo adito al significato di una decisione ipotetica di ULPIANO<sup>56</sup>). Con ciò sarebbe tuttavia escluso di per sè l'uguale significato anche per l'altro caso, nel quale un *iustus possessor* sta di fronte a un *possidens iniuste, ma non a se* (*si vero non a me possides vi aut clam*): il « *neuter nostrum vincitur* » è un'opinione personale di ULPIANO<sup>57</sup>). Ben lungi dal combattere una opinione altrui, egli sostiene due principii:

1.° che il possessore anteriore vince nell'*Uti possidetis* di fronte a colui, che possiede *vizio* da lui<sup>58</sup>);

2.° che in certe circostanze tra due, che posseggono senza vizio l'uno di fronte all'altro, l'*Uti possidetis* resta senza effetto.

E quest'ultima osservazione è quella, di cui bisogna tener conto nella teoria, che andiamo esponendo.

La vera difficoltà sta solo nello stabilire l'elemento di fatto, di cui ha inteso parlare ULPIANO.

<sup>55</sup>) Possiamo qui non occuparci del fatto, che il SAVIGNY, senza alcun appoggio in questo testo, anzi piuttosto contro la sua naturale interpretazione, e in ogni caso disconoscendo l'essenza della duplicità, opina, che ULPIANO presupponga solo il caso, in cui non il *iustus* ma l'*iniustus possessor* voglia far uso dell'interdetto. Vedi in contrario il WITTE, *Interdictum Uti possidetis* pag. 70.

<sup>56</sup>) WITTE, loc. cit. pag. 70 seg. — ECK, *Doppelseitigen Klagen* (Azioni bilaterali) pag. 51.

<sup>57</sup>) Così giustamente il BEKKER, *Das Recht des Besizes bei den Römern* (Il diritto del possesso presso i Romani) pag. 110. Lo KNIEP, *Vacua possessio*, vol. I, pag. 183 seg., dubita. PININSKI, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, vol. I, pag. 225 alla nota 1, vol. II, pag. 273 nota 1 pag. 272 in fine.

<sup>58</sup>) RUDORFF, Aggiunta num. 137 al *Besitz* (Possesso) del SAVIGNY, pag. 697 e segg.

Abbiamo già notato <sup>59)</sup>, che può trattarsi soltanto di un rapporto possessorio, che consista in singoli atti di disposizione, che cioè dobbiamo presupporre come oggetto del possesso un fondo non abitato.

Chi esegue in un fondo siffatto atti di disposizione *vi, clam* o *precario* (A), ottiene, è vero, con ciò di fronte a terzi il diritto di esser tutelato nel suo possesso, ma di fronte a colui, che ha posseduto finora (B), deve soccombere nella lite circa il possesso. Ma qual trattamento ha egli di fronte a colui (B), il quale è stato autorizzato ad atti di possesso dal precedente possessore (C), in altri termini ha preso possesso *traditione*, quindi *iuste*, dopochè l'altro (A) era già divenuto possessore *vi, clam* o *precario*? Il far soccombere quest'ultimo (A) anche di fronte a quello (B), non è certo giusto: di fronte a quello (B) esso (A) possiede *sine vitio*. Ma viceversa non vi è nemmeno alcuna ragione, perchè quello (B) debba esser vinto da questo (A): quello infatti possiede senza dubbio anche di fronte a questo *sine vitio*, per lo meno allorquando nel momento della propria presa di possesso nulla sapeva, che quegli aveva acquistato il possesso. Qui dunque nessuna delle parti sarà vinta, domandando di esser tutelata in forza del proprio possesso <sup>60)</sup>; *neuter nostrum vincetur*.

Lo stesso non potrebbe ammettersi pel caso, in cui anche la seconda parte (B) di fronte al precedente possessore (C) ha eseguito atti di possesso viziosi, dopochè lo stesso era già stato fatto dalla prima parte (A). Perocchè sebbene quest'ultima (A) nell'*Uti possidetis* sarebbe vinta dall'antico possessore (C), non solo essa possiede *sine vitio* di fronte all'altra parte (B), ma questa (B) possiede di fronte ad essa (A) *iniuste* <sup>61)</sup>.

---

<sup>59)</sup> pag. 184. Di ciò appunto non ha tenuto conto il BEKKER, loc. cit. pag. 110; perciò non ha potuto ben rappresentarsi il rapporto.

<sup>60)</sup> Un'altra questione è il sapere, se quella parte, la quale dall'antico possessore era stata autorizzata a fare quegli atti di possesso, in forza dell'interdetto cedutole da questo debba vincere nella lite sul possesso.

<sup>61)</sup> Riguardo alla *possessio plurium in solidum* risulterebbe adunque quanto segue:



Perciò doveva ULPIANO limitare l'esame della *possessio plurium in solidum quoad interdicta* <sup>62)</sup> relativa da lui riconosciuta al caso della concorrenza tra *iusta* e *iniusta possessio*; e così si spiega quel *si quis proponeret possessionem iustam et iniustam* <sup>63)</sup>, non ipotetico, ma restrittivo <sup>63a)</sup>.

a) Nel senso *naturale*, cioè quale materiale facoltà di disporre della cosa, la *possessio plurium in solidum* è necessariamente esclusa, perchè impossibile.

b) Nel senso *giuridico* invece, cioè per ciò che è degli effetti giuridici di un possesso perduto o attuale, si può parlare di una *possessio plurium in solidum* in tre rapporti diversi:

1.° In certi casi alcuno continua un'usucapione incominciata sebbene un altro abbia gli *interdicta retinendae possessionis*;

2.° di fronte all'*iniustus possessor* colui, dal quale egli possiede *vizio*, vien tutelato con questi interdetti, mentre quegli può valersene con successo contro ogni terzo;

3.° chi con singoli atti di disposizione ha acquistato *vizio* il possesso di un fondo non abitato, vien tutelato con quegli interdetti di fronte ai terzi, non però di fronte a colui, dal quale possiede *iniuste*, nè di fronte a colui, che ha acquistato il possesso da questo *traditione*; e quest'ultimo ha dal canto suo quegli interdetti contro tutti i terzi, non però di fronte a colui, che possiede *iniuste* dal suo tradente.

<sup>62)</sup> Forse era appunto questo, che voleva dire GIULIANO nella L. 19 pr. D. *de prec.*, XLIII, 26. Cfr. sopra num. 48.

<sup>63)</sup> Dunque *si* = semprechè.

<sup>63 a)</sup> Lo SCHEURL, *Zur Lehre vom römischen Besitzrecht* (Circa la dottrina del diritto di possesso romano) (nei *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts* (Nuovi contributi alla elaborazione del diritto romano) fasc. II) pag. 45 seg., immagina diversamente il caso della L. 3 pr. cit. Secondo questo scrittore, B nell'assenza del *iustus possessor* A ha preso possesso clandestinamente del fondo posseduto da quello senza un possessore intermediario, poi C si mette in possesso del fondo in modo clandestino rispetto a B oppure espellendo B, senza che A abbia finora nulla risaputo della presa di possesso di B o di C, cosicchè egli deve ancora venir considerato quale giuridico possessore del fondo. Venuto a sapere, che C ne ha preso possesso, non si cura di accertarsi, se C si opporrà con la violenza al suo ritorno nel fondo, e nemmeno depone la volontà di possedere, ma domanda al pretore l'emanazione dell'*Uti possidetis* tra lui e C. Qui, opina lo SCHEURL, nel *iudicium* risulterà, che ambedue debbono esser riconosciuti come giuridici possessori, ed anche che C non ha preso il possesso *clam* o *vi* da A, giacchè egli non se n'è impadronito nè per mezzo di una *vis atrox* contro A, nè occultandosi di fronte a questo. A me pare, che l'errore dello SCHEURL stia in ciò, che egli considera ancora A come giuridico possessore: non appena A ha avuto notizia dell'acquisto del possesso di C, deve tentare di riaffermarsi nel pos-

Come si svolge ora il procedimento dell'*agere ex interdicto* in pratica?

Ciascuna delle parti comprova atti di disposizione, i quali, esenti da vizio di fronte all'altra, la fanno comparire come possessore nel momento dell'*interdictum redditum*. Ciascuna delle parti perciò, precisamente all'opposto che nel caso trattato sotto il numero 1), nel quale nessuna delle parti fornisce questa prova, deve vincere nell'azione derivante dalla sponzione dell'avversario, e perdere invece nell'azione derivante dalla propria restipulazione.

Rispetto alle azioni sussidiarie possiamo ripetere semplicemente ciò che abbiamo osservato su quel primo caso: la *fructuaria stipulatio* resta valida; il *minus licitans* non può vincere nè nel *Cascellianum*, nè nel *iudicium fructuarium*; il *plus licitans* conserva quindi il possesso<sup>63b</sup>).

97. Gli *interdicta secundaria* nell'*Uti possidetis*, come abbiamo veduto, ricevono fondamento in tutti i casi, in cui l'una o l'altra delle parti, omette quegli atti, che in quella fase del processo essa deve compiere, affinchè questo prosiegua.

Gli ultimi di questa serie di atti sono la cooperazione alle sponzioni, per l'una nella qualità di stipulatore, per l'altra nella qualità di promissore, e la cooperazione alle corrispondenti restipulazioni in qualità inverse; poscia l'istituzione dell'azione in base di quelle tra queste quattro stipulazioni, nelle quali la parte che agisce è stipulatore (atto, di cui GAIO IV, 170 poteva tralasciar di far menzione, perchè era assai difficile, che venisse tralasciato, una volta che le stipulazioni erano state concluse); e finalmente la comparizione di fronte alle due azioni derivanti da quelle tra queste stipulazioni, nelle quali la parte che comparisce è promissore. Tutti gli atti suddetti, come abbiamo visto<sup>64</sup>), debbono venir eseguiti in quell'udienza del *rerum actus*, nella quale il processo sull'interdetto istrutto sino a quel momento

---

sesso, altrimenti perde il possesso *animo*; e se il suo tentativo vien respinto da C, questi possiede ora *vi* da lui. Vedi BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie) pag. 144 segg. pag. 158 seg.

<sup>63 b</sup>) Così anche lo SCHEURL, loc. cit. pag. 46.

<sup>64</sup>) Vedi sopra § 1838 a num. 90 pag. 479 (ediz. ted. parte II, pag. 112 e segg.).

come *iudicium duplex* giunge alla soluzione. Se uno di essi viene omissso, il procedimento non può proseguire oltre in questo modo: a farlo proseguire la parte avversaria può impetrare l'*interdictum secundarium*, che le circostanze richieggono. Ciò vale rispetto ai necessari atti di difesa, anche quando essi vengano omisssi per assenza dell'avversario <sup>65</sup>). Per conseguenza qui non ha luogo l'effetto, che ha negli *interdicta simplicia* la mancata difesa, cioè non ha luogo la « *missio in bona cum venditionis effectu* » <sup>66</sup>). Invece l'esistenza degli *interdicta secundaria* non mi sembra si opponga all'ipotesi, che anche negli *interdicta duplicia* ciascuna delle parti nella sua qualità di convenuto dovesse assicurare all'altra la sua comparizione mediante *vadimonium*, e che nel caso, che essa non comparisse, perdesse il *vadimonium* prestato. In quanto il *secundarium* conseguibile contro colui, che non era comparso, non forniva all'avversario il risarcimento del danno cagionatogli da tale non comparizione, per esempio riguardo alle spese causate dalla propria comparizione all'udienza, era un naturale debito di giustizia, il riparare a questo danno per mezzo del *vadimonium*.

Del restante tra i *cetera ex interdicto Uti possidetis*, la cui omissione far sorgere il *secundarium*, non va posta l'istituzione dei *iudicia secutoria* da un lato, la comparizione in tali giudizi dall'altro lato: riguardo alle azioni sussidiarie il procedimento non è più un *iudicium duplex*. Quindi se il *minus licitans* avesse tralasciato di sollevare eventualmente, nello stesso tempo che le azioni *ex sponsione*, anche le azioni sussidiarie, ciò non avrebbe in alcun modo interrotto l'ulteriore corso del processo quale processo duplice. Il *minus licitans* vincitore avrebbe potuto esercitare dappoi separatamente le azioni sussidiarie, purchè egli avesse evitato l'*exceptio litis residuae* <sup>67</sup>). Vi-

<sup>65</sup>) Anche la comparizione come tale (*iudicium accipere* in questo senso) nella procedura formulare può non solo venir a mancare per l'assenza del convenuto nell'udienza della contestazione della lite, ma anche pel suo rifiuto di sottomettersi alla formula ottenuta contro di lui dall'attore. Vedi Wlassak, *Die Litiscontestation im Formularprozess* (La contestazione della lite nella procedura formulare), Lipsia 1889 sotto il num. IV, pag. 23-42.

<sup>66</sup>) Vedi sopra § 1833 a num. 90 pag. 483 (ediz. ted. parte II, pag. 117 alla nota 50 § 1836 b num. 91 pag. 488 (ediz. ted. parte II, pag. 124) alla nota 8.

<sup>67</sup>) Il fatto, che nel momento della contestazione della lite nelle azioni delle

ceversa è difficile, che si desse il caso, che il *plus licitans*, che soddisfaceva ai *cetera ex interdicto*, si sottraesse alla discussione delle azioni sussidiarie: egli doveva, per rispondere alle azioni *ex sponsione*, esser presente nell'udienza del *rerum actus*, che aveva luogo per la *litis contestatio* di quelle azioni; or quando le azioni sussidiarie venivano sollevate in eventuale cumulazione con quelle, non potendovi essere una ragione per ricusarne l'accettazione, avveniva quasi necessariamente anche l'*accipere iudicia* per le une e per le altre nello stesso tempo.

Se la parte, la quale *cetera ex interdicto facere non vult* non è presente *in iure*, l'altra può impetrare subito il *secundarium* del caso <sup>67a</sup>). Ciò vale, come abbiamo veduto <sup>67b</sup>), anche allorquando una parte immediatamente dopo l'emanazione del *primarium* dichiara, che essa non eseguirà i *cetera*: qui adunque *primarium* e *secundarium* vengono emanati nella medesima udienza. Se quella parte è assente, s'intende di per sè, che per l'*impetratio interdicti* è necessaria innanzi tutto una nuova *in ius vocatio*.

Ma anche quando, come qui, l'emanazione del *secundarium* ha luogo nell'udienza del *rerum actus*, nella quale avrebbero dovuto esser eseguite le sponzioni in base all'*interdictum duplex*, e la *litis contestatio* delle azioni derivanti da queste sponzioni e dai *iudicia secutoria*, non può mai essere istituito in quella medesima udienza un tribunale di giudici giurati come *iudicium ordinarium* sull'*interdictum secundarium*. Se l'interdetto emanato è il proibitorio, ciò si capisce senz'altro: un *agere* in base a tale interdetto richiede una *vis adversus edictum facta*, che a quel tempo non può ancora essere avvenuta. Se poi il *secundarium* emanato è il restitutorio, l'impetrato ha bensì la facoltà di domandare subito un *arbiter*; ma anche se questo viene preso dal numero dei *iudices legitimi*, ciò non avviene per necessità giuridica, come nei *iudicia ordinaria*, ma soltanto o in forza di un

---

sponzioni i diritti perseguiti con le azioni sussidiarie in realtà erano ancora condizionati, non credo potesse opporsi a questa *exceptio*.

<sup>67 a</sup>) Dato, beninteso, che si tratti di un'udienza, in cui il pretore possa in genere emanare interdetti. Vedi sopra § 1838 num. 82 pag. 398 (ediz. ted. parte II, pag. 3).

<sup>67 b</sup>) Vedi sopra § 1836 c num. 56 pag. 240 (ediz. ted. parte I, pag. 320).

accordo delle parti, o, mancando tale accordo, ad arbitrio del pretore<sup>68</sup>). Se pur tuttavia l'impetrato tralascia di domandare un *arbitrator* nella medesima udienza, nella quale è stato emanato il *secundarium*, il procedimento *per sponsionem* ormai divenuto necessario non può iniziarsi che nel prossimo *rerum actus*; per l'attuale esso non è stato notificato.

L'efficacia del *secundarium*, come abbiamo già veduto<sup>69</sup>), è affatto indipendente dalla probabilità, che vi sarebbe stata per l'impetrato, di venir vinto nel *primarium* regolarmente svolto, o viceversa di vincere: tralasciando i *cetera ex interdicto* egli perde irrimediabilmente la facoltà di far valere quei fatti, che l'avrebbero potuto condurre a una vittoria nel *primarium*, — nell'*Uti possidetis* quindi egli perde segnatamente la facoltà di far valere il proprio possesso non vizioso, o la viziosità del possesso dell'avversario.

Dove il possesso dell'impetrante è l'effetto della circostanza, che egli nella *fructus licitatio* ha fatto la maggior offerta, là si ha di nuovo<sup>70</sup>) un caso, in cui il possesso del *plus licitans*, in massima stabilito solo per la durata del procedimento dell'*interdictum duplex*, e quindi interemistico, si trasforma in un possesso durevole, il quale non può più essere attaccato dal *minus licitans* per mezzo di un interdetto sia *retinendae* sia *recuperandae*<sup>70a</sup>) *possessionis*.

Del resto le notizie tramadateci da GAIO IV, 170 i. f. (Cod. Ver. p. 246 v. 10 sqq.), malgrado le moltissime lacune, lasciano comprendere con sufficiente certezza, che riguardo all'*interdictum secundarium* v'era presso i Romani una discrepanza di opinioni, la quale, a quanto pare, venne risolta contro l'opinione condivisa da SABINO e CASSIO<sup>71</sup>). Però ci manca qualunque indizio per sapere, intorno a che essa si aggirasse<sup>71a</sup>).

<sup>68</sup>) Vedi infra § 1838 d num. 99 in princ.

<sup>69</sup>) Vedi sopra § 1836 c num. 54 pag. 223 (ediz. ted. parte I, pag. 297).

<sup>70</sup>) Cfr. sopra num. 95 in f. pag. 529 (ediz. ted. parte II, pag. 177), num. 96 pag. 532 e pag. 542 ediz. ted. parte II, pag. 182 e seg. e pag. 196).

<sup>70 a</sup>) Perocchè tralasciando i *cetera* il *minus licitans* ha anche perduto la facoltà di far valere la viziosità del possesso dell'avversario.

<sup>71</sup>) Nel loc. cit. è detto v. 10: *per interdictum secundarium* — v. 13: — *secundarium* — v. 14: — *quamvis hanc opinionem* — v. 15: *Sabinus et Cassius secuti fuerint*.

<sup>71 a</sup>) A ragione l'edizione di KRÜGER e STUEMUND osserva su questo passo (Cod. Veron. pag. 246 v. 6-24): — *ars nesciendi exercenda est*.

Nessun dubbio fondato ci vieta di ammettere, che, conforme ai principii generali <sup>71b)</sup>, per le pretese materiali fondate sul *secundarium* veniva conferito accanto all'*actio ex sponsione* un *iudicium secutorium* <sup>71c)</sup>; e che dopo l'emanazione del *secundarium restitutorium* l'impetrato poteva domandare una *formula arbitraria* <sup>71d)</sup>.

Se del resto la prescrizione della sponsione stabilita nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17 <sup>71e)</sup>, secondo la restituzione dell'editto del LENEL, va riferita anche alla sponsione dell'*interdictum secundarium*, o, per dir meglio, se anche questa sponsione doveva sottostare alla prescrizione, appare evidente, che questa comincia a decorrere da un momento affatto diverso, a seconda che il *secundarium* viene in applicazione come *restitutorium* o come *prohibitorium*. Nel *restitutorium*, che presuppone il possesso di fatto dell'impetrato, si riscontra immediatamente il motivo per la provocazione alla sponsione: il diritto alla sponsione quindi comincia a prescriversi subito *ex interdicto reddito*, non appena *primum experiundi potestas est*. Invece la sponsione del *secundarium prohibitorium* può aver luogo solo allorquando l'impetrante può già affermare una *vis adversus edictum facta*: quindi solo a cominciare da una tale *vis*, presupposta l'*experiundi potestas*, può cominciare la prescrizione.

L'effetto della prescrizione della sponsione *ex secundario restitutorio* è questo, che l'impetrante non può mai far più valere pretese al possesso contro l'avversario, e questi deve quindi venir considerato come *iustus possessor* anche di fronte a lui. La prescrizione della sponsione *ex secundarium prohibitorium* priva l'impetrante solo della facoltà di perseguire in giudizio la turbativa avvenuta, a cagion della quale egli avrebbe potuto provocare la sponsione. Quindi, se egli malgrado questa turbativa è rimasto nel possesso, nulla gli vieta di dar luogo a una sponsione per ogni turbativa posteriore, sia pure della stessa specie. Se invece la turbativa prescritta l'ha privato del

<sup>71 b)</sup> Vedi sopra § 1838 b num. 92.

<sup>71 c)</sup> MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz* (Possesso e tutela possessoria) pagina 445. — KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni) pag. 177.

<sup>71 d)</sup> Vedi sopra § 1838 b num. 93 alla nota 48 pag. 505 (ediz. ted. parte II, pag. 146).

<sup>71 e)</sup> Vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 372 (ediz. ted. parte I, pag. 497).

possesso, egli ora non è più in grado di sollevar pretese di sorta a causa del suo antico possesso; e invero anche l'interdetto *Unde vi* si sarebbe prescritto, e al massimo avrebbe potuto esser permessa un'*actio in factum* per l'arricchimento dell'avversario.

98. Sulla procedura degli altri *interdicta duplicia* non abbiamo notizie.

Abbiamo già sopra veduto <sup>72)</sup>, come dietro a ogni *interdictum duplex* stesse un *secundarium* pel caso, che una delle parti non eseguisse i *cetera ex interdicto*. Resta solo da risolvere la questione, se fra questi *cetera* si debba annoverare la *fructus licitatio* in tutti gli *interdicta duplicia*.

Secondo quello che si dice nella L. 1 § 2 i. f. D. *de superf.* XLIII, 18 <sup>73)</sup>, ciò è molto probabile per l'interdetto *de superficiebus* <sup>74)</sup>.

Anche nell'interdetto *Uti possidetis utile* per la *quasipossessio* dell'usufrutto e dell'uso può ritenersi, che nulla si opponga decisamente ad ammettere la medesima procedura. È vero, che agli antichi non era sembrato elegante il parlare di *ususfructus fructus*; eppure sull'autorità di PROCULO era stata introdotta nella *petitio ususfructus* una condanna del *possessor* riguardo ai frutti <sup>75)</sup>. Parrebbe quindi affatto ammissibile anche una *fructus licitatio*.

Perchè dovrebbe essa sembrare inconcepibile nell'*interdictum duplex de aqua*? non è anzi essa qui appunto un mezzo particolarmente acconcio a stabilire lo stato di cose interemistico indispensabile per la durata del processo?

Finalmente rispetto all'*Utrubi* la sua possibilità non è punto da mettere in dubbio. Nè ha valore contro di essa la considerazione, che

<sup>72)</sup> Vedi sopra § 1836 b num. 53 in f. pag. 220 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 294 seg.) e § 1836 c num. 54 pag. 221 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 295 e seg.).

<sup>73)</sup> ULP., lib. LXX, ad. ed.: — *omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.*

<sup>74)</sup> RUDORFF nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto) vol. XI, pag. 354.

<sup>75)</sup> L. 19 pr. D. *de usur.*, XXII, 1 (GAL. lib. VI ad *legem XII tab.*): « *Uideamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor. quid enim si — usum fructum — petierit? — neque usus fructus rursus fructus eleganter computabitur. — si usus fructus petitus sit, PROCULUS ait in fructus perceptos condemnari.* » RUDORFF, loc. cit.

il possesso di cose mobili, astrazione fatta dagli schiavi e dagli animali domestici e selvatici addomesticati, presuppone una *custodia* durevole, e che perciò abbia potuto parere più opportuno il dare il possesso interemistico alla parte, che dimostrava questa *custodia* pel momento dell'*interdictum redditum* <sup>76</sup>). Perocchè anche il possesso di fondi consiste non di rado in un rapporto durevole; eppure non si osserva perciò nessuna differenza: nell'*Uti possidetis* anche in questo caso ha luogo la *fructus licitatio* <sup>77</sup>).

Non bisogna però dimenticare, che se la *fructus licitatio* si addimustra possibile in tutti gli *interdicta duplicia*, non si ha con ciò in nessun modo la prova, che essa avesse veramente luogo, ma al massimo una più o meno grande probabilità <sup>78</sup>).

§ 1838 d.

2) *La formula arbitraria* <sup>1)</sup>.

99. Secondo le parole di GAI<sup>IO</sup> IV, 141, 162 sqq. e di ULPIANO, *Fragm. Vindob.* V (Kb.), già sopra riportate <sup>2)</sup>, negli interdetti imperativi c'era una via per evitare la pericolosa procedura per sponzione. Bastava, che l'impetrato nella medesima udienza, in cui era stato emanato l'interdetto, domandasse un *arbiter*. Questo veniva allora senza dubbio subito nominato, e ciò, ove fosse possibile, secondo l'accordo delle parti, e in mancanza di tale accordo dal pretore <sup>3)</sup>.

<sup>76</sup>) Così per es. WITTE, *Interdictum Uti possidetis*, pag. 54 seg.

<sup>77</sup>) Sul momento, in cui presumibilmente aveva luogo la *fructus licitatio* vedi sopra § 1836 a num. 45 in f. pag. 201 (ediz. ted. parte I, pag. 268) alla nota 65.

<sup>78</sup>) Così difatti il KELLER, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto) vol. XI, pag. 319, in senso affatto contrario opina, che la *fructus licitatio* sembra non esser stata eseguita nè nell'*Utrubi*, nè in quei casi dell'*Uti possidetis*, nei quali si trattava, non di possesso di cose, ma di possesso di diritti.

<sup>1</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 262-270.

<sup>2</sup>) Vedi sopra pag. 460 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 86 seg.).

<sup>3</sup>) Vedi O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano) pag. 270 segg. Cfr. L. 21 pr. D. *quod vi*, XLIII. 24: — a iudice, qui ex hoc interdicto sumptus esset. Vedi sopra § 1838 b num. 93 nota 31 in f. pag. 497 (ediz. ted. parte II, pag. 136).



Quindi all'opposto che nella procedura *per sponsonem*, la quale, come abbiamo veduto, era vincolata necessariamente al *rerum actus* <sup>4)</sup>, la procedura per *formulam arbitriam*, non essendo della competenza di un *iudex* preso dall'*album iudicum selectorum*, aveva luogo anche indipendentemente dal *rerum actus*, *extra ordinem* in questo senso <sup>4a)</sup>.

Appunto l'acceleramento della decisione, che così si otteneva, può anche darci la ragione, per la quale l'impetrato, che sceglieva questa via, nel caso della sua condanna, andava esente da una pena processuale, *sine poena*. E viceversa da questo punto di vista la pena processuale della *sponso* trova una spiegazione più soddisfacente di quella, che si può desumere dal contrapposto tra *iudicia ordinaria* da un lato e *iudicia extraordinaria* dall'altro. Perocchè è certo un ripiego affatto insufficiente il considerare, come fa il KELLER <sup>5)</sup>, quella pena come una giusta punizione per la voluta renitenza o la biasimevole indifferenza dell'impetrato di fronte al comando del magistrato <sup>6)</sup>. Prima dell'impartizione della *formula arbitriam* colui che era colpito dall'ordine dell'interdetto poteva evitare la *poena sponsonis* solo soddisfacendo l'impetrante <sup>6a)</sup>; ora poteva chiamarsi renitenza o indifferenza di fronte al comando del magistrato, se l'impetrato non sapeva decidersi a farlo, nella convinzione del suo buon

<sup>4)</sup> Vedi sopra § 1838 a num. 90 pag. 479 seg. (ediz. ted. parte II, pagina 112 seg.) alla nota 46 § 1838 b num. 91 pag. 490 (ediz. ted. parte II pag. 126) alla nota 12 e segg.

<sup>4 a)</sup> Così già il RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto) vol. II, pag. 10 nota 26, il quale però ha tralasciato di trarne ulteriori conclusioni.

<sup>5)</sup> *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del diritto) vol. XI, pag. 309 segg. *Römischer Civilprocess* (Procedura civile romana) § 76 alla nota 878 6.<sup>a</sup> ediz. pag. 382.

<sup>6)</sup> Vedi infra num. 100 dopo la nota 19. — Cfr. lo SCHMIDT, loc. cit. p. 265 seg., il quale a ragione rigetta questa spiegazione, ma confessa sinceramente di non poterne dare nessuna migliore. Il suo tentativo, del resto riconosciuto da lui medesimo come insufficiente, di riporre la ragione della mancanza di pericolo della procedura per *formulam arbitriam* in ciò, che nella domanda di questa formula c'è la confessione del proprio obbligo (GAIO, IV, 170 in f.), a prescindere totalmente dal fatto, che l'opinione dominante dei Romani non scorgeva in essa una *confessio*, si dimostra vano già in forza dell'osservazione, che abbiamo fatto sopra § 1838 num. 84 pag. 25 seg. contro il DEMELIUS. Cfr. anche SCHMIDT, loc. cit. pag. 319.

<sup>6 a)</sup> Cfr. infra num. 101.

diritto, convinzione in realtà certo erronea, ma subbiettivamente forse ben fondata ed eventualmente rafforzata dal consiglio di persone esperte? — Oltre di che sarebbe difficile il capire, per qual ragione questa pena non andasse a profitto dell'erario <sup>6b)</sup>, ma a profitto dell'avversario. E per di più non si comprenderebbe, perchè l'impetrante, che soccombeva, dovesse pagare la stessa pena: egli non era stato nè renitente nè indifferente verso un comando del magistrato.

In realtà la *poena sponsionis* si basa su di un concetto, che s'accorda pienamente coll'essenza dell'*ordo iudiciorum*.

Infatti il differimento della decisione di una lite cagionato dall'*ordo* conteneva per l'attore, che piativa con un buon fondamento, una indisconoscibile durezza. Il diritto perfezionato compensò in molte azioni tale durezza col far aumentare ad arbitrio del giudice l'obbligazione del convenuto nel caso di ritardo da parte sua o di cognizione dell'azione istituita. Ma nell'antico diritto non v'era tale possibilità, e anche più tardi non v'era poi in tutti i casi. Qui doveva sembrare sommanente opportuno il far scontare al convenuto mediante il meccanismo procedurale, di aver con così sensibili effetti protratto il soddisfacimento dell'attore con la sua infondata contraddizione, sia impugnando la domanda dell'attore, sia per lo meno non dando luogo a una rapida decisione con l'intesa circa una persona di fiducia, che il magistrato potesse subito nominar *iudex*. Da questo concetto sono derivati un gran numero di istituti particolari della procedura romana antica, segnatamente la *poena sacramenti* <sup>7)</sup>, la *sponsio tertiae partis*

---

<sup>6 b)</sup> Come la multa ammessa dall'HUSCHKE per la primitiva procedura interdittale. Precisamente partendo da questa ipotesi la *poena sponsionis* è doppiamente inesplicabile, come sembra che senta anche il RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto) vol. II, pag. 180 alla nota 27. Cfr. anche infra nota 7.

<sup>7)</sup> A prima vista potrebbe parere, che contro quest'affermazione potesse farsi valere in senso inverso la stessa ragione allegata sopra nel testo dopo la nota 6 contro il carattere di pena inflitta per la disobbedienza affermata per la *poena sponsionis*, rilevando cioè, che quella pena va a beneficio dell'avversario, e osservando, che, se il *sacramentum* fosse stato un'ammenda pel ritardato soddisfacimento dell'attore, non avrebbe dovuto andare a beneficio dell'erario, ma dell'avversario. Senonchè è evidente, che la coazione a un sollecito soddisfacimento dell'attore prodotta dal pericolo del *sacramentum* ri-

nella *condictio certae pecuniae creditae* <sup>7a</sup>), la *poena dupli* nella *legis actio* per *manus iniectioem* e nell'*actio iudicati*.

donda a vantaggio dell'attore, anche quando l'ammenda va nella cassa dello Stato, mentre pel magistrato o per lo Stato offeso dalla disobbedienza non v'è alcuna soddisfazione nel fatto, che l'ammenda inflitta per tale disobbedienza è pagata a un privato.

Secondo la congettura dell'HARTMANN, l'accento dell'ammenda processuale (*eaeque actio proinde periculosa erat*) per l'*actio sacramenti* quale *actio generalis*, cioè generalmente applicabile e perciò vincolata al *rerum actus*, in GAIO, IV, 13 serve, astrazione fatta dagli *arbitria* in questo senso (*Gerichtsverfassung*, pag. 268 segg.), a denotare il contrapposto alla *legis actio per iudicis postulationem* applicabile solo dietro accordo delle parti, e lecita in ogni tempo, la quale si svolgeva appunto *sine poena*, perchè non portava con sè quel molesto ritardo.

Si noti ancora, che la *rei vindicatio per sponsonem mere praecudicialem*, sebbene vincolata al *rerum actus*, non s'oppona al principio affermato nel testo: il rivendicante vittorioso riceve qui soddisfazione per l'indugio sofferto mercè la *cautio pro praede litis et vindiciarum*; questa è diretta al risarcimento del *duplum* dei frutti.

<sup>7 a</sup>) In presenza della L. 38 § 7 D. *de usur.*, XXII, 1 e segnatamente della L. 31 pr. D. *de R. Or.*, XII, 1, secondo le quali nella *condictio certae rei* i frutti e gli altri accessori vengono accordati solo dal momento della constatazione della lite, la ragione addotta nel testo ci fa ritenere non improbabile, che la *sponsio tertiae partis* avesse luogo anche in essa, e non soltanto nella *condictio certae pecuniae numeratae*; che questa *sponsio* quindi presumibilmente sia stata introdotta per la *legis actio per conditionem*, oltre che con la *lex Silia*, anche con la *lex Calpurnia*. Per conseguenza bisogna intendere per la *certa pecunia credita* di GAIO, IV, 13 e 171 qualsivoglia oggetto precisamente determinato del patrimonio, conformemente alle L. 178 pr., L. 222 D. *de V. S.*, L, 16, L. 2 § 1 d. Cod. *de const. pec.*, IV, 18. GAIO, III, 124. — KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni) pag. 276 segg. Però io non vorrei fondare con lui ciò sulla ragione, che la *condictio* è quella *legis actio*, nella quale « la *sponsio* prese il posto del *sacramentum* ». Questa mi sembra anzi una *petitio principii*, la quale è per di più confutata da GAIO, IV, 12, in quantochè ivi la circostanza, che dà il nome alla *legis actio per conditionem*, e che quindi è senza dubbio per lo meno essenziale in prima linea, è riposta nel *condicere*, *ut ad iudicem capiendum die trigesima adsit adversarius*. Con ciò si vuol certamente accennare a un particolar modo di nominare il *iudex*, diverso da quello della *legis actio sacramenti*, analogamente all'accento contenuto nel nome di *legis actio per iudicis arbitrivi postulationem*. Questo particolar modo, secondo l'opinione di O. E. HARTMANN, era il seguente: l'attore proponeva il *iudex*, scegliendolo dall'*album iudicum selectorum*, e l'avversario doveva accettare il giudice proposto, a meno che non volesse ricusarlo con giuramento come sospetto di parzialità. Il diritto dell'attore di proporre il

Viceversa partendo da questa opinione non può far meraviglia, che l'attore, il quale espone l'avversario al pericolo di una pena processuale, debba sottostare a un pari pericolo, pel caso ch'egli soccomba, là dove il meccanismo procedurale lo permetta.

A questa specie di istituti appartiene anche la nostra *poena sponsionis ex interdicto*, e in modo così indissolubile, che con lo sparire dell'*ordo iudiciorum privatorum*, cioè dopo l'abolizione della periodica convocazione del tribunale (*rerum actus*) e della generalizzazione di tribunali stabili (*iudicia extraordinaria*), dovè necessariamente sparire, e con essa lo stesso istituto degli interdetti <sup>8)</sup>.

A questa stregua può nello stesso tempo venir risolta la controversia, se anche l'impetrato avesse la facoltà di evitare la pericolosa procedura *per sponsionem*, domandando un *arbiter*. È fuor di dubbio, che l'opera del giudice nella nostra *actio arbitraria* non si limitava punto a decidere la controversia delle parti sulla base di un rapporto giuridico già certo; manifestamente il suo primo compito era anzi di stabilire precisamente la forza obbligatoria dell'interdetto.

---

*iudex* risulta da CIC., *pro Rosc. Com.*, IV, 12: *Eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas* — cioè PISONI, che giudicava ora una *sponsio* nella causa discussa. La restrizione della proposta all'*album iudicum*, cioè ai giudici adunati pel *rerum actus*, consegue dall'essenza della *condictio* quale *actio ordinaria*. O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz. rom.) pag. 460 seg. Anche il diritto di riconsare il giudice proposto si capisce di per sè, e così un limite segnato a questo diritto; che tal limite consistesse nell'*iniquum eiurare*, ce lo attesta CIC. *De Oral.*, II, 70, 285: *cum ei (Ti. Graccho) M. Flaccus — P. Mucium iudicem tulisset, EIERO, inquit, INIQUUS EST. De fin.*, II, 35, 119: *erat aequius, Triarium aliquid de nostra dissensione iudicare. Immo, inquit arri-dens, iniquum, hac quidem de re. Phil.*, XII, 7, 18: *me iniquum eiurabant*. Mentre per la nomina del giudice nella *legis actio sacramento*, che avveniva per sorteggio, e quindi richiedeva da ambedue le parti lo stesso contegno passivo, le parti erano, sia dal magistrato, sia con vicendevole avviso, *denuntiatio*, invitate ugualmente, *ut die trigesima ad iudicem ACCIPIENDUM venirent*, s'intende, che nella *legis actio per conditionem*, nella quale la nomina del giudice avveniva su l'unica proposta dell'attore, anche l'invito a comparire per questa nomina partiva solo dal lato dell'attore, e qui *ad iudicem CAPIENDUM*. Cfr. O. E. HARTMANN, loc. cit. pag. 457 segg. — UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo iudiciorum* (Sul rapporto della *bonorum venditio* con l'*ordo iudiciorum*), pag. 7 seg. nota 24.

<sup>8)</sup> I. *de interd.*, IV, 15. Vedi infra § 1840 num. 121.

L'oggetto degli interdetti non rientra quindi nel campo degli *arbitria* legali <sup>9)</sup>. Per conseguenza la facoltà pur tuttavia concessa a una parte, di evitare i *iudices legitimi*, e domandare la decisione per mezzo di un *arbiter*, non può considerarsi che come uno speciale favore. Ora per un tal favore sussisteva di fronte all'impetrato un motivo sufficiente: esso lo sottraeva all'immeritata *poena sponsionis*. E dall'altra parte non ne derivava nulla di men che equo per l'impetrante: questi anzi trovava in ciò un mezzo di ottener più rapidamente giustizia. Un tal motivo però non sussisteva di fronte all'impetrante; egli doveva esser contento della tutela accordatagli per la via ordinaria, *iure ordinario*, — tanto più, che qui nel caso della sua vittoria egli aveva nella *summa sponsionis* un compenso pel ritardo della decisione. Se avesse potuto anch'egli scegliere la *formula arbitraria*, il non far egli uso di tale facoltà avrebbe dovuto chiamarsi calunnia; sarebbe stato difficile concepire la continuazione della procedura *per sponsionem* negli interdetti imperativi.

E quasi più difficile sarebbe stato il comprendere, perchè là, dove l'impetrante si decideva per l'*actio arbitraria*, dovesse aver prima luogo l'emanazione dell'interdetto. Perchè non lasciargli piuttosto fin dal principio la scelta tra quest'azione senza interdetto e l'interdetto con la *sponsio* <sup>9a)</sup>?

L'una e l'altra cosa riesce invece pienamente concepibile, se solo l'impetrato poteva escludere questa procedura: egli l'avrà tralasciata

<sup>9)</sup> Cfr. HARTMANN, loc. cit. pag. 268 segg.

<sup>9 a)</sup> Cfr. PUCHTA, *Inst.*, § 169 prima della nota h. « Se si comincia con una formula di azione, la *conceptio interdicti* è realmente qualche cosa di affatto superfluo, un principio, a cui manca la fine. L'ammissione di un'azione invece della sponsione, dopo che aveva avuto luogo la *conceptio interdicti*, era perciò cosa anormale. — L'introduzione di quella *formula arbitraria* fu il primo passo all'abolizione della procedura interdittale ». Ma mi è addirittura incomprendibile, come il PUCHTA stesso, basandosi sul primitivo deciframento incompleto di GAIIO, IV, 163 e sugli arrischiati tentativi di completarlo, possa osservare: « Verano dei giuristi romani, i quali si opponevano all'abolizione della procedura penale negli interdetti restitutorii ed esibitorii, considerando, per lo meno nell'attore soccombente, come una manifesta prova di calunnia, l'aver egli domandato la nomina di un arbitro, e cercato così di evitare la pena, ma la prassi non condivideva tale opinione GAIIO, IV, 163 ». — Vedi anche WITTE, *Interdictum Uti possidetis*, pag. 3.

solo allorquando, nella ferma convinzione di non esser obbligato in virtù dell'interdetto, non vedeva alcun motivo di evitare un pericolo, che non minacciava lui, ma l'avversario.

Lo SCHMIDT <sup>10)</sup> peraltro ha con grande acume svolto un argomento apparentemente decisivo, a dimostrare, che anche l'impetrante poteva domandare un *arbiter*. L'antica lezione di GAIO IV, 175 (Cod. Veron. p. 248 v. 19 sqq.) portava:

*Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis; adversus interdicta autem quartae partis causae.*

« Qual caso », domanda lo SCHMIDT, « aveva in mira l'editto, quando trovò bene di stabilire quella misura elevata di pena? Che non possa esser precisamente il caso, in cui il convenuto, per tener lontana la *sponsio*, domandava subito l'*actio arbitraria*, vien provato dall'esistenza della controversia su questo punto <sup>11)</sup>, perchè anche il partito di coloro, che stavano per la negativa <sup>12)</sup>, deve aver riconosciuta l'indubitata esistenza di un caso per il *iudicium quartae partis*. La procedura per *sponsionem* è evidente che non offriva alcun motivo per l'introduzione di quella forte ammenda; perocchè all'interesse del convenuto si era provveduto sufficientemente con la *restipulatio*. Questa, includendo anche qui, come sempre, il caso della *calumnia*, e andando ancora più in là, ha invece escluso anche qui il *iudicium calumniae* <sup>13)</sup>. L'idea oziosa, che un convenuto potesse avere, di volere un'altra specie di aiuto che la *restipulatio*, non meritava naturalmente d'esser presa in considerazione dalla legislazione. Perciò quale unico caso, pel quale il *iudicium calumniae* deve esser stato riguardato come indubitato dai Romani, resta la domanda dell'*actio arbitraria* senza *sponsio* da parte dell'attore. Questo è un risultato, affatto logico, perchè con la detta domanda dell'attore vien tolta al convenuto l'occasione della *restipulatio* ». — « Così si spiega nello stesso tempo, perchè GAIO, come abbiamo veduto, espone la procedura in modo da fare apparire, che nei decreti, allorquando il con-

<sup>10)</sup> Loc. cit. pag. 269 seg.

<sup>11)</sup> Cfr. GAIO, IV, 170 i. f.

<sup>12)</sup> PROCULO e i suoi seguaci.

<sup>13)</sup> GAIO, IV, 180 sq.

venuto non domanda l'*arbitraria*, la causa era trattata sempre con le *sponsiones*. Perocchè, dacchè esisteva questo *iudicium calumniae*, il convenuto avrà naturalmente senz'altro preferito una procedura, che importa un egual pericolo per ambedue le parti, a un'altra, che pone il pericolo unicamente sulle sue spalle ».

A prescindere dall'ultima massima, che non mi sembra possa esser riconosciuta come concludente in nessun caso <sup>14</sup>), questa dimostrazione sarebbe inconfutabile, se la sua base fosse vera. Ma ciò è ben lungi dall'essere, dappoichè GAIO IV, 175, secondo lo STUDEMUND, deve esser letto così:

*Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est —;*

il che trova piena conferma in GAIO IV, 163, dove riguardo all'*actio arbitraria* è detto dell'impetrante:

*sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis —,*

lezione, che prima era per lo meno incerta.

Dunque dovremo attenerci a quanto ci riferiscono GAIO e ULPIANO concordemente, cioè che la *formula arbitraria* aveva luogo, solo allorché la domandasse l'impetrato <sup>15</sup>).

<sup>14</sup>) Perocchè: 1.º il *iudicium calumniae* secondo GAIO, IV, 178 è pericoloso soltanto per colui, che intenta un giudizio con la coscienza del proprio torto; 2.º non s'intende punto di per sè, che si possa preferire un rischio maggiore a quello semplice, unicamente per la ragione, che il primo in un esito favorevole può colpire l'avversario, e l'altro no. E il rischio della *restipulatio*, se la nostra congettura sulla determinazione della *summa sponsionis* e *restipulationis* (sopra § 1838 a num. 89 pag. 475 (ediz. ted. parte II, pag. 106) è giusta, avrebbe potuto facilmente raggiungere per l'attore il quadruplo del *calumniae iudicium quartae partis* secondo la lezione di GAIO, IV, 175 dello SCHMIDT!

<sup>15</sup>) Così giustamente WALTER, *Geschichte des röm. Rechts* (Storia del dir. rom.) parte II, 3.ª ediz. § 768 pag. 414. — KELLER, *Civilpr.* (Procedura civile) § 76 6.ª ediz. pag. 382 alla nota 877 a. — HUSCHKE, *Gaius*, pag. 201 seg. Di diversa opinione ZIMMERN, *Geschichte des röm. Privatrechts* (Storia del dir. priv. rom.) vol. III, § 71 pag. 221 alla nota 9 seg. — PUCHTA, *Instit.*,

100. È facile comprendere, perchè l'impetrato non fosse in grado di domandare subito un *arbiter* anche dopo l'emanazione di un interdetto proibitorio. Un tale interdetto, come sappiamo, non aveva effetto pel futuro, e ciò in qualunque caso, anche quando in seguito a un atto dell'impetrato si fosse già prodotto uno stato di cose, la cui continuazione poteva considerarsi come *vis adversus edictum facta*<sup>16)</sup>: nel momento dell'*interdictum redditum* era impossibile avere come già avvenuta una *vis* di questo genere. Perciò il risultato di un'azione data subito dopo l'interdetto avrebbe dovuto esser sempre il rigetto dell'impetrante.

Con ciò però, come osserva a ragione lo SCHMIDT<sup>17)</sup>, non si ha ancora la ragione, per la quale l'impetrato non può sottrarsi alla procedura per sponsione, nemmeno quando l'impetrante lo cita poco dopo in giudizio accusandolo di una *vis adversus edictum facta*.

Lo SCHMIDT dà la seguente spiegazione:

« Chi fa pronunziare contro di sè un interdetto restitutorio o esibitorio, può aver agito in modo moralmente biasimevole, ma nel momento del suo atto non ha leso una norma giuridicamente obbligatoria, perchè non è il formulario dell'editto, ma l'ordine pronunziato dal magistrato, che obbliga » (Nota 2: « Se alcuni di questi interdetti presuppongono un atto del convenuto, che cada sotto una legge penale, questa non è che una casuale peculiarità di quelli soli »). « Perciò è anche affatto logico, che qui venga data al convenuto l'occasione di uscir dal giudizio senza pena. Chi invece agisce contro un interdetto proibitorio, lede scientemente un ordine valido del magistrato; la sua condotta ha il carattere della disobbedienza verso l'autorità. Per conseguenza è affatto regolare, che qui si neghi l'occasione di sottrarsi alla pena »<sup>18)</sup>.

---

§ 169. — SAVIGNY, *System*, vol. V, app. XIII, num. XVIII, alla nota e pagina 409. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 265 segg. — KUNTZE, *Cursus*, 2.<sup>a</sup> ediz. § 222 pag. 136 seg.

<sup>16)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 63 seg.

<sup>17)</sup> Loc. cit. pag. 264.

<sup>18)</sup> Similmente già il KELLER nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza stor. del dir.) vol. XI, pag. 309 segg. — HUSCHKE, *Gaius*, pag. 201. — KUNTZE, loc. cit.



Dobbiamo combattere tale ragionamento sotto ambedue i suoi aspetti. In tutti i casi, dacchè erano pubblicati nell'albo, gli interdetti obbligavano senz'altro; se il magistrato doveva ancora pronunziarli personalmente caso per caso, quest'era una delle formalità della loro procedura <sup>18a</sup>). Quindi l'impetrato già dalla presenza dei requisiti di un interdetto imperativo era obbligato alla restituzione o esibizione perseguibile con tale interdetto; anzi, ove quei requisiti consistessero nel suo proprio atto, era tenuto sin da prima ad astenersene. Se ciò non ostante egli commetteva quest'atto, e non effettuava quella restituzione o esibizione, egli ledeva innegabilmente un ordine pronunciato, sebbene solo in via generale, dal magistrato <sup>18b</sup>). Ma certo sarebbe erroneo scorgere in tutte le circostanze in una tale lesione una colpevole disobbedienza verso l'autorità, nello stesso modo che non si ha necessariamente una colpevole disobbedienza in un atto contrario a un interdetto proibitorio emanato. Non è forse possibile, che vengano lesi dei divieti dell'autorità per manchevole apprezzamento della loro portata, per applicazione errata della decisione in essi prevista a un elemento di fatto, per un concetto erroneo dell'elemento di fatto stesso, per una falsa idea degli effetti reali di un atto in sè pienamente lecito? Come si può per esempio parlare di colpevole disobbedienza di fronte all'interdetto *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aqua aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit*, quando un mutamento operato nella spiaggia, affatto innocuo nelle condizioni ordinarie; in seguito a una pioggia torrenziale influisce in modo illecito sul corso dell'acqua?

Nemmeno un antecedente tentativo di spiegazione dell'HUSCHKE ci soddisfa <sup>19</sup>). Secondo questo scrittore negli interdetti proibitorii non era stata ammessa la domanda di un arbitro, perchè l'atto contrario a

<sup>18 a</sup>) Vedi infra § 1839 a num. 117.

<sup>18 b</sup>) Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 358.

<sup>19</sup>) *De causa Siliiana*, pag. 7 sqq. (*Stud.* pag. 6 segg.). Della stessa opinione è lo ZIMMERN, loc. cit. pag. 221 seg. nota 13. La teoria ivi menzionata dall'HAUBOLD nella *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* (Riv. di scienza stor. del dir.) vol. III, pag. 385 e dell'HEFFTER, *Gaii Icti inst. comment. quartus*, pag. LV, al § 141 i. f., secondo la quale gli interdetti proibitorii sarebbero stati diretti solo a una pena, è fondata su di un malinteso manifesto.

un tale interdetto non avrebbe mai potute dar motivo alla restituzione o esibizione di una cosa, ma poteva solo causare una punizione dell'insolenza e dell'insubordinazione <sup>20</sup>).

Innanzi tutto è già erroneo, che dalla lesione di un interdetto proibitorio non sia mai derivato un diritto dell'impetrante alla restituzione della cosa: gli interdetti *de migrando*, *Salvianum*, *de loco publico fruendo*, *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est*, *Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est*, ed altri, i quali proibiscono di impedire all'impetrante il detenere, il percepire i frutti, il prendere e condur via <sup>21</sup>), insegnano manifestamente il contrario. Dell'ultimo di questi ora citati ci è anzi detto espressamente:

*hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est* <sup>22</sup>).

In secondo luogo la clausola di restituzione delle *actiones arbitrariae* non si limita punto alla restituzione di cose, ma abbraccia con questa anche alcunchè d'altro, che ora qui non ci riguarda, e inoltre la ripristinazione di date condizioni di cose, come mostra per esempio la L. 9 § 2 D. *quod met.* IV, 2 (*aedificii depositionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse*) per l'*actio quod metus causa*, e come c'insegnano le azioni arbitrarie derivanti dagli interdetti restitutorii *de via publica*, *Quod vi aut clam, demolitorium* e molti altri <sup>23</sup>). Non si capisce perciò, perchè non si potesse

<sup>20</sup>) Che nell'*Uti possidetis* in seguito alla *fructus licitatio* avessero anzi luogo più *actiones arbitrariae*, è naturalmente riconosciuto dall'HУСНКЕ, loc. cit. nota 11.

<sup>21</sup>) Vedi sopra § 1838 b num. 93 pag. 497 (edit. ted. parte II, pag. 136) alla nota 34.

<sup>22</sup>) L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4, vedi sopra § 1836 a num. 46 pag. 202 (ediz. tedesca parte I, pag. 269 seg.). Invece, giusta la teoria del LENEL, *Ed. perp.*, § 73 pag. 152, secondo la quale la *confessoria* e la *negatoria* per una servitù prediale non avevano clausola di restituzione, nemmeno negli interdetti *de aqua* e *de itinere privato*, in quanto hanno effetto restitutorio, si potrà parlare di *restituere* nel senso di un'*actio arbitraria*. Cfr. sopra § 1838 b num. 93 pag. 497 (ediz. ted. parte II, pag. 137) alla nota 35.

<sup>23</sup>) Vedi sopra § 1836 a num. 35 pag. 147 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 196 e seg. Cfr. segnatamente la L. 2 § 43 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 ivi riferita.

parlare di *restituere* in questo senso anche in quelle azioni di risarcimento, che sorgono dalla violazione di un interdetto che vieta un'opera, e non potessero per conseguenza essere *arbitrariae* anche queste azioni <sup>24</sup>). Anzi anche in interdetti proibitorii di contenuto diverso si potrebbe pur sempre concepire una clausola di soddisfacimento appropriata alla specie, la quale rendesse *arbitraria* l'azione che ne derivava <sup>25</sup>).

Ma comunque ciò sia, la circostanza, che negli interdetti imperativi fa ottenere all'impetrato una procedura *sine poena*, non è la domanda di un'*actio arbitraria*, cioè la forma dell'azione, ma piuttosto la domanda di un *arbiter*, cioè di un *iudex*, che vien nominato subito, senza una dilazione sino al *rerum actus*. Nè certo il subentrare di un tal *arbiter* sarà stato escluso dal fatto, che in taluni o anche in tutti i casi di interdetti proibitorii una *formula arbitraria* sarebbe parsa disadatta <sup>25a</sup>).

A me sembra che il PUONTA <sup>26</sup>) accenni il vero, sebbene commisto col falso. Egli dice:

« Negli interdetti proibitorii non si voleva esimere le parti dalla pena, che andava unita alla sconfitta nella procedura delle sponsioni. Qui, dove scopo dell'azione era l'impedire un atto, un'*actio* avrebbe potuto esser diretta a una pena, o alla promessa di una pena, pel caso di un rinnovato tentativo di quell'atto, cioè in fondo a quello stesso, cui era diretta la sponsione, e solo avvantaggiando l'attore, il quale avrebbe potuto impunemente molestare con la sua azione colui, che aveva eseguito l'atto; e ciò parve ingiusto ».

Se togliamo da questo ragionamento ciò che si riferisce all'impetrante, il quale secondo la nostra opinione non poteva domandare la

<sup>24</sup>) Cfr. sopra § 1838 b num. 93 pag. 497 (ediz. ted. parte II, pag. 136) alla nota 32.

<sup>25</sup>) Vedi ivi pag. 497 (ediz. ted. pag. 137 seg.), alla nota 34 a segg.

<sup>25 a</sup>) Come possa conciliarsi con questa anteriore opinione dell'HUSCHKE l'affermazione da lui espressa più tardi (*Mulla*, pag. 77 nota 185); che la *formula arbitraria* ha ricevuto il suo nome dall'*arbiter*, mentre le *actiones arbitrariae* si chiamano così dall'*arbitrium iudicis* aggiunto alla loro formola, è cosa, che non posso prendere in esame. Cfr. sopra § 1838 b num. 93 pag. 496 (ediz. ted. parte II, pag. 135), nota 30 a.

<sup>26</sup>) *Inst.* § 169 dopo la nota h.

nomina di un *arbiter*, e in tutti i casi anche nella procedura *per formulam arbitrariam* sarebbe restato esposto al *calumniarum iudicium de oimae partis*, — giungeremo press'a poco alla verità.

Non solo l'intento principale dell'emanazione di interdetti proibitorii, ma anche l'*agere* in base ad essi era diretto, non tanto al risarcimento di un danno, che potesse aver patito l'impetrante, quanto piuttosto a ottenere che l'impetrato si astenesse da un atto contrario all'interdetto. Se l'impetrante era stato danneggiato da un tale atto, era sottinteso, almeno nel diritto romano più perfezionato <sup>27)</sup>, che egli doveva esserne risarcito dall'impetrato. Senonchè non ogni atto contrario all'interdetto produce un danno all'impetrante da risarcire, e per conseguenza un altro diritto di costui, oltre quello che l'impetrato si astenga per l'avvenire dall'atto vietato: il diritto a risarcimento negli interdetti proibitorii si palesa come qualche cosa di più o meno casuale: il diritto dato necessariamente è quello al divieto come tale. Così non vien data in base all'*Uti possidetis* un'azione sussidiaria al *plus licitans*, nemmeno per una *vis adversus edictum* commessa dall'avversario dopo la *interdictum redditum* <sup>27a)</sup>. Si pensi inoltre per esempio al caso, in cui contro l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est*, con la semplice chiusura dell'adito venga impedito il sequestro di una cosa, mentre il legato non è ancora devoluto; oppure al caso, in cui contro l'interdetto *Ut via publica ire liceat* venga a qualcuno impedito materialmente di andare in una via pubblica, in cui voleva recarsi per uno scopo estraneo a ogni interesse patrimoniale; e simili. Nello stesso modo che qui, ove fosse promosso un *iudicium secutorium*, dovrebbe riuscire infruttuoso anche per l'impetrante, che avesse vinto nella sponsione, così la decisione di un *arbiter* non potrebbe statuire altro, se non che non deve in avvenire darsi luogo a un impedimento di quel genere. In altri termini, essa potrebbe solo ripetere il divieto già emanato sotto la condizione dell'esistenza del suo requisito di fatto, enunciandolo, ormai che è stato constatato tale re-

<sup>27)</sup> Cfr. § 1838 b num. 93 messo in correlazione col § 1839 num. 113.

<sup>27 a)</sup> Vedi sopra § 1836 a num. 43 alla nota 24 a) segg. pag. 185 (ediz. ted. parte I, pag. 247).

quisito, senza condizione. Certamente un così debole risultato non corrisponderebbe in modo adeguato al fatto, che il pretore lo aveva stimato abbastanza importante per enunciare personalmente quel divieto, sebbene senza verificare l'esistenza dei requisiti: pel caso, che quei requisiti esistessero realmente, l'impetrante doveva essere assicurato incondizionatamente contro un contegno dell'impetrato contrario al divieto; ed ora si vedeva, che questo risultato era mancato. L'offesa dell'impetrante così già avvenuta non poteva naturalmente esser riparata mediante una cauzione, sia pur rilevante, per la futura osservanza del divieto; perchè le fosse procacciata una sufficiente soddisfazione, era necessaria una pena, che andasse a beneficio dell'impetrante. Una tal pena avrebbe certo potuto esser stabilita anche dall'arbitro, quale egli riteneva opportuna; ma senza dubbio era più corrispondente allo stato delle cose, che l'impetrante stesso determinasse nella *summa sponsionis* l'ammenda sufficiente per il proprio soddisfacimento, obbligandosi nello stesso tempo, mercè la *restipulatio*, a dare all'avversario la stessa somma, nel caso che la propria pretesa risultasse infondata. E così si era qui affatto naturalmente limitati alla procedura *per sponsionem*, nella quale non si può scorgere nulla di iniquo verso l'impetrato, segnatamente se si consideri, che questi era stato seriamente ammonito con l'emanazione dell'interdetto <sup>28</sup>).

E se così avveniva in questo caso, non poteva procedersi diversamente là, dove c'era inoltre un diritto a risarcimento. Perocchè naturalmente un impetrato, il quale violando l'interdetto aveva per soprappiù danneggiato l'avversario, non poteva esser trattato in modo più favorevole di un altro, la cui contravvenzione al divieto non aveva avuto quest'effetto accessorio.

Negli interdetti imperativi adunque la procedura *sine poena* fu sempre esclusa. E invero non si può porre in dubbio, che GAIO IV, 141 con le parole:

*ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet* —

---

<sup>28</sup>) KELLER, *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.* (Rivista di scienza stor. del dir), vol. XI, pag. 312. *Civilpr.* (Proc. civ.), § 76 alla nota 879 a).

vuol enunciare, non solamente quello che veniva di fatto costantemente osservato, ma anche la necessità giuridica di questa procedura. Il che vien confermato, sì dall'espressione ben precisa di ULPIANO *Fragm. Vindob. V* (KR.)

*prohibitoria vero semper per sponsionem explicantur,*

oppure, come con maggiore efficacia legge il manoscritto:

*semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur,*

che dall'esposizione della procedura *sine poena* fatta da GAIO IV, 162 sqq., il quale la limita senza riserve agli interdetti imperativi. Oltre di che è ben noto, che *solere* non di rado è usato a designare, ciò che avviene conformemente a una norma di diritto, che non ammette eccezioni<sup>29)</sup>. E segnatamente GAIO adopera spesso nelle sue Istituzioni il *solere* in questo senso<sup>30)</sup>.

101. La possibilità di sfuggire alla *poena sponsionis* domandando un arbitro, secondo la più recente opinione dello HUSCHKE<sup>31)</sup>, sarebbe stata data sin dal principio con l'introduzione degli interdetti. Solo che al tempo delle *legis actiones* quest'*arbiter* non avrebbe potuto condannare o assolvere, e perciò non si sarebbe chiamato anche *iudex*, come l'*arbiter* dell'epoca della *formula arbitraria* (GAIO IV, 163). Egli si sarebbe piuttosto comportato come l'*arbiter litis aestimandae* legale, oppure come l'arbitro pretorio incaricato della ricerca e definizione di questioni di fatto, per esempio di vedere, se uno *sponsor* sia

<sup>29)</sup> Così per es. CIC., *pro Caec.*, XVII, 49; *de senect.*, VII, 22; *ad div.*, XV, 16, 3. — GAIO nella L. 111 § 1 D. *de R. J.*, L, 17. — VENULEIO nella L. 25 § 1 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8. — PAPINIANO nella L. 9 § 4 D. *de min.*, IV, 4. — ULPIANO nella L. 5 D. *de his, qui sui*, I, 6; L. 11 §§ 1, 3 D. *de his, qui not.*, III, 2; L. 7 § 1 D. *de in integr. rest.*, IV, 1; L. 9 § 2 D. *de exc. rei iud.*, XLIV, 2; L. 131 § 1 D. *de V. S.*, L, 16; L. 18; L. 94 D. *de R. I.*, L, 17. — PAOLO nella L. 12 § 1 D. *quib. mod. pign. vel hyp.*, XX, 6. — CALLISTRATO nella L. 49 § 1 D. *de iud.*, V, 1. — GORDIANO nella L. 2 Cod. *quib. res. iud.*, VII, 56. Cfr. CUIACIO, *Obs.*, VIII, 39. — DIRKSEN, *Manuale s. v. solere*, § 2 e s. v. *oportet*, § 2.

<sup>30)</sup> I, 20 (*semper-solet*), 109, 120. II, 103, 254. III, 56. IV, 35, 48, 54, 102, 110, 148, 154, 180. Cfr. I, 100, 101. II, 155. IV, 112 (= § 1. I. *de perp. et temp. act.* IV, 12).

<sup>31)</sup> *Multa*, pag. 77.

*idoneus*, come si debba stabilire una servitù ecc., perchè anch'egli doveva solo constatare l'esistenza dei requisiti indicati nell'editto, e determinare la portata del *restituendum* o dell'*exhibendum*, dopo di che il pretore per mezzo di multe otteneva l'obbedienza al suo decreto così purificato.

Ma non viene qui pienamente disconosciuta la differenza essenziale tra gli altri arbitri da lui citati e quello, che egli afferma per gli interdetti imperativi? Quegli altri, e tutti i rimanenti che bisogna ad essi parificare <sup>32</sup>), debbono eseguire sulla base di un rapporto giuridico già determinato una perizia, un'estimazione, un atto di amministrazione, una divisione, una separazione di masse patrimoniali e simili, e non emanare la decisione di un rapporto controverso, sia col constatare dei fatti, sia applicando una norma di legge all'elemento di fatto, in altri termini non deve adempiere funzione di giudice <sup>33</sup>). Precisamente tale funzione invece verrebbe ad avere in forza di un interdetto imperativo l'arbitro supposto dallo HUSCHKE <sup>34</sup>). Se esso, secondo la teoria dello HUSCHKE, non condannava o assolveva, cioè si ridurrebbe a una differenza puramente formale, che nulla cambia alla cosa: in realtà il suo giudicato non sarebbe stato altro, che la decisione del se e del quanto debba dare l'impetrato. Ma per l'istituzione di un tale *arbitrium* la procedura delle *legis actiones* non dava alla giurisdizione del magistrato un campo più vasto, che per l'istituzione di un *iudicium*: l'uno e l'altro potevano unicamente aver

<sup>32</sup>) Per es. l'arbitro per l'esame del rendimento di conti (L. 53 § 1 D. *de iud.*, V, 1; L. 50 D. *de cond.* XXXV, 1; L. 5 § 1 D. *de manum.*, XL, 1; L. 37, L. 47 § 2 D. *de fid. lib.*, XL, 5), per la valutazione del patrimonio allo scopo di determinare gli alimenti da somministrare (L. 5 § 25 D. *de agn. v. al.*, XXV, 3), pel computo della quarta falcidia (L. 12 D. *ad leg. Falcid.*, XXXV, 1; L. 1 § 6 D. *si.cui plus*, XXXV, 2; L. 2 § 2 Cod. *de usur. et fruct. legat.*, VI, 47) e per altre constatazioni (L. 27 D. *de reb. auct.*, XLII, 5; L. 43 D. *de lib. c.*, XL, 12; L. 7 D. *de conf.*, XLII, 2; L. 12 D. *de legat.*, III; L. 1 § 25 D. *de ventre in possess.*, XXXVII, 9; L. 7 § 1 D. *de trib. act.*, XIV, 4; L. 35 D. *de B.*, L. XXXVIII, 2. — RUDORFF, *Rechtsgeschichte* (Storia del dir.), vol. II, pag. 27 alla nota 19 segg. e pag. 10 nota 26.

<sup>33</sup>) O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ordinam. giudic. rom.), pagina 268 segg.

<sup>34</sup>) Vedi sopra num. 99 alla nota 9 pag. 554 (edizione tedesca parte II, pag. 210).

luogo sulla base di un rapporto riconosciuto dal *ius civile* come munito di azione <sup>34a</sup>). Perciò noi dovremmo decisamente contestare, anche se non fosse del tutto incerto, se gli interdetti siano stati mai trattati per mezzo di multe <sup>35</sup>), che la procedura senza pericolo innanzi a un arbitro abbia potuto sorgere nello stesso tempo che gli interdetti stessi sotto l'impero esclusivo delle *legis actiones*.

Appunto il fatto, che l'*arbiter* nella procedura *sine sponsione* compieva una vera e propria funzione di giudice, parla anche contro l'opinione del KAPPEYNE <sup>35a</sup>), il quale pone la comparsa dell'*arbiter* su domanda dell'impetrato negli interdetti imperativi già al tempo della pura procedura delle *legis actiones*, e con l'espressa facoltà di condannare e di assolvere. Il contenuto di questo compito in realtà non viene minimamente modificato dallo scorgere, come fa il detto scrittore, nel contegno del convenuto, che evita il *sacramentum* (e, come va necessariamente aggiunto, la *sponsio*, che lo precede), una confessione del proprio torto nella causa principale. Egli stesso deve difatti subito ammettere, che quella confessione « è più apparente, che reale », e conseguentemente permette all'impetrato di persuadere

34 a) Cfr. WITTE, *Interdictum Uti possidetis*, pag. 16 seg.

35) Vedi infra § 1839 num. 111.

35 a) *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 297 seg. Certo la sua esposizione non è chiara, perchè a pag. 297 si parla della « procedura in vigore al tempo degli Antonini », e a pag. 298 è detto: « Ciò s'accorda perfettamente con la natura del *sacramentum* ». Del resto il KAPPEYNE reputa manifestamente la *sponsio*, che secondo lui serviva di strumento per la procedura *per sacramentum*, una *sponsio mere praeiudicialis*. Altrimenti non potrebbe dire dell'impetrante: « egli non aveva nessun interesse a far pagare dall'altro un'ammenda (cioè la *summa sacramenti*) », e più avanti: « l'unica istanza, che soffrìsse, ove non venisse pagata ammenda, era la cassa dei sacrifici, la quale era già ben riempita ». Quella *sponsio*, se io bene intendo, è divenuta *poenalis* solo dopo l'introduzione della *legis actio per conditionem* (p. 308: « Quando la *lex Silia* e la *Calpurnia* ebbero sostituito al sacramento la *sponsio*, il pretore fece lo stesso »). Solo che nell'interdetto la *sponsio*, che aveva luogo, non è certo la *sponsio tertiae partis*, ma è di un ammontare determinato una volta per tutte, e a questo riguardo « l'attore — non aveva alcun interesse rilevante » (pag. 309). Ne fanno fede queste due prove: 1.° che negli interdetti imperativi l'impetrato poteva sottrarsi completamente alla *sponsio* domandando un arbitro, 2.° che la *sponsio* nel processo tra Quinto e Nevio pare sia stata parimente contratta su di una somma di danaro insignificante.



l'arbitro, « di non essere obbligato », e all'arbitro « di condannare l'impetrato a non più di un centesimo », — e da ciò alla semplice assoluzione, egli osserva, non v'era poi che un passo. Solo per un grave malinteso si può trovare una prova a favore di questa teoria nell'opinione di PROCULO riferita da GAIO IV, 163, secondo la quale l'impetrato, che domanda un arbitro, non poteva ottenere il *calumniar iudicium*, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere<sup>35b)</sup>.

Noi non possiamo porre la procedura con un arbitro in base a un interdetto, prima che fosse divenuta possibile una *formula arbitraria*, cioè non prima dell'*agere per formulas* in generale.

La più antica testimonianza dell'esistenza di quella procedura si trova nell'azione di CICERONE *pro M. Tullio* dell'anno 682 o 683 *ab u. c.*<sup>36)</sup> c. XXIII § 53 i. f. :

*Et ego ipse tecto illo disturbato si hodie postulem, Quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est*<sup>37)</sup>.

A ragione dice lo SCHMIDT<sup>37a)</sup>, che non v'è nessun motivo, pel quale appunto il *Quod vi aut clam* dovesse ammettere quella scelta dell'impetrato prima degli altri interdetti imperativi. E nemmeno parmi vi sia alcun motivo per escludere con lo HUSCHKE<sup>38)</sup> pel tempo di CICERONE quella procedura nell'interdetto *de vi armata*. L'opinione contraria vien fondata innanzi tutto sull'argomento, che, se Ebuizio citato in giudizio da Cecina *per sponsionem* in base a questo

<sup>35 b)</sup> Su GAIO, IV, 163 cit. vedi sopra § 1838 num. 83 pag. 415 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 25 seg.).

<sup>36)</sup> TRUFFEL, *Geschichte der römischen Literatur* (Storia della letteratura romana), 3.<sup>a</sup> ediz. § 179 sotto il num. 4 pag. 313.

<sup>37)</sup> Perciò lo HUSCHKE ha dipoi abbandonata l'opinione, ch'egli aveva espressa da principio (*de causa Siliana*, pag. 15), che al tempo di CICERONE la procedura *per arbitrum* non fosse ancora conosciuta, *Analecta litteraria*, pag. 178, *ad v. restituas* e *Studia Rom.* pag. 15 n. 24.

<sup>37 a)</sup> Loc. c t. pag. 263.

<sup>38)</sup> *Anal. lit.*, pag. 178 sq, *ad v. restituas*. Cfr. *Studia Rom.*, pag. 15. Lo seguono il KELLER, *Semestria*, I, pag. 340 sq., e il RUDORFF, *Ed. perp.*, § 242 cfr. infra nota 42, questo anzi, a quanto sembra, anche per la redazione dell'editto di GIULIANO.

interdetto avesse potuto scegliere quella procedura, e pur tuttavia non ne avesse fatto alcun conto, CIGERONE certo non avrebbe mancato di accennare con insistenza all'insolenza così manifestata dal suo avversario. Senonchè da un lato si potrebbe riferire a ciò quello, che CIGERONE *pro Caec.* I, 1 dice dell'*impudentia* di Ebuzio *in foro atque in iudiciis*, e quello, che egli chiama un allontanarsi dal *mos e institutum omnium*; dall'altro lato non è poi così inesplicabile, che la sua *terza* orazione a noi pervenuta della medesima causa <sup>38a)</sup> non si occupi più minutamente di questa circostanza. Perocchè, tacendo che non ci è noto, che cosa avevano detto in questo proposito le due prime orazioni, e che cosa potesse parere in ogni caso superfluo, se non anche pregiudicievole. ripetere, — da ciò non si poteva certo cavare un gran costrutto: al contrario i giudici dovevano esser proclivi a scorgere nel disprezzo della via immune da pericolo un segno, che Ebuzio fidava nel suo buon diritto. E per di più, se già allora v'erano, come non è punto improbabile, dei partigiani dell'opinione rappresentata più tardi da PROCULO <sup>38b)</sup>, secondo la quale l'impetrato col domandare un arbitro confessava il proprio torto, — non doveva CIGERONE aspettarsi, che l'avversario con buon fondamento gli rispondesse: doveva io in questo modo espormi al pericolo di esser considerato come confesso? Maggiore apparenza di verità ha un'altra ragione dello HUSCHKE. CIGERONE (cap. III) difende il suo cliente dal rimprovero, di essere stato troppo duro nella scelta dell'azione da lui sollevata. Ora se per l'impetrato vi fosse stata la possibilità di domandare un arbitro, sarebbe stato un errore incomprendibile di CIGERONE, il non respingere il rimprovero con la semplice osservazione, che Ebuzio stesso aveva causata tale durezza, tralasciando di prendere la via senza pericolo. Ma, come lo SCHMIDT <sup>39)</sup> ha efficacemente dimostrato, quest'argomento è errato. Il rimprovero della durezza non vien desunto dal fatto, che l'azione scelta porta con sè la *poena sponsionis*, ma dal porre essa in pericolo l'*existimatio* del convenuto (cfr. c. II-IV) <sup>40)</sup>. Il rimprovero in di-

<sup>38 a)</sup> *Pro Caec.*, II, 6: *vos — bis iam de eadem causa dubitasse.*

<sup>38 b)</sup> GAIO, IV, 163 (vedi sopra pag. 460, ediz. ted. parte II pag. 68).

<sup>39)</sup> Loc. cit. pag. 267.

<sup>40)</sup> Come debba ciò intendersi vedi infra § 1838 e num. 106 alla nota 92.

scorso dunque non ha assolutamente nulla a che fare con la procedura *ex interdicto* come tale, e per conseguenza nulla può provare in rapporto ad essa.

Se la parte dell'albo pretorio sugli interdetti conteneva una norma generale circa la procedura interdittale <sup>41)</sup>, essa presumibilmente diceva anche, come la procedura *sine poena* presupponga la domanda di un arbitro nella medesima udienza, nella quale era stato emanato l'interdetto <sup>41a)</sup>. Tuttavia il pretore invece di enunciare una tale disposizione una volta per tutte, ha forse aggiunto a ciascun interdetto imperativo, tanto nell'albo, quanto nell'emanazione orale, un'osservazione a tale riguardo <sup>42)</sup>.

Il RUDORFF <sup>42a)</sup> riferisce alle parole usate a tal uopo nell'editto il N.º 70 (KEUßGER) degli estratti delle *Notae* di VALERIO PROBO:

R. A. E. I. E. = *restitutus antequam ex iure exeat* —,

cambiando, giusta il precedente del MOMMSEN, il « *restitutus* » in « *restituas* ».

Però è assai dubbio, che sì questa modificazione del testo tramandatoci, che quella relazione del nostro passo con le parole dell'editto, abbiano buon fondamento. I numeri 64 e 65 <sup>42b)</sup> delle Note di VALERIO PROBO si riferiscono bensì senza alcun dubbio a delle formule interdittali; difficilmente invece ciò può affermarsi dei quattro seguenti (66-69) <sup>42c)</sup>. Qui non è il luogo di esaminare, se, avendo

<sup>41)</sup> Cfr. sopra § 1838 a num. 89 pag. 466 (ediz. ted. parte II, pag. 93) alla nota 12.

<sup>41 a)</sup> Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 358 sotto il num. 1 in fine.

<sup>42)</sup> Così reputa il RUDORFF, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Riv. di storia del dir.), vol. III, pag. 6 seg. e *De iuris dictione edictum*, pag. 203 sqq. *passim*, il quale ad ogni interdetto terminante in un *restituas* o *exhibeas*, eccetto però l'interdetto *de vi armata* (vedi sopra nota 38), appone l'aggiunta: *antequam ex iure exeat*, osservando, che i compilatori naturalmente, scomparsa la procedura interdittale, dovettero cancellarla. Cfr. in proposito LENEL, *Ed. perp.*, pag. 357 seg.

<sup>42 a)</sup> Loc. cit. pag. 205 nota 11.

<sup>42 b)</sup> N. C. N. P. = *ne clam nec precario*. V. F. V. = *vim fieri volo*.

<sup>42 c)</sup> F. C. L. = *fraudationis causa latitat*. P. P. V. = *pupillus pupillave*. R. P. C. S. D. M. = *rei publicae causa se dolo malo*. V. I. I. = *videbitur in integrum*.

riguardo all'ultimo di questi numeri (69), anche il N.º 70 si debba riferire alla *restitutio in integrum*, come fa lo SCHMIDT <sup>42d</sup>).

Del resto tra coloro, i quali reputano la proposta del RUDORFF, se non giusta, pur tuttavia plausibile, v'è una disparità d'opinioni sul significato, che bisogna conseguentemente attribuire alle parole:

*restituas, antequam ex iure exeas.*

Il LENEL <sup>43</sup>), il quale rileva espressamente l'incertezza dell'ipotesi del RUDORFF, crede pur sempre di poter rintracciare in quelle parole un senso soddisfacente, intendendole letteralmente. Egli desume da GAIO IV, 165, che l'impetrante poteva iniziare la procedura per sponsione, non appena l'impetrato si era allontanato *ex iure tacitus*, cioè senza domandare l'arbitro, e non aveva bisogno di accordare a costui alcun termine. Perciò, egli argomenta, il decreto pretorio deve aver avuto necessariamente il senso « *restituas antequam ex iure exeas* »: altrimenti il convenuto avrebbe potuto nel procedimento per sponsione giustamente affermare a sua difesa, che non esisteva alcuna violazione del comando del pretore, dappoichè non gli era stato lasciato il tempo necessario per ubbidire; difesa, che naturalmente sarebbe stata affatto inammissibile. — Restituisci in tempo, così ammonisce il pretore nell'albo: perocchè una volta che sarai *in iure*, non ti lascerò più tempo per farlo. Dopo quanto abbiamo sopra esposto <sup>44</sup>) noi non possiamo ammettere questa interpretazione. Se è vero, che la sponsione veniva contratta solo nel *rerum actus*, noi dobbiamo ritenere, in diretta contraddizione col LENEL, che anche un soddisfacimento dell'attore eseguito tra l'emanazione dell'interdetto e il *rerum actus* annullasse la sponsione ciò non ostante pronunciata. Le parole in discorso, ove realmente si riferiscano a

<sup>42 d</sup>) *Literarisches Centralblatt* (Giornale letterario centrale), 1869 (Annunzio del *De iurisdictione edictum* del RUDORFF), Colonna 420. Ivi si propone di leggere: *restituam, antequam ex iure exeat*, aggiungendo, che per questa proposizione non sarebbe difficile trovare un posto nell'editto, che tratta della *restitutio in integrum*.

<sup>43</sup>) *Ed. Perp.* pag. 357 seg. Lo approva lo PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 96 seg.

<sup>44</sup>) Vedi sopra § 1838 a num. 90 pag. 479 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 112 e seg.).

questa materia, non possono aver per oggetto una effettiva restituzione o esibizione.

Pel RUDOLFF <sup>45)</sup> il *restituas exhibeas* ha precisamente lo stesso significato che l'*arbitrum postules, ut eius arbitrio restituas, exhibeas*. Ciò si palesa a prima vista per una così arbitraria ipotesi, che il LENEL <sup>46)</sup> ritiene, che non occorra nemmeno rettificarla. E ad ogni modo essa non è punto dimostrata come vera da CIC. *pro Tull.* c. XXIII § 53 cit.: il *per arbitrum restituere*, di cui là si fa menzione, non basta punto a significare, che la domanda di un arbitro venga designata come restituzione. Invece è innegabile, che il *restituere* abbia il senso di *arbitrum ad restituendum petere* nella *Lex Rubria* c. XXII v. 34 sq.:

*sei sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet (aut) non restituet, neque se iudicio utei oportebit defendet etc.*

*Restituere* qui non può intendersi nel senso del reale soddisfacimento dell'attore: « come poteva », domanda giustamente il DEMELIUS <sup>47)</sup>, « l'eventualità del soddisfacimento venir menzionata qui tra lo *sponsionem non facere* e il *iudicio utei oportebit non defendere?* » E infatti in nessuna delle altre sei enumerazioni delle specie del non *defendere*, che si trovano nella *Lex Rubria* c. XXI sq., vien nominato il soddisfacimento del creditore quale mezzo di stornare le conseguenze della mancata *defensio* <sup>48)</sup>. Ora se lo *sponsionem non facere* va riferito a una *sponsio ex interdicto* <sup>49)</sup>, risulta di per sè evidente, che il *restituere* designa la domanda di un *arbiter ex interdicto*. E nel medesimo senso potremo intenderlo nella nota di PROBO. E, se veramente questa si riferisce al nostro argomento, tanto più è logico il farlo, dappoichè la restituzione reale nel maggior numero dei casi, e anche se si tratti di cose mobili, è impossibile che venga

<sup>45)</sup> *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del dir.), vol. III, pagina 6 seg.

<sup>46)</sup> Loc. cit. pag. 357 nota 4. Similmente lo disapprova lo SCHMIDT, *Liter. Centralblatt*, 1869 Col. 420.

<sup>47)</sup> *Confessio*, pag. 148.

<sup>48)</sup> Ivi nota 2.

<sup>49)</sup> Vedi sopra § 1838 a num. 90 pag. 483 (edit. ted, parte II, pag. 117).

effettuata nella medesima udienza, nella quale è pronunciato l'interdetto <sup>49a</sup>); sicchè il precetto incondizionato, di restituire prima di abbandonare l'udienza, sarebbe addirittura uno scherno.

S'intende di per sè, che la *formula arbitraria* aveva una *intentio in factum concepta*, perocchè i presupposti del dovere di restituire o di esibire ricevevano la loro forza obbligatoria unicamente dall'autorità del magistrato interdicante.

Com'è già stato detto di passaggio <sup>50</sup>), l'impetrato, domandando un arbitro, si sottraeva anche alla prestazione di una cauzione, a cui era altrimenti tenuto, semprechè il motivo ne fosse riposto nel ritardo, che portava con sè la procedura *per sponsionem*. Noi possiamo ciò dedurre dal fatto, che la *cautio fideicommissorum servandorum* per un fedecommesso devoluto ma contestato può esser ricusata dall'onerato, perchè nulla s'opponesse all'immediato disbrigo della causa concernente il fedecommesso <sup>51</sup>); mentre la *cautio legatorum servandorum* deve aver luogo anche per un legato devoluto, perchè la causa concernente questo legato è vincolata al *rerum actus* <sup>52</sup>). La facilitazione che così si offriva era, come abbiamo già accennato, un nuovo incitamento per l'impetrato a domandare un arbitro.

§ 1838 e.

3) *La procedura in iudicio* <sup>1</sup>).

102. Dalla procedura *per sponsionem* scaturivano, come abbiamo veduto, in ciascun caso più *actiones*, cioè da un lato le *conditiones certi*

<sup>49 a</sup>) Cfr. SCHMIDT, *Lit. Centralblatt*, 1869 Col. 420.

<sup>50</sup>) Vedi sopra § 1838 b num. 92 pag. 495 (ediz. ted. parte II, pag. 133 alla nota 30).

<sup>51</sup>) L. 3 pr. D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4 (ULP. lib. LII, *ad ed.*): *Si is, a quo satis petitur, offerat cognitionem et dicat: « hodie constet de fidei commissio, hodie agamus » dicendum est, cessare satisfactionem, cum possit ante de fideicommissio quam de satisfactione constare.* Cfr. GAIO, II, 279.

<sup>52</sup>) L. 15 pr. D. *ut legat.*, XXXVI, 3 (PAUL. lib. LXXV, *ad ed.*): *Etiam de praesenti legato locum habet satisfactio, quia nonnullus moras exercitio iudicii habet.* Cfr. in proposito FRANCKE, *Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione* (Commentario del titolo delle Pandette *De hered. petit.*), pag. 29 seg.

<sup>1</sup>) SCHMIDT, *loc. cit.* pag. 270-284.

sulle *sponsio* e *restipulatio*, o, negli *interdicta duplicia*, sulle *sponsiones* e *restipulationes* bilaterali, dall'altro lato un'azione sussidiaria dell'impetrante vincitore, o, nell'*Uti possidetis* e forse anche in altri *interdicta duplicia*, un'azione sussidiaria o più azioni sussidiarie del *minus licitans* vincitore. Queste azioni sussidiarie sono per lo più *actiones arbitrariae in factum conceptae*; fa eccezione con certezza l'azione derivante dalla *stipulatio fructuaria* nell'*Uti possidetis*, la quale è una *condictio certi*; una possibile eccezione è rappresentata dalle azioni sussidiarie di parecchi, forse di tutti gli *interdicta prohibitoria simplicia*, le quali possono esser state delle ordinarie *actiones in factum conceptae*.

I giudici giurati per tutte queste azioni vengono presi dall'*album iudicum selectorum*: per lo più essi fungono come singoli giudici; in certi casi, per esempio nell'interdetto *de vi armata*, come *recuperatores*.

Nella procedura *per arbitrum* ha luogo sempre una sola *actio*, cioè una *formula arbitraria in factum concepta*; e la nomina dell'*arbitrator* non è vincolata all'*album iudicum selectorum*.

Può ritenersi come sottinteso, che quelle peculiarità, che sono determinate dalla specie dell'*actio* e dei *iudices*, hanno applicazione anche alle azioni derivanti dagli interdetti. Così per esempio troviamo osservata nell'interdetto *de vi armata* innanzi a *recuperatores* la regola generale, secondo la quale nei giudizi per *recuperatores* non erano ammessi più di dieci testimoni per ciascuna delle parti <sup>2)</sup>.

<sup>2)</sup> CIC. *pro Caec.*, X, 28: *Decimo vero loco testis expectatus est ad extremum reservatus etc.* cfr. LEX MAMILIA, c. LV: *testibus publice dumtaxat in res singulas X denuntiandi potestatem facito.* EDICT. VENAFRAN., v. 66: *testibus dumtaxat X denuntiando quaeri placet.* VAL. PROB., in *edictis perpetuis* nr. 8 (KR.). Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q. P. D. T. D. D. P. F. = *quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam.* Non è del tutto chiaro, come si comporti in questo proposito la LEX URSON., c. XCV, tab. III, col. 2 v. 4 sq.: *Testibusque in eam rem publice dumtaxat h(ominibus) XX, qui colon(i) incolaeve erunt, quibus is (la tavola ha: his), qui rem quaeret (la tavola ha: quaerere), volet, denuntietur facito.* v. 13 sqq.: *dum ne omnino amplius h(omines) XX, in iudicia singula testimonium dicere cogantur.* Il BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. XII, pag. 122 e pag. 124 sotto il num. 3, reputa questi precetti una pe-

Similmente potremo ritenere, che come altri processi di competenza di *recuperatores* presi dall'albo, così pure i processi interdittali, che dovevano venir giudicati da giudici di tale specie, venivano discussi al principio del *rerum actus* <sup>3)</sup>. E senza dubbio i *recuperatores* sottostavano nei processi interdittali al medesimo obbligo dell'immediata istruzione e decisione, che nelle altre cause ad essi affidate <sup>4)</sup>.

Per contro resta dubbio, se la circostanza, che un'azione serve allo svolgimento della procedura derivante da un interdetto, non influisca dal canto suo sul trattamento giuridico di quest'azione in taluni punti. Tali punti sono: 1.° la forza richiesta per la prova; 2.° l'*officium iudicis*; 3.° l'esecuzione forzata e 4.° il rapporto tra gli interdetti basati su delitti e la persecuzione penale dei delitti stessi.

1) Se è incontestato, che rispetto alla ripartizione dell'onere della prova per le azioni derivanti da interdetti valgono in tutto le regole generali <sup>5)</sup>, è invece, o per lo meno era, assai controverso, se non fosse stata sostituita già nel diritto classico alla prova formale

---

culiarità dei *iudicia recuperatoria* istituiti nella *lex Ursonensis* per le multe fondate in essa. Ma l'ultima norma non accennerebbe essa forse con l'*« omnino amplius homines XX »*, a voler dire, che il numero totale dei testimonii per ambedue le parti non deve oltrepassare i venti, mentre, in completa armonia con ciò, i passi rimanenti parlano della facoltà delle singole parti di adoperare dieci testimonii? Certo, se così fosse, la prima delle norme, del resto diplomaticamente non scevra di dubbi, sopra riferite dalla *lex Ursonensis*: *« quibus is qui rem quaeret volet »*, avrebbe bisogno di una spiegazione o di una modificazione; perocchè è difficile, che l'accusatore possa con semplice opposizione impedire la citazione dei testimonii designati dall'accusato.

<sup>3)</sup> Vedi O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ord. giud. rom.), § 24 pag. 259 seg. § 38 pag. 446 seg.

<sup>4)</sup> Ivi § 24 pag. 257 segg.

<sup>5)</sup> Per conseguenza spetta all'impetrante anche il provare, che l'interdetto, su cui egli fonda la sua *actio*, è anche realmente stato emanato. Del resto questa prova potrà esser fornita senz'altro dai giornali del magistrato interdicente. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 271 nota 1 messo in correlazione con la pag. 233 sotto il num. III, in fine, e su di esso BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* (Proced. civ. rom.), vol. II, § 93 nota 85 pag. 360.

L'impetrato ha l'onere della prova rispetto alla *condictio ex restipulatione*; ma se l'impetrante non fornisce la sua prova, quest'onere è così eliminato: in sostanza la prova dell'impetrato è una diretta controprova contro la prova dell'impetrante. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 272 sotto il num. I i. f.



il semplice certificato in tutte le azioni derivanti da interdetti, oppure in alcune di esse.

L'opinione, che attribuisce a tutti gli interdetti quest'agevolazione <sup>6)</sup>, si appoggia a quei dettami delle fonti, a tenore dei quali ha luogo per gli interdetti un acceleramento della procedura <sup>7)</sup>.

Senonchè, a prescindere totalmente, che nessuno di questi passi contiene una testimonianza diretta pel diritto classico di procedura interdittale, nessuno di essi dice nemmeno, che l'acceleramento di quelle cause, nelle quali per l'addietro veniva applicata la procedura interdittale, avvenisse mediante l'uso di semplici certificati.

All'incontro una serie di passi attesta, che nell'antica procedura interdittale la parte, a cui incombeva l'onere della prova, era tenuta a dare una prova completa <sup>8)</sup>.

GAIO IV, 167 sq. (sopra pag. 511; ediz. ted. parte II pag. 153);

— *si non probat ad se pertinere possessionem — si non probaverit — etc.*

L. 1 § 4 D. *de itin. actus priv.* XLIII, 19:

<sup>6)</sup> Il suo ultimo rappresentante è il THIBAUT, *Arch. für Civ. Praxis* (Archivio di pratica civile), vol. X, nr. 23 pag. 456-472. Cfr. MÜHLENBRUCH, *Entwurf des gemeinrechtlichen Civilprozesses* (Progetto della proc. civ. del dir. comune), 2.<sup>a</sup> ediz. 1840 § 427 pag. 205 segg. messi in correlazione col § 426 pag. 203.

<sup>7)</sup> Questi sono innanzi tutto quei passi del *Codex Theodosianus*, secondo i quali aveva luogo l'esenzione dai termini della *litis denuntiatio* (cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), vol. III, § 151 pag. 237 seg. nota 34), cioè per l'*Unde vi* la L. 5 Cod. th., *de denunt. vel edit. resc.* II, 4 dell' a. 389; per l'*Utrubi* la L. un. Cod. th., *utrubi*, IV, 23 dell'a. 400 — L. 14 Cod. iust., *de agric.* XI, 48 (47); per tutti gli interdetti la L. 6 Cod. th., *de denunt. vel edit. resc.*, II, 4 dell'anno 406. — L. 4 Cod. I. *de interd.* VIII, 1. In quanto questi passi sono stati introdotti nel *Codex iust.* essi parlano di acceleramento in generale. Vengono poi alcuni passi del *Codex theod.*, i quali già ivi parlano in generale, e finalmente un passo del *Cod. Iust.*, che fa ciò in seguito a un'interpolazione; essi sono: riguardo all'*Unde vi* L. 2 Cod. th., *unde vi*, IV, 22 dell'a. 318. — L. 8 Cod. I. *cod.*, VIII, 4; L. 4 Cod. th., *cod.* dell'a. 396; L. 8 § 1 Cod. th. *de iurisd.*, II, 1 dell'a. 395. — L. 8 Cod. I. *unde vi*, VIII, 4; L. 1 pr. Cod. I. *si per vim.*, VIII, 5 (in forza di interpolazione nella L. 1 Cod. th., *cod.*, IV, 22 dell'a. 326); riguardo al *Quorum bonorum*, L. 22 Cod. th., *quor. app.*, XI, 36 dell'a. 374 e L. 1 § 2 Cod. th., *quor. bon.*, IV, 21 dell'a. 395. — L. 3 § 1 Cod. iust. *cod.* VIII, 2.

<sup>8)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 274 seg. sotto il num. 4.

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*) *Si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare vel iter vel actum in usu habuisse.*

L. 3 § 13 *cod.* (sopra pag. 76; ediz. ted. parte I pag. 100 seg.):  
*nisi vere habet servitatem.*

L. 1 i. f. *Cod. quor. bon.* VIII, 2 (vedi sopra pag. 108; ediz. ted. parte I pag. 143):

*interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.*

E s'accordano anche solo con l'onere della piena prova i due fatti del processo interdittale di Cecina, adottati con ragione dallo SCHMIDT<sup>9)</sup>, che Ebuzio ha condotti non meno di dieci testimoni per la sua difesa<sup>10)</sup>, e che i giudici, sebbene tenuti come *recuperatores* particolarmente a un rapido disbrigo della causa, in due udienze precedenti avevano differita l'emanazione della sentenza, sebbene ciò, come CICERONE osserva espressamente, fosse accaduto non tanto a cagione dell'incertezza giuridica, quanto piuttosto avuto riguardo all'effetto disonorante della condanna da pronunciare<sup>10a)</sup>.

Rispetto alle azioni delle sponsioni inoltre non si saprebbe ben spiegare, come potesse bastare una semplice verosimiglianza per l'esistenza dei loro presupposti: *si adversus edictum praetoris factum est o: si contra edictum praetoris non restituisti o exhibuisti* o simili, mentre nelle azioni di tutte le altre sponsioni il loro presupposto doveva essere pienamente provato<sup>11)</sup>.

<sup>9)</sup> Loc. cit. pag. 275 seg. num. 5.

<sup>10)</sup> Cic., *pro Caec.*, X, 28 (vedi sopra nota 2).

<sup>10 a)</sup> *Pro Caec.*, II, 6: *non vos tam propter iuris obscuram dubiamque rationem bis de eadem causa dubitasse, quam quod videtur ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere, moram ad condemnandum anquisisse simul et illi spatium ad sese colligendum dedisse.*

<sup>11)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 274 num. 2. — Minor peso invece deve darsi a mio parere, al fatto, che l'interdetto vincola la sua efficacia all'esistenza di certe circostanze, per es: *quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt* ecc. oppure « *Unde in hoc anno tu illum vi deieicisti* » ecc., o non: — « *si has (sc. tabulas) penes te esse ve-*

E se nelle azioni delle sponsioni era necessaria una piena prova, è certo, che non si può ritenere, che nelle azioni proposte innanzi a un arbitro abbia bastato un semplice certificato. Come osserva acutamente lo SCHMIDT <sup>12)</sup>, l'impetrato si sarebbe allora ben guardato dallo scegliere la *formula arbitraria* aiutando così l'avversario a vincerlo mercè una così notevole facilitazione della prova. E sarebbe anche contrario ad ogni *ratio iuris*, il domandare sempre piena prova nelle azioni derivanti da interdetti proibitori, e in quelle che derivano da interdetti imperativi appagarsi della semplice verosimiglianza, o domandare parimenti la piena prova a seconda della formula d'azione adoperata.

Tutte queste ragioni valgono anche contro una distinzione di tal genere, che si può esser tentati di fare, tra gli interdetti, che creano uno stato di cose definitivo (*proprietas causam continent*) e quelli, che fondano solo uno stato provvisorio (*possessionis causam continent*), richiedendo per i primi in rapporto al loro effetto la piena prova, e contentandosi invece per gli altri della sola verosimiglianza. Chè se si volesse per di più con ciò dire, che per il loro stesso concetto debbano gli interdetti *possessionis causam continentia* escludere la prima prova, quella definizione scambierebbe l'oggetto della prova con la forza di essa <sup>13)</sup>. Se l'effetto reale della decisione per esempio di una lite sul possesso può venir revocato mediante la consecutiva *rei vindicatio* di colui, che in quella è rimasto perditoro, non è punto necessario far derivare tal fatto dalla difettosa esecuzione della prova del primo processo: esso si spiega in tutti i casi con la circostanza, che nel processo possessorio è stata pronunciata la decisione di un tutt'altro rapporto giuridico, che nel possesso sulla proprietà <sup>13a)</sup>.

---

*risimile est* » e simili. Perocchè, segnatamente se ammettiamo che nell'albo vi fosse una disposizione generale sulla procedura, non è in sè inconcepibile, che pel fatto controverso fosse richiesta, non la ferma convinzione del giudice, ma solo maggiore o minore probabilità.

<sup>12)</sup> Loc. cit. pag. 274 sotto il num. 3.

<sup>13)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 273 alla nota 3.

<sup>13 a)</sup> L. 14 § 3 D. de exc. rei iud., XLIV, 2: (PAUL., lib. LXX, ad ed.), *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur.*

L'uso del solo certificato quale peculiarità degli interdetti di effetto provvisorio potrebbe quindi esser inteso al massimo come istituzione positiva. Ma che esso non risulti nemmeno in questa forma pratica, lo mostrano i passi sopra citati: GAIO IV, 167 sq. e L. 1 § 4 D. *de itin. actuq. priv.* XLIII, 19, i quali precisamente per interdetti a tutela del possesso di cose e del possesso di servitù prescrivono un *probare*, cioè una piena prova.

Resterebbe dunque dubbio tutt'al più, se la procedura interdittale si limitasse a un semplice certificato per lo meno là, dove l'interdetto decide precisamente sul medesimo rapporto giuridico, che nonostante la decisione pronunciata in seguito all'interdetto ottiene la sua sistemazione definitiva solo con un altro mezzo di tutela giuridica. Chè senza quella limitazione sembra addirittura impossibile il potere riservare la decisione definitiva. Senonchè anche in questi angusti limiti bisogna risolutamente respingere quest'ipotesi: la presupposta relazione tra interdetto provvisorio e mezzo di tutela giuridico definitivo sul medesimo rapporto giuridico è affatto ignota al diritto classico. I due esempi, che sogliono esser adottati per quella relazione, sono il *Quorum bonorum* e il *Salvianum*: ora dell'ultimo noi sappiamo, che la sua natura provvisoria non si fonda che su di una infelice interpolazione<sup>14)</sup>, e quanto al *Quorum bonorum* abbiamo mostrato, che esso veniva ricusato precisamente là, dove l'avversario affermava un diritto di successione definitivo<sup>15)</sup>; che esso quindi in realtà non concerneva punto la stessa questione, sulla quale decideva l'*hereditatis petitio*. Oltre di che anche le parole della L. 1 i. f. Cod. *quor. bon.* VIII, 2 riportate sopra a pag. 575 (Ediz. ted. parte II pag. 238) insegnano che in esso era richiesta la piena prova.

103. 2) Nello stesso modo che in rapporto alla prova non ha luogo una distinzione tra le azioni derivanti da interdetti e le altre azioni, non si deve ammettere, che ve ne sia in generale per l'*officium iudicis* tra le azioni della prima specie, che danno campo a tale *offi-*

<sup>14)</sup> V. sopra § 1835 a num. 29 pag. 125 seg. (ediz. ted. parte I, p. 166 seg.), alla nota 47 segg.

<sup>15)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 16 segg. pag. 84-115 (ediz. ted. parte I, pagina 110-152).

cium e le altre azioni, che permettono un'estimazione del giudice. Vi sono però dei casi singoli, nei quali regna una norma diversa rispetto al *fructus* e alla *mora*.

La regola per il trattamento dei frutti <sup>16)</sup> nelle azioni interdittali è enunciata dalla L. 3 D. h. t.:

(ULP. lib. LXIX *ad ed.*) *In interdictis exinde ratio habetur fructum, ex quo edita sunt, non retro.*

Il principio sul periodo di tempo del computo degli interessi in genere, di cui il computo dei frutti non è che una parte, viene applicato a un caso singolo dalla L. 8 § 4 D. *de prec.* XLIII, 26:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*) *Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est: ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur.*

Un'eccezione a quel principio si trova invece nella L. 1 §§ 40 sq. D. *de vi* XLIII, 16:

(ULP. lib. LXIX *ad ed.*) § 40: *Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur. idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant: nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis deiectus est* <sup>16a)</sup>. § 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 esset is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui aut eorum (nomine ins. M.) litem a iudice aestimari debere, eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset se vi deiectum non esse.*

Non staremo a ricercare, se in origine la L. 1 § 40 cit. D. *de vi* abbia esistito contemporaneamente con la L. 3 cit. h. t. <sup>17)</sup>; ciò, di

<sup>16)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 40-46.

<sup>16 a)</sup> Vedi anche L. 38 § 5 D. *de usur.* XXII, 1: (PAUL. lib. VI, *ad Plautium*), *Ed ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto Unde vi, etiam fructus sunt restituendi.* L. 4 Cod. *unde vi*, VIII, 4 (vedi infra § 1840 num. 121 in principio).

<sup>17)</sup> Come ritiene lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 44 seg. alla nota 20.

cui in nessun caso può dubitarsi, si è, che quel principio, enunciato in apparenza come generale non vale nell'*Unde vi*.

E quell'eccezione, come la rigorosa responsabilità del deiciente in genere, è stata dai Romani spiegata col concetto, che il deiciente, come il *fur*, si trova *in mora* a partire dal suo delitto.

L. 1 cit. § 35 D. *de vi* XLIII, 16: *Denique scribit JULIANUS eum, qui vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, proprius esse, ut etiam sine culpa eius mortuis hominibus aestimationem eorum per interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur. huic consequens esse ait, ut villae quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur: ubi enim quis, inquit, deiecit, per eum stetisse videtur, quo minus restitueret.* § 36: *Idcirco constare ait, eum, qui vi deiecit quique vi (tum quoque ubi scr. M.) sine dolo malo desierit possidere, interdicto teneri.*

Però appunto il principio fondamentale mostra, che il punto di vista della mora qui vi addotto non è altro che una frase poco felice usata a chiarire la rigidità di un obbligo, che è fin dal principio particolarmente proprio di un'obbligazione in forza della speciale causa di questa<sup>18)</sup>. Giacchè, se fosse la mora come tale, oìè che causava quella rigidità, bisognerebbe aspettarsi, che essa anche in tutti gli altri diritti di natura obbligatoria perseguibili per mezzo di un interdetto avesse per effetto l'obbligo di risarcire l'interesse; quest'obbligo comincerebbe al più tardi *ex interdicto reddito*, e di regola già con un avvertimento debitamente fatto prima di ottenere l'interdetto. Ora la cosa non sta punto così: negli altri interdetti l'obbligo per l'interesse sorge solo con l'emanazione dell'interdetto, per esempio anche nell'interdetto *de precario*, sebbene l'impetrato sia stato forse molto tempo prima invitato a restituire, e sappia benissimo, che può esser costretto a farlo.

Vero è, che chi ritiene con lo SCHMIDT<sup>19)</sup>, che solo l'emanazione dell'interdetto fonda un obbligo giuridico, può stimar ciò affatto logico. Egli dovrebbe però sempre spiegare come avvenga, che il

<sup>18)</sup> Cfr. G. HARMANN, *Die Obligation*, pag. 237 segg.

<sup>19)</sup> Loc. cit. pag. 189 segg.

deiciente possa esser posto in mora, oppure in uno stato paragonabile nei sui effetti alla mora, dal fatto della deiezione in sè, quindi in ogni caso prima dell'emanazione dell'interdetto, cioè, giusta l'opinione dello SCHMIDT, prima dell'esistenza di un qualsivoglia obbligo giuridico. E se, come io credo, sul terreno dell'opinione dello SCHMIDT non può darsene una spiegazione, questo fatto è una prova stringente contro quella opinione <sup>19a</sup>).

Noi invece, partendo dall'opinione opposta, dovremo desumere dai dettami delle fonti surriferiti, che i Romani non hanno applicato agli interdetti quell'equità, sulla quale poggia tutta la teoria della mora <sup>20</sup>) <sup>21</sup>).

Ciò vien confermato dalla L. 14 § 11 D. *de furt.* XLVII, 2:

(ULP. lib. XXIX *ad Sabin.*) *Is, qui precario servum rogaverat, subrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum puto etiam culpam praestare et ideo furti agere posse.*

Infatti se l'emanazione dell'interdetto mettesse il precarista in mora, egli non ne uscirebbe libero con la sola responsabilità per la *culpa*, ma dovrebbe rispondere anche dell'avere, senza propria colpa, resa impossibile la restituzione.

Anzi v'è di più! Anche la distinzione derivata dall'equità tra la *bona* e la *mala fides* del convenuto, che è così importante per la responsabilità di costui di fronte alla *rei vindicatio* e l'*hereditatis petitio*, non trova applicazione di fronte agli interdetti. Il precarista, il quale con l'invito alla restituzione viene ad essere senza dubbio in *mala*

<sup>19 a</sup>) Vedi infra § 1839 a num. 117 alla nota 7 segg.

<sup>20</sup>) L. 91 § 3 D. *de V. O.*, XLV, 1: (PAUL. lib. XVII, *ad Plautium*). — CELSUS *adulescens scribit — esse — hanc questionem de bono et aequo.*

<sup>21</sup>) Così, se bene intendo, giustamente il GÖPPERT, *Ueber die organischen Erzeugnisse* (Sui prodotti organici) riferendosi particolarmente all'interdetto *de precario* dice a pag. 119 nota 38: « di vera e propria mora nel senso tecnico nel *precarium* non può già parlarsi »; — e senza dubbio lo KNIER, *Die Mora des Schuldners* (La mora del debitore), Vol. II, pag. 615. — Sulla L. 8 § 6 D. *de prec.*, XLIII, 26 cfr. sotto il num. 23.

*fides* riguardo al diritto di continuare a tenere la cosa ricevuta *precario*, oionondimeno è responsabile solo *interdicto reddito* per l'interesse, e in rapporto alla cosa stessa anzi anche allora unicamente per la *diligentia*, e non per l'aver reso, senza sua colpa, impossibile la restituzione. Lo stesso dovrà valere anche pel possessore di mala fede di cose appartenenti a un'eredità altrui, citato in giudizio col *Quorum bonorum*: esso non è soggetto a obblighi più rigorosi che il possessore di buona fede.

Questi fatti, che a prima vista sembrano tanto strani, hanno, a mio parere, una spiegazione affatto naturale.

L'obbligo del convenuto negli interdetti riguardo ai frutti e al risarcimento, per aver senza colpa reso impossibile la sua prestazione, era stato già da lungo tempo determinato, quando ebbero sviluppo le dottrine della *mora solvendi* e del vario rigore della responsabilità del *bonae fidei possessor* da un lato e del *malae fidei possessor* dall'altro. E quando ciò fu avvenuto, si poteva stimare non necessario, di estendere i perfezionamenti così raggiunti agli interdetti, nei quali senza di esse mercè una semplice norma si otteneva fino a un certo punto lo stesso, che poteva ottenersi con quelle.

Questa semplice norma è quella, in forza della quale *ex interdicto reddito*, senza riguardo ad alcun altro fatto, ma solo per aver l'impetrato senza colpa reso impossibile la prestazione, a cui è tenuto, l'obbligazione di questo ascende a tutto ciò, che l'impetrante avrebbe, se fosse stato, subito soddisfatto in modo da non dover sperimentare il giudizio, — in altri termini in forza della quale il medesimo aumento dell'obbligazione fino alla cosiddetta *omnis causa rei*, che nei diritti perseguibili con *actiones* vien prodotto dalla *litis contestatio*<sup>22</sup>), in quelli perseguibili con interdetti avviene con l'emana-zione dell'interdetto.

<sup>22</sup>) Vedi segnatamente L. 31 pr. D. de R. Cr., XII, 1: (PAUL. lib. XVII, ad Plautium), *Om fundus vel homo per conditionem petitus esset, pulo hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.* L. 20 D. de R. V., VI, 1 (GAI. lib. VII, ad ed. prov.), — *nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo*



L. 8 § 6 D. *de prec.* XLIII, 26:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*) *Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram* <sup>23)</sup> *quis fecit precario, omnem causam debet constituere.*

Certo l'aumento, che la *litis contestatio* produceva nell'obbligazione del convenuto, non rendeva superfluo un aumento consimile in seguito alla sua mora o alla sua mala fede: non era in potere dell'attore l'eseguire in qualunque tempo la *litis contestatio*, poichè questa era legata al *rerum actus*. L'emanazione di un interdetto invece poteva egli ottenere quando volesse, producendo in qualunque momento gli paresse l'aumento dell'obbligazione dell'avversario. La differenza, che adunque resta tra l'effetto dell'*interdictum redditum* da un lato e l'effetto della mora e della mala fede del convenuto dall'altro lato, sta unicamente nella diversa rigidità dell'obbligazione sorta dall'aver reso impossibile la prestazione. *Ex interdicto reddito* egli non risponde mai al di là della propria colpa; in seguito alla sua mora egli risponde incondizionatamente, e subito; in seguito alla mala fede egli risponde fino alla contestazione della lite soltanto della sua colpa, e dopo del pari incondizionatamente. Questa differenza per altro non è così rilevante, da richiedere impreteribilmente una modificazione. E così è stato mantenuto il diritto degli interdetti già sviluppato, e ciò tanto più poteva esser fatto senza inconvenienti, dappoichè, come abbiamo veduto, l'*Unde vi* formava un'importante eccezione a questo diritto.

---

*fuisse*, etc. L. 25 § 8 D. *de aed. ed.*, XXI, 1. L. 91 § 7 D. *de legat.*, I, L. 2 L. 3 § 1, L. 38 § 7 D. *de usur.*, XXII, 1. — GÖPPERT, loc. cit. Cfr. sopra § 1838 num. 88 pag. 442, ediz. ted. parte II pag. 63 seg.

<sup>23)</sup> Quest'espressione qui non ha il significato tecnico, ma designa, come risulta dal passo stesso, segnatamente se messo in correlazione col § 4 l. c., la non osservanza dell'ordine del pretore. GÖPPERT, loc. cit. — KNIER, loc. cit., vol. I, pag. 18. Similmente vien usata la parola « *mora* » per significare la disobbedienza al comando del giudice nella L. 15 § 3, L. 17 § 1 D. *E. V.*, VI, 1. — WETZEL, *Der römische Vindicationsprocess* (Il giudizio di rivendicazione in diritto romano), pag. 179 segg. — SAVIGNY, *System*, vol. VI, pag. 178 seg.

Ora però si domanda, se accanto a quest'eccezione non se ne debbano riconoscere delle altre. Lo SCHMIDT <sup>24)</sup> lo afferma per l'*interdictum fraudatorium* e per il *Quod vi aut clam*. Egli osserva, che ambedue quest'interdetti hanno ciò di comune con l'*Unde vi*, che loro base sono delle *obligationes ex delicto*; che il principio direttivo dev'essere: chi è obbligato *ex delicto*, deve prestare i frutti dal momento del delitto; e che non v'è inoltre nessuna ragione per non applicare anche agli altri due interdetti il punto di vista della *mora ex delicto* fatto valere nella L. 1 § 35 cit. D. *de vi* <sup>25)</sup>.

E difatti la responsabilità dell'impetrato anche per l'aver egli reso impossibile senza sua colpa il ristabilimento del pristino stato, a cui egli era tenuto, ci è attestata per ciascuno di quegli interdetti. Del *Quod vi aut clam* tratta la L. 15 D. *de vi* XLIII, 16, che nel rapporto, di cui parliamo, parifica pienamente questo interdetto all'*Unde vi*.

(PAUL. lib. XIII *ad Sabin.*) *Si vi me deieceris vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti aut vi aut clam fecisti.*

Al *fraudatorium* si riferisce la L. 25 § 1 D. *quae in fraud.* XLII, 8:

(VENUL. lib. IV *interd.*) *Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione et, si restituerit eam, desinit dotem habere: nec quioquam emancipatae divortio facto restitutum Labeo ait, quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur, ideoque absolvi solet reus, si restituerit. sed si priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem iudicio dotis nomine conventus, nihilo minus eum hac actione teneri Labeo ait nec ullum regressum habiturum ad mulierem: sin vero sine iudice, videndum, an ulla repetitio competat ei etc.* <sup>26)</sup>.

<sup>24)</sup> Loc. cit. pag. 41 seg.

<sup>25)</sup> Loc. cit. pag. 44 nota 19.

<sup>26)</sup> WINDSCHEID, *Pand.*, vol. II, § 463 nota 15. Sulla diversa opinione dello SCHEV, *Zeitschr. für Rechtsgesch.* (Rivista di storia del dir.), vol. XIII, pagina 169, il quale non tien conto di questo frammento, vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 250 (ediz. ted. parte I, pag. 333) alla nota 8.<sup>a</sup> E oltracciò negli interdetti s'intende di per sè, che *qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo*

Pel *Quod vi aut clam* ci è indicato anche il modo diverso di determinare l'interesse nei casi, di cui qui trattiamo. L'apprezzamento ha luogo mercè il giuramento dell'impetrante, quando la possibilità della restituzione è stata distrutta *dolo malo* (oppure, *culpa lata*, chè questa noi dovremo anche qui parificare al dolo); esso ha luogo per la via ordinaria a mezzo del giudice, quando quella possibilità è cessata per *culpa (levis)*, nella quale secondo la L. 15 D. *unde vi* XLIII, 16 (vedi sopra a pag. 583, ediz. ted. parte II pag. 249) dobbiamo intendere compreso anche il caso della distinzione affatto non colposa di quella possibilità.

L. 15 §§ 9 sqq. D. *quod vi* XLIII, 24:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*) *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.* § 10: *Eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset.* § 11: *Culpam quoque in hoc interdicto venire erit probandum; quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.*

E questa differenza dovrà osservarsi anche per l'*Unde vi* e il *fraudatorium*.

Invece riguardo alla *fructum praestatio* i Romani non trattano nemmeno i sunnominati interdetti in ugual modo.

Nel *Quod vi aut clam* colui, che ha reso impossibile la restituzione, deve prestare il pieno risarcimento dei danni<sup>27)</sup>; per conseguenza deve naturalmente indennizzare di tutti i frutti, che in seguito al suo atto sono mancati all'avversario. Però è difficile, che ciò appunto voglia dire la L. 38 § 11 D. *de usur.* XXII, 1.

(PAUL. lib. VI *ad Plautium*) *In interdicto quoque Quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur.*

L'unione dell'*omnis causa*, cioè dell'aumento dell'obbligazione, che si verifica al cominciare del processo<sup>27a)</sup>, coi *fructus* rende piuttosto

---

*habendus est, ac si haberet.* L. 157 § 1 D. *de R. I.*, L. 17. Vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 253 (ediz. ted. parte I, pag. 337) alla nota 19.

<sup>27)</sup> L. 15 §§ 7 sq. D. *quod vi*, XLIII, 24.

<sup>27 a)</sup> GÖPPERT, loc. cit. pag. 112 segg.

sommamente verosimile, che per *fructus* si voglia anche intendere quelli, che vengono restituiti solo *ex interdicto reddito*. E ciò è del tutto logico, inquantochè questi frutti appunto deve restituire anche colui, il quale non fa che *patientiam praestare* <sup>28</sup>). Se lo SCHMIDT a fondare l'interpretazione opposta afferma, che per *fructus venire in actione* si debbono intendere, giusta l'intero contenuto della L. 38 cit., esclusivamente quelle prestazioni di frutti, che abbracciano i frutti a cominciare da un'epoca anteriore a quella del *iudicium acceptum*, ciò non può in alcun modo dedursi dalle singole decisioni del frammento. Il § 7 dice espressamente, che in base a una stipulazione, diretta a conseguire per la prima volta una cosa, i frutti vengono prestati solo *post iudicium acceptum*. E infatti la questione posta nel *principium* del frammento dice in un modo affatto generale: *Videamus (generatim HAL.), quando in actione, quae est in personam, etiam fructus veniant*; ora *fructus venire in iudicium* vien senza alcun dubbio detto, anche allorquando i frutti debbono esser restituiti solo dal momento della contestazione della lite <sup>29</sup>). Ancora più verosimile appare il significato da noi attribuito alla L. 38 § 11 cit. dalla lettura di un altro frammento del medesimo libro della stessa opera, la L. 173 § 1 D. *de R. I. L.*, 17:

*Cum verbum «restituas» lege invenitur, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi.*

Senza dubbio questo frammento indisconoscibilmente interpolato <sup>30</sup>) generalizza la medesima idea, che la L. 38 cit. § 4 D. *de usur.*, XXII, 1, come ben presto vedremo, esprime esclusivamente in rapporto all'*interdictum fraudatorium*, sia che quella generalizzazione sia stata fatta solo dai compilatori <sup>31</sup>), sia che debba attribuirsi già a PAOLO,

<sup>28</sup>) Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 44 nota 18.

<sup>29</sup>) Vedi per es. L. 1 § 28 D. *si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5: (ULP., lib. XLIV, ad ed.), *In hanc actionem etiam fructus veniunt, qui sunt post litem contestatam percepti*. L. 4 § 2 D. *fin. reg.*, X, I: (PAUL. lib. XXIII, ad ed.). *Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio, etc.*

<sup>30</sup>) « Perocchè il *restituas* accenna a una formula interdittale; ora a quel giurista (PAOLO) non è certo mai venuto in mente di chiamar *lex* un interdetto »; SCHMIDT, loc. cit. pag. 45.

<sup>31</sup>) Come ritiene lo SCHMIDT; ed anche il MOMMSEN, ad L. 173 § 1 cit.

beninteso limitatamente agli interdetti. Ora però vedremo subito, che precisamente nel *fraudatorium* ha luogo una restituzione di frutti pel tempo anteriore all'emanazione dell'interdetto, solo in quanto questi nel momento dell'alienazione fraudolenta erano congiunti alla cosa principale alienata. Perciò non mi sembra lecito, soorgere nella semplice espressione *fructus restituantur* l'accento a tutti i frutti dal momento del *vi aut clam factum*. PAOLO ha certamente condiviso quell'opinione, che POMPONIO esprime in un passo, il cui *principium*, come fa rilevare lo SCHMIDT<sup>32)</sup>, mostra, che esso si riferisce agli interdetti. È la L. 246 § 1 D. de V. S. L, 16:

(POMPON. lib. XVI *epist.*) *Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem*<sup>33)</sup> *condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.*

Secondo questo frammento il significato del *restituere* è questione d'interpretazione in ciascun caso singolo.

Ciò è confermato dal modo, in cui vien trattato il *fraudatorium*. Giacchè a questo, e non alla *Pauliana*, riferisce a ragione lo SCHMIDT<sup>34)</sup>, giusta la sua *inscriptio*, la L. 25 §§ 4 sqq. D. *quae in fraud.* XLII, 8:

(VENULEIUS lib. VI *interdict.*) § 4: *Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt, item eos, qui post inchoatum iudicium recepti (percepti scr. KRUEGER sec. M.) sint: medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire. item partum ancillae per fraudem alienatae medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit.* § 5: PROCULUS ait, *si mulier post alienationem conceperit et, antequam ageretur, pepererit, nullam esse dubitationem, quin partus restitui non debeat: si vero, cum alienaretur, praegnas fuerit, posse dici partum quoque restitui oportere.* § 6: *Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se Labeo ait, utrum dumtaxat qui .ma-*

<sup>32)</sup> Loc. cit.

<sup>33)</sup> *Restituit non, qui solum corpus, sed qui omnem rem*, scr. (*tantum et etiam del.*) M.

<sup>34)</sup> Loc. cit. pag. 41 seg.

*turi an etiam immaturi fuerint, praetor significet; ceterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis possessionem restitui oportere. nam cum fundus alienaretur, quod ad eum fructusque eius attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum, cuius omnis generis alienationem fructus (cuius alienationem omnis generis fructus scr. OOSTERDYK sec. M.) sequi: nec eum, qui hiberno habuerit fundum centum, si sub tempus messis vindemiaeve fructus eius vendere possit decem, idcirco duas res, id est fundum centum et fructus decem (eum) habere intellegendum, sed unam, id est fundum centum (et decem ins.), si aut is quoque unam rem haberet, qui separatim solum aedium vendere possit.*

Il fatto qui attestato, che l'*interdictum fraudatorium* impone la restituzione dei frutti del tempo anteriore alla sua emanazione, solo in quanto essi nel momento dell'alienazione fraudolenta della cosa principale erano congiunti con questa, secondo l'interpretazione dello SCHMIDT apparisce come una limitazione richiesta dal tenore dell'interdetto:

*Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te IN BONIS, quibus de agitur, FECIT —*

nell'obbligo della restituzione, il quale senza tale limitazione si estenderebbe naturalmente a tutti i frutti di quell'intervallo di tempo. Senonchè a quell'interpretazione contrastano le chiare parole del nostro frammento: da esse si scorge, che il non dover essere restituiti i frutti del tempo intermedio non è una limitazione positiva di un dovere di per sè manifesto; anzi è al contrario un allargamento positivo, basato sul tenore dell'interdetto, dell'obbligo generale di restituire i frutti *ex interdicto reddito*, che vuole, che debbano esser restituiti anche i frutti congiunti con la cosa principale nel momento dell'alienazione di questa. In realtà nemmeno questi ultimi frutti sono compresi nella restituzione a causa della loro qualità di frutti, ma perchè nel momento decisivo sono stati parte materiale della cosa, come ci mostra segnatamente il trattamento del *partus ancillae* (che, come è noto, non era compreso nei *fructus*), nel § 5 L. 25 cit. Questa nostra interpretazione non viene minimamente scossa dalla L. 38 § 4 D. *de usur.*, XXII, 1:

(PAUL., lib. VI *ad Plautium*). *In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituantur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod* <sup>35)</sup> *non est iniquum, nam et verbum « restituas », quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.*

Lo SCHMIDT <sup>36)</sup> ha acutamente osservato, che il « restituas » accenna all'*interdictum fraudatorium* <sup>37)</sup>; invece l'affermazione, ch'egli vi connette, che così è riconosciuto « il principio della prestazione dei frutti » per il *fraudatorium*, è, a mio parere, una *petitio principii*, ove s'intenda dire, che senza la restrizione segnata dal tenore dell'*interdetto*, punendo il *fraudatorium* un delitto <sup>38)</sup>, dovrebbero giusta questo principio esser restituiti tutti i frutti dal tempo dell'*alienazione fraudolenta*. In verità da questo passo risulta precisamente il contrario. PAOLO vuol ancora chiarire la norma da lui enunciata, che nella *Fabiana* e nella *Pauliana* oltre la cosa principale fraudolentemente alienata si debbano, conformemente all'intenzione del pretore,

---

<sup>35)</sup> Il MOMMSEN vuol invece leggere « *quare* », mettendo tra parentesi le parole « *nam — significationem* » e facendo così dipendere l'« *ut fructus quoque restituantur* » da « *non est iniquum* ». a mio parere poco felicemente: perocchè la restituzione dei frutti vien fondata espressamente sul volere del pretore. Ora è certo agevole comprendere, come il giurista abbia voluto giustificare l'equità di questo volere, ma non che l'obbligo alla restituzione dei frutti dovesse dedursi solo mediante una speciale considerazione di equità dal fatto di questo volere, mentre è evidente, che tale obbligo è contenuto senz'altro nel volere del pretore. Cfr. GÖPPERT, loc. cit. pag. 110. Le parole « *ut fructus restituantur* » non sono che la spiegazione della *plena significatio* del « restituas ». Così anche il LENEL, *Ed. perp.*, pag. 399 § 268 verso la fine.

<sup>36)</sup> Loc. cit. pag. 43 nota 16. — Mi sembra però sia infondata l'ipotesi quivi enunciata, che anche per la *Fabiana*, precisamente come per la *Pauliana*, abbia esistito per l'innanzi un *interdetto*; per la *res*, nella quale il pretore pronunciava il « restituas », deve intendersi solo l'*alienatio in fraudem creditorum*, e non anche l'*alienatio in fraudem patroni*. Oltre di che la *Pauliana* è più antica dell'*interdictum fraudatorium*; e per l'istituzione di un *interdetto* analogo accanto alla *Fabiana* non v'era la ragione urgente dell'acceleramento del processo, che rendeva desiderabile il *fraudatorium*. Vedi *infra* § 1839 num. 115 alla nota 58.

<sup>37)</sup> Vedi anche LENEL, loc. cit.

<sup>38)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 44 alla nota 19.

restituire anche dei frutti, adducendo il caso analogo del *fraudatorium* diretto parimenti contro un'alienazione fraudolenta. In questo il *iudicium secutorium* e la *formula arbitraria* conteneva un accenno espresso di quei frutti, che al tempo dell'alienazione erano stati parte della cosa principale <sup>39)</sup>; con ciò era evidentemente detto, che il *restituas* dell'interdetto accanto alla cosa principale comprendeva anche dei frutti. Lungi adunque dall'enunciare l'estensione in massima dell'obbligo alla restituzione a tutti i frutti dal momento dell'alienazione, la L. 38 § 4 cit. si riferisce a una formula, che ordina la restituzione dei frutti in un assai ristretto ambito <sup>40)</sup>.

Il principio posto dallo SCHMIDT per gli interdetti *ex delicto* adunque non esiste. Ed è tanto più importante il constatar ciò, dappoichè oltre i tre interdetti sunnominati molti altri puniscono un delitto, in quanto essi sono diretti contro colui, *qui dolo malo possidere o habere*

<sup>39)</sup> LENEL, loc. cit. pag. 399 § 268 alla nota 3.

<sup>40)</sup> La L. 10 § 20 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8, la quale giusta la sua *inscriptio* (ULP. lib. LXXIII, *ad ed.*) tratta parimenti del *fraudatorium* (LENEL, loc. cit. pag. 398 nota 3), deve quindi venir riferita ai frutti *ex interdicto reddito*, come del resto risulta già dal suo nesso col § 19, che tratta della *causa rei*. Cfr. GÖPPER, loc. cit. pag. 230 segg. nota 7, al quale certo un errore di stampa fa dire in WINDSCHEID, *Pand.*, vol. II, § 463 nota 17, 5.<sup>a</sup> ediz. pag. 739, 6.<sup>a</sup> ediz. pag. 780, il contrario di ciò, che egli dice realmente, ponendo « al tempo prima del principio del processo » invece di « dopo il principio del processo ». Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 42 nota 14, riferisce la L. 10 § 19 sq. cit. alla *Pauliana*, nella quale, a suo credere, sarebbero da restituirsi tutti i frutti a datare dall'alienazione, anche i *percipiendi*. — Non è qui il luogo di ricercare, se la *Pauliana* in rapporto ai *fructus* venisse trattata diversamente. Ci sia però permesso di osservare, che la L. 10 § 22 D. *quae in fraud.*, XLII, 8 non si oppone all'ipotesi di un trattamento pienamente uguale. Quando è stata fraudolentemente condonata un'obbligazione, s'intende di per sè, che deve esser restituito non solo il credito del capitale, ma anche ogni credito di interessi fondato su efficace promessa d'interessi, che senza la soppressione fraudolenta del credito del capitale sarebbero divenuti liquidi ed esigibili nel frattempo: perocchè col credito del capitale è necessariamente soppresso anche questo credito degli interessi; e appunto per ciò anche la loro soppressione è soggetta alla *revocatio*. Invece altri frutti, non sorti dall'efficace promessa d'interessi, che avrebbero potuto essere acquistati nel frattempo, non vengono restituiti: e ciò può provare al contrario, che nemmeno la *Pauliana* era punto diretta al risarcimento dell'intero interesse dal momento dell'alienazione fraudolenta.



*desiit*. Se realmente esistesse quel principio, dovrebbe, per esempio, il *dolo desinens possidere* esser tenuto in forza dell'interdetto *de precario* o del *Quorum bonorum*, non solo alla restituzione dei frutti dal momento della sua alienazione del possesso, ma anche al risarcimento incondizionato delle cose alienate. In realtà egli è responsabile pei frutti solo *ex interdicto reddito*, e per le cose anche dopo questo momento solo in quanto la loro restituzione è stata resa impossibile da una vera sua colpa.

Del resto il principio stabilito nella L. 3 D. h. t. per la *praestatio fructuum* essendo concepito in termini generali non va punto limitato agli interdetti restitutorii; l'impetrato anche dopo l'emanazione di un interdetto esibitorio o proibitorio risponde per tutti i frutti, che il suo contegno contrario all'interdetto ha fatto mancare all'avversario. Solo un esame superficiale potrebbe far credere, che sia detto il contrario per gli interdetti esibitorii nella L. 22 D. *de V. S.*, L. 16:

(GAIO, lib. XXII, *ad ed. prov.*). *Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam « exhibere » est praesentiam corporis praebere, « restituere » est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.*

L'antitesi qui commentata tra l'*exhibere* e il *restituere* vale, è vero, anche per gli interdetti, inquantochè un interdetto esibitorio non ordina mai la restituzione di frutti, il che vien fatto da taluni interdetti restitutorii, cioè: l'*Unde vi*, il *Quod vi aut clam*, e entro certi limiti il *fraudatorium*. Ma anche negli interdetti esibitorii *ex interdicto reddito* si deve restituire l'intero interesse <sup>41)</sup>, e di questo possono far parte anche dei frutti.

Analogamente si dovrà applicare agli interdetti esibitorii anche l'aumento dell'obbligazione dell'impetrato sino all'*omnis diligentia ex interdicto reddito*, che ci è attestato per l'interdetto restitutorio *de precario*. Negli interdetti proibitorii, che ordinano una semplice omissione, non può naturalmente parlarsi di ciò <sup>42)</sup>.

<sup>41)</sup> L. 3 §§ 11 sqq. *de tab. exh.*, XLIII, 5.

<sup>42)</sup> Basterà accennare di passaggio, che nelle *actiones arbitrariae ex interdicto* in generale era dato al convenuto, precisamente come nelle altre *ac-*

104. Un'altra osservazione richiede l'*officium iudicis* nelle azioni derivanti da interdetti proibitorii. Come abbiamo veduto sopra <sup>43)</sup>, questi interdetti hanno effetto esclusivamente pel futuro. Anche là, dove essi vietano la continuazione di uno stato di cose prodotto dall'impetrato, ciò avviene solo in quanto in questa continuazione è riposta una *vis adversus edictum* <sup>44)</sup>. Per conseguenza il *iudicium secutorium* non può aver mai per oggetto il risarcimento di un danno, verificatosi prima dell'emanazione di un interdetto proibitorio <sup>45)</sup>. Esso persegue solo il risarcimento di quel danno, che è sorto dall'*adversus edictum factum*. E tal'è per esempio anche la perdita del *ius aquae ducendae* avvenuta dopo l'emanazione dell'interdetto in forza del *non usus* causato da un impedimento contrario all'interdetto <sup>46)</sup>.

Come abbiamo veduto <sup>47)</sup>, l'istruzione del *iudicium secutorium* ha luogo solo eventualmente, cioè alla condizione, *si actor sponione vicerit*. In altri termini non si può in nessun caso procedere al *iudicium secutorium*, se il *iudex* non considera come provato un *adversus edictum factum*. L'osservazione quindi della L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 a proposito dell'interdetto proibitorio, *Ne quid in loco publico*:

---

*liones arbitrariae*, un termine per soddisfare l'avversario conformemente alla *pronuntiatio* avvenuta a favore di costui. Cfr. L. 4 § 2 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (vedi sopra § 1838 a num. 90 nota 40 pag. 477 (ediz. ted. parte II, pag. 110).

<sup>43)</sup> § 1837 num. 61.

<sup>44)</sup> Ivi num. 63 e 64.

<sup>45)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 55 segg. lettera C. Vedi anche WITTE, *Interd. Uti possidetis*, pag. 79. — BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie) pag. 44.

<sup>46)</sup> L. 1 § 23 *de aq. coll.*, XLIII, 20 (ULP., lib. LXX ad ed.). « *Præterea illud sciendum est, si, cum aquam duxisses, adversarius te prohibuerit, deinde tu interim ius aquae ducendae amiseris, in restitutionem hoc venire, ut tibi præstetur per hoc interdictum quod amisisti: et hoc verum puto* ». LENEL, *Ed. perp.*, pag. 385 § 251 i. f. Similmente in forza dell'*Unde vi utile* dell'usufruttuario deve esser ristabilito l'usufrutto estinto pel *non usus* in seguito alla decisione di quello. L. 9 § 1 D. *de vi*, XLIII, 16. Qui l'obbligo della restituzione sorge anche allorquando quella perdita sia già avvenuta prima dell'emanazione dell'interdetto. Lo stesso vale rispetto al *Quod vi aut clam* anche per altre servitù. L. 15 § 8 D. *quod vi*, XLIII, 24.

<sup>47)</sup> § 1838 b num. 92 pag. 490 segg. (ediz. ted. parte II, pag. 127 segg.).

(ULPIANO, lib. LXVIII *ad ed.*). *Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda,*

non può in alcun modo esser intesa nel senso, che tale cauzione possa essere imposta a un impetrato, che dev'essere assolto nell'azione derivante dalla *sponsio*, e abbia per di più vinto nella sua azione derivante dalla *restipulatio*. Donde dovrebbe nascere pel *iudex sponsionis* un *officium* di tale specie? Anche nel caso immaginato da ULPIANO si deve presupporre come avvenuta la condanna dell'impetrato nell'azione della sponsione, e quindi ritenere come indubitato un *adversus edictum factum*. Ma questo non è ancora divenuto un *opus*, cioè un lavoro, che renda manifesto il piano dell'impetrato, sia o no questo lavoro interamente compiuto secondo la sua intenzione <sup>48)</sup>; non sono stati fatti finora che dei preparativi, preparativi che peraltro già realizzano la disobbedienza dell'impetrato di fronte all'interdetto. L'impetrato, per esempio, dopo l'emanazione dell'interdetto ha scaricato delle pietre su di un fondo privato, attiguo al luogo pubblico, le quali sono manifestamente destinate alla costruzione vietata in quel luogo; ha assunto gli operai per questa costruzione, ha eseguite le misurazioni necessarie, ha forse anche inferto alcuni colpi di vanga ecc. <sup>48 a)</sup>.

---

<sup>48)</sup> La *Glossa ad h. l.* rinvia alla L. 21 § 3 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (ULP., lib. LXXX, *ad ed.*). *Opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta operis.*

<sup>48 a)</sup> Mi riesce incomprendibile l'opinione dello PFERSCHÉ, *Interdicte*, pagina 136 seg. Dopo aver osservato benissimo, che il *iudicium secutorium*, del cui effetto, secondo lui, qui si tratta, presuppone naturalmente, che il convenuto sia rimasto perditore anche nel procedimento della sponsione, egli domanda: come può il convenuto rimaner perditore, se *adhuc nullum opus factum erit?* e risponde a tale domanda così: « Per noi non c'è nessuna difficoltà, se pensiamo all'impedimento privato precedentemente mentovato (cioè mediante *operis novi nuntiatio* o mediante la *prohibitio*, che precedeva il *Quod vi aut clam*, pag. 134). L'attore ai primi preparativi, o dietro avviso (*sic*) del convenuto, ha fatta denuncia, o ha proibito, e poi, forse nella discussione della remissione, ha ottenuto l'interdetto proibitorio. La lite s'aggira naturalmente (?) soltanto sulle condizioni dell'interdetto: pubblicità del fondo, concessione dell'edificante, prevedibile danno dell'attore; il processo può perciò

Che quella norma si debba intendere così, è confermato dall'osservazione finale, giusta la quale deve aver luogo la cauzione anche *in personam heredum*. Sia che ciò significhi, come pare il più verosimile, che l'impetrato debba prestare la cauzione anche per gli eredi <sup>48 b)</sup>, sia che significhi nello stesso tempo, che l'obbligo di prestare quella cauzione si trasmette nei suoi eredi: in ambedue i casi l'obbligo giuridico sorto per lui si trasmette nei suoi eredi. Ora noi sappiamo, che dall'emanazione di un interdetto proibitorio di regola nasce una obbligazione per gli eredi dell'impetrato, solo allorchando quest'ultimo ha egli stesso già agito contro il divieto intimatogli <sup>49)</sup>. E non essendovi certo nessuna ragione di fare un'eccezione per il rapporto in discorso, dobbiamo partire dall'ipotesi, che l'impetrato medesimo si sia reso responsabile di un *adversus edictum factum*.

A favore dell'opinione opposta lo SCHMIDT <sup>50)</sup> adduce, che anche in altri processi viene talvolta imposta al convenuto una cauzione, sebbene questi debba esser assolto <sup>51)</sup>. Ma in simili casi in realtà l'obbligo del convenuto è sempre affatto fuor di dubbio; si tratta solo della disposizione necessaria per ottenere l'adempimento di questo obbligo; non si può quindi parlare di un'assoluzione senza prestazione di cauzione, nello stesso modo che non potrebbe altrove aver luogo un'assoluzione, quando non fosse fatta completa restituzione <sup>52)</sup>.

---

finire anche senza effettiva costruzione eseguita dal convenuto con una condanna di costui ». Ma dove sta qui l'*adversus edictum facere*, che è la condizione della vittoria dell'impetrante nella procedura della sponzione?

<sup>48 b)</sup> Così l'intende lo STÖLZEL. *Die Lehre von der operis novi nunciatio* (La dottrina dell'*op. n. nunc.*), pag. 160.

<sup>49)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 67 pag. 290 segg. (ediz. ted. parte I, pag. 388 e segg.) § 1828 num. 88 pag. 444 segg. (ediz. ted. parte II, pag. 65 e segg.).

<sup>50)</sup> Loc. cit. pag. 278 seg. alla nota 6. Anche il BURCKHARD in questo *Commentario* (ediz. ted. lib. XXXIX parte I, pag. 360) nota 12 ammette la possibilità, che l'impetrato possa esser tenuto alla prestazione di una cauzione, prima di avere agito *contra edictum*.

<sup>51)</sup> Lo SCHMIDT nella nota 6 cit. cita in proposito § 1 I. *de div. stipul.*, III, 18; L. 21 D. *de R. V.*, VI, 1; L. 4 § 1 D. *de eo, quod certo loco*. Applicazioni della *cautio de dolo* a cui accenna il § 1 I. cit. danno le L. 18, L. 20 in fine e le L. 45 D. *de R. V.*, VI, 1; L. 9 § 5 D. *quod met.*, IV, 2; L. 15 D. *de pign. act.*, XIII, 7; L. 26 § 1 D. *sol. matr.*, XXIV, 3; L. 7, L. 12 D. *si serv.*, VIII, 5.

<sup>52)</sup> L. 7 cit. D. *si serv.*, VIII, 5: — *si vero neque rem praestat, neque cau-*

In seguito a interdetti proibitorii però non sorge un obbligo a una prestazione positiva, se non quando è stato commesso un atto contrario al divieto. Bisogna perciò, contro l'opinione dello SCHMIDT<sup>53</sup>), ritenere senza alcun dubbio come affatto inammissibile, che a colui, che era citato con l'azione derivante dall'*Uti possidetis* (o più precisamente dall'*interdictum secundarium prohibitorium*), e che doveva essere assolto, perchè non aveva commessa ancora nessuna turbativa, venisse imposta una *cautio verbalis de non turbando*.

Per conseguenza in un altro frammento, che si riferisce all'ordine di prestar cauzione nel *iudicium secutorium* di un interdetto proibitorio, dobbiamo anche presupporre quale requisito di fatto, che dopo l'emanazione dell'interdetto si sia già verificato un *facere adversus edictum*. Intendiamo parlare della L. 15 D. de O. N. N., XXXIX, 1:

(AFRICAN. lib. IX quaest.). *Si prius, quam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse, aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse, altius tollere. idemque e contrario, si, cum quis agere vellet, ius sibi esse, invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vim facturum, eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punitur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.*

Se colui, che prima di un progettato *altius tollere* è stato citato in giudizio con la *confessoria* basata sull'affermazione di una *servitus altius non tollendi*, non si difende debitamente contro quest'azione, e segnatamente non dà la *cautio iudicatum solvi*, avviene, in seguito a

---

*tionem, lenti condemnat quanti actor in litem iuraverit.* Ciò vale anche pel caso della L. 21 cit. D. de R. V., VI, 1: il possessore di buona fede con la fuga, avvenuta senza sua colpa, dello schiavo richiestogli con la *rei vindicatio* non è completamente liberato dall'obbligo alla restituzione che gl'incombe giusta la *pronuntiatio secundum actorem*; tale obbligo continua a sussistere pel caso, che egli dovesse riacquistare il possesso dello schiavo, e un obbligo di questa specie può in quel tempo esser adempiuto solo mediante una cauzione.

<sup>53</sup>) Loc. cit. pag. 279 nota.

questa mancata *defensio*, un'inversione delle parti in giudizio di tal maniera, che l'*indefensus* deve astenersi ormai dall'*altius tollere*, fintantochè non sia riuscito egli vittorioso con la *negatoria* contro la *servitus altius non tollendi* affermata dall'avversario. Se all'incontro colui, che pretende avere una *servitus altius non tollendi*, citato in giudizio con la *negatoria*, non si difende contro quest'azione, egli non può impedire la fabbrica ormai intrapresa nè con l'*operis novi nuntiatio* nè di fatto, fintantochè non abbia da parte sua ottenuto, merchè la *confessoria*, il riconoscimento del suo diritto di divieto. In ambedue i casi l'astensione dall'*altius tollere*, o l'impedimento oppostogli, si ottiene per mezzo dell'interdetto proibitorio *Quam servitatem*. Se dopo l'emanazione di questo interdetto è stato commesso un atto contrario al suo divieto, e l'impetrante ha per conseguenza vinto con l'azione della *sponsio: an adversus edictum factum sit* — il *iudex* impone nel *iudicium secutorium* all'impetrato, che sfugge alla condanna alla *litis aestimatio*, una cauzione, affinché si astenga per l'avvenire dagli atti vietatigli <sup>54</sup>).

---

<sup>54</sup>) BURCKHARD, loc. cit. (ediz. ted. lib. XXXIX parte I, pag. 351 e segg.). — LENEL, loc. cit. pag. 386 seg. § 255. La L. 15 cit. .vv.: *partes iudicis — officio iudicis continebitur* e la L. 2 § 18 cit. (v. *officio iudicis continetur*) confutano senz'altro la opinione del RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza stor. del dir.), vol. XI, pag. 357, che il giudice nella procedura della sponsione (più esattamente: nel *iudicium secutorium*) non avesse il potere di imporre una cauzione. Vedi il RUDORFF stesso nella medesima Rivista vol. IX, pag. 36 seg. — SCHMIDT, loc. cit., pag. 279 alla nota 7. — BURCKHARD, loc. cit. (ediz. ted. pag. 359) alla nota 10. Anche la cauzione mentovata nella L. 60 § 1 D. *de usufr.*, VII, 1, del possessore pretendente alla proprietà, che non si difende contro la *confessoria* del presunto usufruttuario, la quale è parte dell'obbligo alla restituzione fatto valere nell'interdetto restitutorio *Quem usumfructum*, viene al bisogno imposta dal *iudex* nel *iudicium secutorium* o nell'*actio arbitraria* derivante da quell'interdetto. — LENEL, loc. cit. pag. 382 nota 9. Del pari le due cauzioni mentovate nella L. 7 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20, che debbono prestare nel caso di mancata difesa coloro che sono citati in giudizio con la *confessoria* o la *negatoria* per una servitù rustica, vengono imposte dal *iudex* nel *iudicium secutorium* dell'interdetto restitutorio *Quam servitatem*. — BURCKHARD, loc. cit. (ediz. ted. pag. 354 e segg.). — LENEL, loc. cit. pag. 386 seg. Però mi sembra sommamente dubbio, che avesse luogo una cauzione anche nel caso della L. 45 D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2, come ammette lo PFERSCHE,

Resta a vedere, quale fosse lo scopo pratico di queste cauzioni. Lo SCHMIDT<sup>55)</sup> e il BURCKHARD<sup>56)</sup> reputano, che la cauzione, analoga-mente alla *iudicialis stipulatio*, che doveva prestare chi era condannato all'*id quod facere potest*, dovesse rendere innocua la consunzione avvenuta in forza dell'azione derivante dall'interdetto, dell'obbligo sorto da questo<sup>57)</sup>, dovesse cioè eliminare la necessità di domandare di nuovo l'interdetto. Noi non possiamo approvare tale opinione. Perchè, come abbiamo veduto sopra<sup>58)</sup>, l'impetrato in base all'interdetto emanato contro di lui può sempre venir costretto per ogni violazione, ch'egli ne perpetri, a pronunciare di bel nuovo una *sponsio* e a seguire il procedimento, che si svolge dalla *sponsio*; non v'è perciò bisogno di una cauzione. E nemmeno possono tali cauzioni aver avuto in mira una sicurtà reale: in nessun luogo è detto, e non parmi possa considerarsi come sottinteso, che essi la producessero<sup>58a)</sup>.

---

loc. cit. pag. 109. Sarebbe, a mio credere, benissimo ammissibile, che il pretore desse a colui, che pretende avere una servitù, un interdetto allo scopo di far demolire la costruzione contraria alla servitù, solo allorchando era spirato il termine, ch'egli voleva accordare all'avversario *indefensus* per l'istituzione della sua *negatoria*. Del resto l'interdetto in discorso si può ben concepire come provvisorio, cioè inteso a vietare, che l'*indefensus* impedisca all'impetrante di demolire la costruzione contraria alla servitù. In tutti i casi sarebbe una pena straordinariamente dura della mancata difesa, il costringere l'*indefensus* a demolire la costruzione a proprie spese: è già abbastanza che egli debba abbandonarla perchè sia demolita. Se in altri casi la *patientia destruendi* è ottenuta mediante un interdetto restitutorio, ciò si spiega col fatto, che il medesimo interdetto in prima linea impone all'impetrato stesso la restituzione del pristino stato; nel nostro caso invece, posto che la nostra opinione sia fondata, l'interdetto in discorso dovrebbe tendere esclusivamente alla *praestatio patientiae*. Di diversa opinione il LENEL, loc. cit. pag. 337. — PFERSCHÉ, loc. cit.

55) Loc. cit. pag. 279 alla nota 8.

56) Loc. cit. pag. 330 nota 11.

57) L. 63 § 4 D. *pro soc.*, XVII, 2. FRANCKE, *Arch. für die civil. Prax.* (Archivio di pratica civile), vol. XXIII, pag. 414 segg.

58) § 1838 num. 88 pag. 83.

58 a) Cfr. lo PFERSCHÉ, loc. cit. pag. 111, il quale peraltro per alcuni casi, per esempio pel *de mortuo inferendo, de arboribus caedendis*, reputa applicabile e acconcia una cauzione reale. Intanto mi pare sia per lo meno dubbio, che in questi casi avesse luogo in genere una cauzione. Vedi infra dopo la nota 60 d.

Del resto nulla c'impone di attribuire loro un uguale scopo. A noi sembra invece, che la cauzione della L. 2 § 18 cit. abbia una funzione essenzialmente diversa, che le cauzioni della L. 15 cit. Queste ultime infatti sono delle cosiddette *cautiones de non amplius turbando*, quali s'incontrano nella *negatoria in rem actio* e nella *confessoria* <sup>59</sup>). Esse contengono la promessa generale di astenersi per l'avvenire da ogni atto contrario all'interdetto; ed è appunto l'obbligo del convenuto di astenersi da tali atti, che forma il contenuto del diritto riconosciuto dall'attore, cioè della proprietà nella *negatoria*, e della servitù nella *confessoria*, e nei casi della L. 15 del possesso della *servitus altius non tollendi* e rispettivamente della immunità da tale servitù: la cauzione serve a render possibile l'esecuzione forzata di quel diritto. Perciò essa veniva senza dubbio stabilita in una determinata ammenda per ogni caso di contravvenzione. Affatto altrimenti stanno le cose nella L. 2 § 18 cit. Qui non si tratta punto di un diritto dell'impetrante vincitore; con la sentenza sulla sponsione è stato unicamente constatato, che quell'*opus in publico* danneggerebbe l'impetrante: è precisamente quest'*opus*, che non deve essere eseguito; sarebbe inopportuno l'estendere la cauzione a qualche altro *opus*, che l'impetrato in un tempo qualsiasi potrebbe cominciare *in publico* a danno dell'impetrante. Invece così limitata a quell'*opus*, nella cui preparazione è stato trovato un *adversus edictum factum*, la cauzione è opportunissima. Infatti se l'impetrato, nonostante la sua condanna nella sponsione, nel *iudicium secutorium* viene semplicemente assolto, perchè quell'*opus* non è ancora fatto, ma è solo stato preparato, rimarrebbe per lo meno dubbio se l'impetrante dopo l'esecuzione dell'*opus* possa di nuovo proporre un'azione a cagione di esso in base all'interdetto ottenuto precedentemente; sorge spontanea l'obiezione, che si tratta del medesimo *adversus edictum factum*, a cagione del quale è stato già una volta intentato processo. E certo la semplice assoluzione nel *secutorium* incoraggerebbe l'impetrato a continuare nel suo proposito. Perciò deve prestar cauzione, a garantire ch'egli abbandona tale proposito, se nonostante la sua condanna nel giudizio della sponsione vuol esser assolto nel *secutorium* <sup>60</sup>).

<sup>59</sup>) L. 7, L. 12 D. *si serv.*, VIII, 5.

<sup>60</sup>) Cfr. STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio u. s. v.* (La dottrina dell'*op. n. n. ecc.*), pag. 159 seg.



Del resto è affatto arbitrario ed erroneo, ed è qui opportuno il notarlo, lo scorgere, come fa lo PFERSCHÉ <sup>60a</sup>), « l'effetto principale degli interdetti proibitori nella garanzia contro una violazione futura » inquantochè questa garanzia, secondo la sua opinione « viene effettuata tanto mercè constatazione per sentenza dell'obbligo all'astensione, quanto mercè la promessa ottenuta dal convenuto di non violare l'interdetto. » La sentenza condannatoria nel *iudicium* sulla sponsione statuisce solamente, che l'impetrato è tenuto a pagare la somma promessa sotto la condizione: *si adversus edictum factum est*. Una « constatazione per sentenza dell'obbligo all'astensione » può qui aver luogo unicamente nel senso, che quella condanna presuppone il riconoscimento da parte del giudice di un *adversus edictum factum*. Per ciò non v'è più posto nel *iudicium secutorium*. Perocchè anche quando questo è un *iudicium arbitrarium* <sup>60b</sup>), in esso non ha luogo nessuna speciale *pronuntiatio* sull'esistenza del rapporto fondamentale: quella viene sostituita dalla sentenza sulla sponsione <sup>60bb</sup>). Il cosiddetto *iussus iudicis de restitutione*, anche se lo intendiamo nel senso dell'opinione dominante <sup>60c</sup>), non ordina altro che ciò che, sulla base già certa del rapporto del caso, deve accadere a soddisfacimento dell'impetrante, non può quindi in alcun modo stabilire « per sentenza » il presunto « obbligo all'astensione »; esso può solo ordinare, quale prestazione debba ora esser fatta a favore dell'impetrante in seguito all'*adversus edictum factum*. Ora in ciò non è sempre compreso l'ordine di prestare cauzione. Quale scopo poteva per es. aver tale ordine nel maggior numero dei casi nell'interdetto *de migrando*, quando l'impetrato dopo la condanna nel giudizio *ex sponsione* lascia andar via liberamente il conduttore con tutte le *invecta et illata*? In dati casi certo esso poteva sempre esser utile, per es. quando uno schiavo ammalato del-

<sup>60 a</sup>) *Interdicte*, pag. 110.

<sup>60 b</sup>) Vedi sopra § 1838 *b* num. 93 pag. 497 (ediz. ted. parte II, pag. 136) alla nota 32 segg.

<sup>60 bb</sup>) E solo per un involontario errore, che lo PFERSCHÉ, pag. 136, parla di ciò che può esser imposto al convenuto nel *iudicium secutorium* per mezzo della *pronunciatio*.

<sup>60 c</sup>) Cfr. sopra § 1838 num. 84 pag. 417 segg. (ediz. ted. parte II, pag. 27 segg.) alla nota 40 segg.

l'impetrante resta ancora nell'abitazione locata. Del pari senza scopo sarebbe una cauzione per garantire, che per l'avvenire non si porrà impedimento alla presa di possesso delle *invecta et illata* nel *Salvianum* o al taglio e all'appropriazione dei rami sporgenti, che l'impetrato stesso non avrà tolto debitamente, negli interdetti *de arboribus caedendis*, — e in generale là dove tutto il diritto dell'impetrante, in quanto è appunto tutelato da un interdetto proibitorio, si esaurisce col riconoscimento di un determinato *adversus edictum factum*. E così mi sembra che sia anche in tutti gli interdetti popolari proibitorii: l'impetrante qui non riceve già un diritto privato di proibizione per ogni tempo avvenire, ma solo la facoltà di provocare di nuovo a una *sponsio*, *an adversus edictum factum sit*, tosto ch'egli affermi un tale *factum*; egli stesso deve allora assumere di nuovo il *periculum restipulationis*. E invero nel semplice fatto, che alcuno ha una volta per es. recato danno sulla pubblica via col gettarvi delle pietre, non v'è assolutamente alcun motivo di temere, che egli farà di nuovo atti simili: una cauzione ordinata per questa ragione sarebbe il più delle volte addirittura un'insulsaggine. L'interesse pubblico poi è sufficientemente tutelato dalla summentovata facoltà dell'impetrante; ch'è se questi malgrado una nuova violazione dell'interdetto pregiudicievole per l'interesse pubblico non fa uso della sua facoltà, il pretore certo non indugerà a concedere di nuovo il medesimo interdetto a un altro cittadino <sup>60d</sup>).

Astrazione fatta da rapporti affatto speciali, come è spiegato nella L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 cit., sono necessarie delle cauzioni per evitare la condanna nel *iudicium secutorium* di un interdetto proibitorio, soltanto là, dove l'interdetto, per la cui violazione è stata contratta la sponsione, presuppone un diritto privato dell'impetrante atto a un esercizio piuttosto lungo, il cui contenuto essenziale costituisce precisamente il divieto di un certo genere di atti dell'impetrato. Tra questi vanno annoverati i due casi della L. 15 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1 cit., inoltre, giusta il modello dell'*actio confessoria*, l'interdetto *de itinere reficiendo*, e analogamente a questo anche

<sup>60 d</sup>) Vedi sopra § 1838 num. 88 pag. 455 seg. (edizione tedesca parte II, pag. 79 seg.).

gli interdetti istituiti a tutela della *iuris quasi-possessio* di servitù, come pure senza dubbio gli interdetti *de cloaca privata* e *de glande legenda*. Più dubbio ci sembra già il caso del *secundarium prohibitorium* dell'*Uti possidetis*, specialmente in virtù della considerazione, che nè nel *secutorium* di un *secundarium restitutorium*, nè nel *Cascelianum* veniva prestata una simile cauzione. Senonchè, mentre queste due azioni sussidiarie corrispondono alla *rei vindicatio*, nella quale il possessore soccombente per sfuggire alla condanna deve appunto restituire, non prestar cauzione, quel *secutorium* corrisponde alla *negatoria in rem actio*, nella quale la condanna può viceversa essere evitata solo mediante *cautio de amplius non turbando*. Per contro resterebbe assai dubbio, se per es. l'impetrato, che è rimasto perditore nell'interdetto *de mortuo inferendo*, dovesse prestar cauzione in tutte le circostanze. Perocchè, quantunque il rapporto tutelato con questo interdetto consista in un diritto stabile dell'impetrante, in forza del quale egli può vietare che venga impedito un seppellimento, pure in moltissimi casi sarà assai improbabile, che l'impetrato pensi a ripetere l'impedimento.

Ove non si fosse per avventura formata una stabile consuetudine forense analogamente alla *confessoria* e alla *negatoria*, era perciò probabilmente lasciato al doveroso apprezzamento del giudice giurato il decidere, se e su che cosa egli volesse esigere una cauzione dall'impetrato condannato nel procedimento delle sponzioni basato su di un interdetto proibitorio, per poterlo assolvere nel *iudicium secutorium*. In ogni caso crediamo di dover decisamente combattere l'affermazione dello PFERSCHE<sup>60e</sup>, che « in tutti gli interdetti proibitorii privati l'oggetto dell'estimazione, oltre il contenuto dell'obbligazione processuale (per questa noi intendiamo il risarcimento di danni per *adversus edictum factum*), sia l'astensione futura del convenuto impostagli per sentenza »<sup>60f</sup>).

<sup>60 e</sup>) Pag. 116.

<sup>60 f</sup>) Lo PFERSCHE, loc. cit. pag. 149, conosce ancora un'altra applicazione della cauzione nella procedura interdittale. Se all'impresso *rei servandae causa* viene offerta la *defensio* trascurata finora, egli deve ormai abbandonare la detenzione delle cose sequestrate in seguito alla sua *missio*, altrimenti l'av-

In date circostanze v'è una lesione di un interdetto proibitorio nel fatto, che l'impetrante non si adopera ad allontanare, per quanto è in lui, un danno da parte di un terzo. Se egli ha tentato di farlo sinceramente, sebbene senza successo, deve essere assolto anche nell'azione della sponsione. Altrimenti egli in base alla sua condanna *ex sponsione* sarà per mezzo del *iudicium secutorium* tenuto soltanto a ottemperare all'ingiunzione dell'impetrante e ad esplicitare i mezzi di cui esa giuridica spettantigli per allontanare quel danno, oppure, come possiamo bene aggiungere, a cederli all'impetrante. Di ciò tratta la medesima L. 2 D. XLIII, 8 nel § 28 (vedi sopra § 1837 num. 63 pag. 278 (ediz. ted. parte I, pag. 372).

105. 3) Per ciò che riguarda la condanna e l'esecuzione forzata in base ai *iudicia secutoria* e alle *actiones arbitrariae* degli interdetti, chi ritiene genuina la L. 68 D. *de R. V.*, VI, 1, deve ammettere la condanna *in ipsa rem* e l'esecuzione diretta in quelle azioni, per lo meno in quanto quelle azioni sono *arbitrariae* e sono dirette alla consegna di cose<sup>61</sup>). Chi invece, come noi, considera la norma sull'esecuzione diretta in quel frammento come un'interpolazione, non potrà ammettere anche negli interdetti in discorso una condanna alla prestazione della cosa ed un'esecuzione forzata diretta, se non quando consti, che se ne possa trovare una ragione decisiva o nella natura generale degli interdetti, o nella peculiarità di un dato interdetto.

Ora ci vieta di scorgere una tale ragione nella natura degli interdetti in genere la L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29:

(ULP. lib. LXXI *ad ed.*) — *si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum, saepius*

---

versario può cacciarlo mediante un interdetto. L. 5 § 3 i. f. D. *quib. ex c. in poss.*, XLII, 4. Ora lo PERSCHKE-opina, che il pretore adito per l'emana- zione di questo interdetto lo conceda, e domandi naturalmente (!) al con- venuto, se presterà obbedienza. Se il convenuto vi acconsente, deve subito vincolarsi civilmente mediante cauzione. Se non vuol sottomettersi subito, ha luogo l'ordine interdittale — qui per lo più condizionale solo nella forma —, la provocazione e il processo, nel quale l'attore deve necessariamente (!) vincere ».

<sup>61</sup>) BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. III, pag. 397 (*Kl. Schr.*) pa- gina 360. — Sulla L. 68 cit. cfr. O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ordinamento giudiziario romano), pag. 515 segg.

*in eum interdicto experiri (permitti ins. POTHIER) vel eidem sine exceptione vel alii.*

Perocchè, se persino nell'interdetto istituito per la tutela della libertà personale <sup>62)</sup> erano escluse la condanna e l'esecuzione forzata diretta, tanto più ciò deve ammettersi per interdetti tendenti alla consegna di cose e ad altre prestazioni patrimoniali <sup>63)</sup>.

Anche lo HUSCHKE <sup>63 a)</sup> riconosce per la procedura formulare una condanna in denaro nel *iudicium secutorium*, ma vuol però far intervenire, in date circostanze, accanto a questa condanna una coercizione del pretore, cioè delle disposizioni da parte dell'autorità, destinate a vincere la disobbedienza, segnatamente la *multae dictio* e la *pignoris capio* <sup>63 b)</sup>. Egli dice: « Se dopo la *multae certatio* era avvenuta la purificazione giudiziale dell'interdetto a favore dell'attore, nulla vieta di ritenere, che il pretore, già al tempo della procedura per multa, e allora soltanto mediante propria coercizione, in luogo di attendere gli effetti giuridici della posteriore condanna in danaro del *iudicium secutorium*, costringesse colui, che aveva disobbedito al suo ordine, anche a indennizzare l'attore *ex interdicto*, e che ciò più tardi avvenisse, anche allorquando la disobbedienza all'interdetto proibitorio oltrepassava il *facere* da questo vietato, il che cadeva solo sotto il *iudicium secutorium* ». La nota 229 quivi adduce in prova la L. un. § 12 (non 4) D. *ne quid in flum.*, XLIII, 13 (ULP. lib. LXVIII *ad ed.*):

*Hoc interdictum restitutorium proponitur: superius enim prohibitivum est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. si quid igitur iam factum est, per hoc interdictum restituetur: si quid ne fiat prospicitur,*

<sup>62)</sup> L. 1 § 1 *sol.*: *Hoc interdictum proponitur tuendas libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam.*

<sup>63)</sup> BRUNS, loc. cit. Così la L. 3 § 13 cit. e la L. 3 § 2 D. *de reb. cor. qui sub tut.*, XXVII, 9 danno nello stesso tempo una prova stringente contro l'autenticità della L. 68 D. *de R. V.*, VI, 1. — FRANCKE, *Commentar über den Pandectentitel de hered. pet.*, pag. 49 seg. — BURCKHARD, in questo *Commentario* (ediz. ted. lib. XXXIX parte I, pag. 232 seg.), nota 93.

<sup>63 a)</sup> *Multa und Sacramentum*, pag. 91.

<sup>63 b)</sup> Cfr. *ivi* pag. 5 seg. pag. 9 seg.

*superiore interdicto erit utendum (quo ins. M.) et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.*

« Vale a dire », aggiunge lo HUSCHKE, « che il pretore mediante coercizioni ha cura, che un tale *tam factum* venga restituito. Anche delle sentenze recuperative, al tempo in cui erano ancora in vigore le *legis actiones*, venivano eseguite soltanto mediante coazione pretoria. PLAUT, *Baech.*, 37 » <sup>63c</sup>).

Però l'accoppiamento supposto di una condanna in danaro con una coercizione nel senso dello HUSCHKE è così strano, e i suoi presupposti così oscuri (« allorquando la disobbedienza all'interdetto proibitorio oltrepassava il *facere* da questo vietato »), che esso dovrebbe avere una miglior prova in suo appoggio, che non quell'espressione *coercere*, che può poi designare ogni specie di coazione, perciò anche la coazione esercitata in genere dalla procedura interdittale, facendo astrazione dalle fasi della sua applicazione. Se per di più noi accettiamo l'inserzione della parola *quo* proposta dal MOMMSEN, la detta relazione divien necessaria. Il passo di PLAUTO parla del pari di un pagamento ottenuto solo per mezzo di una condanna, per coazione; sulla particolare specie di questa coazione esso non contiene nessun accenno nemmeno nel *vi*; io reputo, che la coazione esercitata mediante la « violenza » sia appunto riposta nella condanna e negli effetti ulteriori, che questa porta con sè, di qualsiasi natura essi fossero in ogni dato caso <sup>63 d</sup>).

Resta la questione, se non abbia almeno la natura di certi interdetti dato luogo a esecuzione diretta.

Invero a prima vista parrebbe, che così dovesse essere per gli interdetti popolari. Là, dove l'interesse generale esige, che sia tolto via ciò che è stato fatto con suo pregiudizio, non v'è quasi bisogno di dire, che il pretore poteva non solo costringere coi consueti mezzi penali l'impetrato, che malgrado la sua condanna nell'azione *ex sponsione* non rimuove subito le opere o cose in discorso, a farlo, ma poteva far eseguire addirittura la ripristinazione dello stato antecedente

<sup>63 c</sup>) *Postquam quidem praetor recuperatores dedit, Damnatus demum, VI COACTUS reddidit Mille et ducentos Philippos.*

<sup>63 d</sup>) Vedi anche infra dopo la nota 73.

a spese di esso impetrato. E che un tal procedere fosse contenuto nei poteri dei magistrati romani, è cosa affatto fuor di dubbio.

L. 2 § 17 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8:

(ULP. lib. LXVIII, *ad ed.*). *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. si tamen obstat id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut, si non obstat, solarium ei imponere etc.*

E l'applicazione di questa coazione diretta sembra affatto espressamente attestata per l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* nella L. 7 D. *ead.* :

(JULIANUS, lib. XLVIII, *Dig.*). *Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.*

Basandosi su questo frammento, anche lo SCHMIDT<sup>64</sup>) e il WITTE<sup>65</sup>) ammettono un'esecuzione diretta negli interdetti popolari; il primo scorgendo negli interdetti istituiti a favore della *publica utilitas*, segnatamente quindi negli interdetti popolari, il punto di partenza storico dell'esecuzione diretta, che egli pone a un dipresso nel tempo di GIULIANO, e il WITTE considerando l'esecuzione diretta come una peculiarità, esistente per l'addietro, di quegli interdetti, nei quali di regola l'impetrante compariva appunto solo come un rappresentante della comunità senza speciale interesse proprio.

Peraltro la L. 7 cit, ove dovesse venir riferita all'esecuzione diretta, proverebbe in ogni caso troppo per l'opinione del WITTE. Perocchè l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat* serve, è vero, *tam publicis utilitatibus quam privatorum*, ma è un interdetto privato, non un interdetto popolare<sup>66</sup>); e non è punto necessario, che in ogni caso,

<sup>64</sup>) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di scienza storica del dir.), vol. XV, pag. 69 segg.

<sup>65</sup>) *Interd. Uti possidetis*, pag. 10 segg.

<sup>66</sup>) Vedi sopra § 1835 num. 8 pag. 430 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 54 e seg.).

in cui esso viene applicato, si tratti di un interesse pubblico <sup>66 a)</sup>). Lo stesso vale del resto anche contro l'opinione dello SCHMIDT, in quanto questa, dappoichè è stato dimostrato, che l'esecuzione diretta è in massima rimasta estranea al diritto classico, può ancora esser presa in considerazione tutt'al più riguardo al presunto punto di partenza di quella specie di esecuzione, cioè riguardo a interdetti istituiti a tutela dell'interesse generale <sup>66 b)</sup>).

Ora se è in sè stesso poco verosimile, che solo al tempo di GIULIANO sia stato riconosciuto un bisogno di esecuzione diretta fondato nella cosa, anche contro una così limitata ammissibilità dell'esecuzione diretta solleva certo i più seri dubbii la L. 3 § 13 cit. D. *de hom. lib. exhib.* XLIII, 29. Nemmeno chi non reputa, che l'interdetto *de homine libero exhibendo* sia un interdetto popolare, può negare che esso concerna un interesse pubblico <sup>67)</sup>. Se malgrado ciò in questo interdetto non è permessa l'esecuzione per coazione immediata, sarebbe inesplicabile, come potesse esser permessa in altri interdetti a causa del pubblico interesse.

Lo SCHMIDT <sup>68)</sup> riconosce espressamente, che la L. 2 § 17 cit. nulla prova in favore di tale ammissibilità. Questo passo parla esclusivamente delle misure di polizia <sup>69)</sup>; e non se ne può nulla inferire pel mezzo procedurale degli interdetti, come non si potrebbe nulla inferire dalla coazione diretta, che il pretore al di fuori di questa procedura poteva adoperare *vi potestatis* <sup>70)</sup>. Noi anzi precisamente in quella possibilità di procedere con misure di polizia contro un *opus*, che lede l'interesse pubblico, troviamo col BURCKHARD <sup>71)</sup> la confutazione del dubbio, che potesse essere stato sufficientemente provve-

<sup>66 a)</sup> Cfr. L. 2 § 17 cit. in fine.

<sup>66 b)</sup> Cfr. BURCKHARD in questo *Commentario* (ediz. ted. parte I, pag. 223).

<sup>67)</sup> Cfr. sopra § 1835 num. 8 pag. 45 segg. (ediz. ted. parte I, pag. 56 e segg.).

<sup>68)</sup> Loc. cit. pag. 70 seg. nota 31.

<sup>69)</sup> Lo stesso fanno le L. 1 § 2 D. *de via publ.*, XLIII, 10; L. 13 (12) D. *de per. et commod.*, XVIII, 6; PAUL, V, 6, 2.

<sup>70)</sup> Vedi L. 1 § 2 D. *de migr.*, XLIII, 32; L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4; L. 5 § 27 D. *ut in poss.*, XXXVI, 4; L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.*, XXV, 5. Cfr. O. E. HARTMANN, loc. cit. pag. 511 segg. — BURCKHARD, loc. cit. (ediz. ted. pag. 225 seg.), nota 87.

<sup>71)</sup> Loc. cit. (ediz. ted. pag. 225), nota 87.



duto a quell'interesse mercè la *pecuniaria condemnatio* derivante da un interdetto popolare <sup>72)</sup>. Ma deve realmente la L. 7 cit. interpretarsi con inevitabile necessità nel senso di una coazione diretta?

Lo SCHMIDT lo afferma argomentando così: Dopo l'osservazione, che non si può esser costretti a demolire edifici, che sono stati eretti su terreno pubblico senza che vi fosse l'impedimento di un divieto, il giurista fa il caso opposto: « ma se si è costruito in contravvenzione a un interdetto emanato, si deve demolire ». Il *debet* ha manifestamente lo stesso senso del *cogendus est*, che vien prima: « in caso di necessità vi si è costretti »; ciò trova un appoggio decisivo nella ragione addotta dal giurista: « altrimenti l'ordine del pretore sarebbe illusorio ». Egli reputa impossibile, che possa con ciò volersi giustificare solo la *pecuniaria condemnatio*.

Però con ragione il BURCKHARD <sup>73)</sup> ha contro tale l'opinione osservato, che l'antitesi svolta nel frammento in discorso non è tra esecuzione diretta e *condemnatio pecuniaria*, ma tra esistenza o no dell'obbligo a demolire: che esso vuol dire, che quando si è edificato *in publico nullo prohibente*, cioè senza che prima della costruzione sia stato domandato e emanato un interdetto proibitorio, o sia stata fatta *operis novi nuntiatio*, non può venir sollevata da parte di un privato nessun'azione per far demolire l'*opus*; quando invece si è edificato contro un divieto del pretore, sorge pel contravventore l'obbligo di demolire tali opere, e contro tale obbligo il convenuto non può nemmeno far valere il principio fondamentale, *urbs ruinis ne deformatur*, poichè altrimenti sarebbe in realtà *inane et lusorium praetoris imperium*. Egli osserva inoltre, che l'espressione *cogendus est* non prova nulla per l'esecuzione diretta, e che ciò risulta da molti frammenti, nei quali è così designata unicamente la coazione indiretta <sup>74)</sup>, e con piena certezza poi dalla L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.*, XXV, 5, nella quale ULPIANO dichiara, che per *cogere* non si vuol intendere un *cogere praetoria potestate vel manu ministrorum*. Nemmeno il principio enunciato nel frammento, egli continua, pel caso della non impedita

<sup>72)</sup> Cfr. WITTE, loc. cit., pag. 10 seg.

<sup>73)</sup> Loc. cit. pag. 227 seg.

<sup>74)</sup> Per es. dalla L. 24 pr. §§ 1 e 2 D. *de a. et a. pl.*, XXXIX, 3.

costruzione *in publico*: *ne ruinis urbs deformatur* — può valere come prova della coazione diretta nel caso opposto, perchè non si può parlar di ciò, quando non avviene realmente una demolizione. Il convenuto infatti di fronte agli svantaggi, a cui andava incontro disobbedendo, avrà di regola obbedito al *iussus iudicis*, di modo che la demolizione aveva luogo in seguito al suo volontario adempimento. E noi non sapremmo invero null'altro aggiungere a tali argomenti <sup>75)</sup>.

Il BRUNS <sup>76)</sup> però, il quale è tra i primi a combattere l'esecuzione diretta negli interdetti popolari, fa per questi interdetti l'ipotesi, che quando il convenuto non adempisse l'*arbitratus iudicis*, l'attore stesso potesse demolire le opere costrutte, e inserirne le spese come proprio interesse, nella condanna; che così era dato un contenuto per la condanna anche nei casi, in cui alcuno impetrasse quegli interdetti per puro patriottismo, senza interesse proprio. Egli aggiunge, che è bensì vero, che questo procedimento non è espressamente menzionato; ma nel § 31 I. *de act.* IV, 6, a proposito delle *actiones arbitrariae*, è detto in modo affatto generale:

*In his enim actionibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum auctori satisfieri oporteat.*

E certo, egli dice, la più naturale « *satisfactio* » è, che, se il convenuto non demolisce egli stesso le costruzioni fatte, possa farlo l'attore, e il convenuto sia condannato nelle spese. Applicando l'esecuzione diretta, il convenuto avrebbe pur dovuto risarcirne le spese. In ogni modo è affatto fuor di dubbio, che l'attore avesse un diritto a demolire egli stesso, dappoichè tale demolizione consiste sempre in una semplice ripristinazione dell'antico stato, e a far ciò ciascuno aveva già di per sè un diritto popolare, e a tutela di questo gli interdetti popolari *de reficiendo*. Così nella L. 2 § 40 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 è detto, che, se una via viene ostruita da un albero caduto, si può intimare al proprietario lo sgombero della via con

<sup>75)</sup> Perciò in O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz. rom.), pag. 507 messa in correlazione con pag. 510 e seg. si deve cancellare la L. 7 cit.

<sup>76)</sup> Loc. cit. pag. 398 seg. (361 seg.).

l'interdetto restitutorio; e se quegli abbandona l'albero, viene a mancare questo interdetto, ma l'attore può allora almeno ottenere, con l'interdetto *de via reficienda*, il permesso di toglier via l'albero a proprie spese. Non potrebbe dunque l'attore, quando il convenuto nel primo caso non ha tolto via l'albero malgrado l'interdetto e l'*arbitratus iudicis*, aver avuto il diritto di toglierlo a spese del convenuto? Una simile differenza viene osservata in generale nella L. 2 § 43 *cod. tit.* nell'interdetto restitutorio: quando il convenuto ha fatto egli stesso l'opera illecita « *ipse suis sumptibus debet restituere* », quando egli ne è soltanto in possesso, « *patientiam solam eum praestare* ». Ciò mostra, che lo sgombero fatto dall'attore a spese del convenuto è il *minus medio*, che si doveva permettere quasi necessariamente, quando il convenuto malgrado l'*arbitratus* trascurasse o ricusasse di sgomberare la via.

Ove tale argomentazione sia fondata più o meno coscientemente sulla considerazione, che quando non v'era un interesse privato dell'impetrante, mancava nei *iudicia secutoria* e nelle *actiones arbitrariae* degli interdetti popolari la possibilità della *condemnatio pecuniaria*, essa è già confutata da ciò, che è stato esposto nel § 1835 num. 7 su questa condanna <sup>77)</sup>. Quindi nemmeno in questo caso v'era una necessità di servirsi di uno spediente per dar luogo a tale condanna. Se si vuol ciononostante ammettere questo spediente, è perciò tanto più richiesta una rigorosa prova.

Noi però dobbiamo anche qui associarci senz'altro a quanto dice il БУРКХАРД <sup>78)</sup>. Il *iudex* non poteva punto dare il permesso, a che l'attore rimovesse le opere a spese dell'avversario: perocchè la formula gli conferiva solo la facoltà di invitare il convenuto a restituire e, ove ciò non avvenisse conformemente al parere del giudice, di condannarlo a pagare una somma di danaro <sup>79)</sup>. Ora se al *iudex* fosse spettata quella facoltà nelle *actiones arbitrariae* derivanti da interdetti popolari, in altre azioni arbitrarie non gli sarebbe mancata

<sup>77)</sup> Vedi sopra pag. 430 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 46 segg.).

<sup>78)</sup> Loc. cit. (ediz. ted. pag. 234 segg.).

<sup>79)</sup> Cfr. sopra § 1838 num. 84 pag. 416 segg. (edizione tedesca parte II, pagina 27 segg.).

L'analoga facoltà di autorizzare l'attore vincitore, per esempio a prendere con la violenza la cosa domandata con la *rei vindicatio*, la *Publiciana*, *hypotecaria*, *actio quod metus causa*, *ad exhibendum*; ciò invece è in contraddizione con tutti gli altri dettami delle fonti, e con la L. 68 D. *de R. V.*, VI, 1. Giustamente il BUCKHARD cita a tale proposito la L. 52 § 2 D. *de a. v. a. p.*, XLI, 2, secondo la quale il *prohibere ingredienti (in possessionem) vim fieri multo plus est*, che il *restituere iubere*; questa norma sarebbe manifestamente errata, se colui, che può domandare restituzione da un altro, potesse prendere la cosa egli stesso allegando il *iussus de restituendo*. Ma dalla circostanza, che il *patientiam praestare* del semplice possessore di un'opera illecita è il *minus* di fronte alla restituzione a proprie spese, quale incombe all'autore dell'opera, si potrebbe trarre qualche deduzione per l'affermata facoltà dell'attore di togliere la cosa a spese dell'avversario, solo ove constasse, che il *patientiam praestare* potesse ottenersi direttamente. Ora risulta invece evidente, che, giusta la clausola della formola « *si ex arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit, condemnata* », che comprende anche la *praestatio patientiae*, non prestandosi quella *patientia*, doveva procedersi alla condanna in denaro. Per conseguenza bisognerà fare piuttosto la deduzione opposta: non avendo luogo una coazione diretta nell'obbligo alla *patientia*, tanto meno è essa ammissibile pel *restituere* eseguito per mezzo dell'attore a spese dell'avversario.

Il risultato, a cui si giunge, è che gli interdetti rispetto alla condanna e all'esecuzione forzata non offrono nessuna peculiarità di fronte alle *actiones*.

Finalmente ci è espressamente attestato, che la condanna in un giudizio interdittale non era mai infamante.

L. 13 D. *de vi*, XLIII, 16:

(ULP. lib. VIII, *ad Sabin.*). *Neque Unde vi neque aliud interdictum famosum est* <sup>79a</sup>).

<sup>79 a</sup>) Come si riscontra in CICERONE, *pro Caec.*, II, 6 sq. III, 8. IV, 9 vedi infra num. 106 alla nota 92.

106. 4) <sup>80)</sup> La decisione definitiva sull'azione *ex sponsione* e sull'*actio arbitraria* derivanti da un interdetto ha forza di cosa giudicata nel modo consueto circa la questione in essa definita. Ciò vale anche per gli interdetti provvisorii: se il loro risultato pratico può esser distrutto da un mezzo di tutela giuridica definitivo, ciò non avviene perchè ad essi manchi la forza di cosa giudicata, ma perchè essi regolano un rapporto, il quale deve cedere di fronte al rapporto regolato da quel mezzo definitivo <sup>81)</sup>.

Lo SCHMIDT afferma, che la decisione di un interdetto *ex delicto* forma pregiudizio al *iudicium publicum* derivante dall'elemento di fatto di questo delitto. Egli non dice esplicitamente, che cosa intenda significare con questa frase, formare pregiudizio, che può avere più sensi; però dal contesto appare sommamente probabile, che egli voglia con essa designare una decisione sull'elemento di fatto avente forza di cosa giudicata.

Quest'opinione però sarebbe erronea.

L. un. Cod. *quando civilis actio criminali praeiudicet etc.*, IX, 31 <sup>82)</sup>:

Impm. VALENS, GRATIANUS et VALENTINIANUS AAA. Antonio PP. *A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiaris et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis sive civilis actio moveatur* <sup>83)</sup>, *nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario* <sup>84)</sup>. § 1. *Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto Unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem: et suppresso testamento cum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilo minus ex lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri: et cum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgeri.* § 2. *Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum,*

<sup>80)</sup> Cfr. SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Procedura interdittale), pag. 279-284 sotto il num. V.

<sup>81)</sup> Vedi sopra num. 102 pag. 571 (ediz. ted. parte II, pag. 241).

<sup>82)</sup> = L. un. Cod. Theod. *victum civiliter agere et criminaliter posse*, IX, 20.

<sup>83)</sup> *Sive prius — moveatur*, om. Cod. Theod.

<sup>84)</sup> *Et similiter e contrario*, om. Cod. Theod.

*et plurima* <sup>85)</sup> *alia sunt, quae enumerari non possunt, ut cum altera prius actio intentata sit, per alteram, quae supererit, iudicatum liceat retractari.* § 3. *Qua iuris definitione non ambigitur etiam falsi crimen, de quo civiliter iam actum est, criminaliter esse repetendum.* D. Prid. Id. Iun. Trevisis Valente VI et Valentinianus II Cons. (378).

Non si deve interpretare questa costituzione nel senso, che essa voglia dar luogo alla seconda azione solo riguardo agli effetti giuridici dell'elemento di fatto determinato per mezzo della prima anche per essa, ma non riguardo a un nuovo esame, giuridicamente indipendente, di quell'elemento <sup>86)</sup>. A una tale interpretazione contraddirebbero manifestamente le parole del § 2: *iudicatum liceat retractari* e quelle del § 3: *de quo civiliter iam actum est, criminaliter esse repetendum* —. E nemmeno s'accorda l'espressione usata alla fine del *principium nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario* — con l'ipotesi, che per l'azione residua avvenga merò la decisione sulla prima azione sollevata una definizione dell'elemento di fatto con forza di cosa giudicata. Perocchè questa norma, non solo giusta il suo tenore affatto generale, ma segnatamente secondo l'intestazione del titolo IX, 20 nel *Codex Theodosianus* « *victum civiliter agere et criminaliter posse* » e secondo l'*interpretatio* del frammento, vale anche pel caso, in cui l'azione esercitata per prima <sup>87)</sup> sia stata respinta con sentenza passata in giudicato, e anche se ciò sia avvenuto a cagione di insufficiente prova dell'elemento di fatto. Se quell'elemento di fatto dovesse così venir considerato come non provato anche per la seconda azione, questa non potrebbe più aver luogo, in quanto quella parte dell'elemento di fatto della prima azione, che per sentenza passata in giudicato risulta non provata,

<sup>85)</sup> Cod. Th.: *et cum una excepta sit causa de moribus, sexcenta.* Sul rapporto tra il *iudicium de moribus* e l'*accusatio ex lege Julia de adulteriis*, cfr. L. 12 D. *ad leg. Jul. de adul.*, XLVIII, 5.

<sup>86)</sup> Così sembra che interpreti questa legge lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 283 nota 14.

<sup>87)</sup> Per la nostra considerazione nulla importa, che nel Cod. Th. vengano nominate come tali soltanto le azioni civili. Cfr. PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten in Prozessrecht* (La pluralità delle controversie nel diritto di procedura), § 34 pag. 254 seg.

è anche parte dell'elemento di fatto dell'azione residua. Ora ciò sarebbe inconciliabile con l'antitesi esistente presso i Romani, in rapporto alla produzione della prova, tra procedura civile e procedura penale. Nella procedura civile, a prescindere dai giudizi innanzi ai *recuperatores*, non aveva luogo coazione per la prova testimoniale<sup>88)</sup>; e invece in virtù della norma dominante in questa procedura riguardo alla discussione era in essa permesso di deferire all'avversario il giuramento non solo su singoli fatti, ma su tutto il rapporto controverso, nella procedura penale all'incontro v'era coazione per la prova testimoniale<sup>89)</sup>, e l'ammissione non necessaria delle opposizioni sollevate da parte del convenuto, e quindi anche la delazione del giuramento, sarebbe invece stata punibile quale prevaricazione<sup>89a)</sup>.

Soltanto in via affatto eccezionale la decisione di un processo civile ha forza di cosa giudicata pel giudice penale, allorchando cioè quel processo decide sullo *status* di una delle parti, che è di per sè un presupposto del procedimento penale, o sull'esistenza del diritto privato, che è l'oggetto della lesione da perseguirsi penalmente<sup>90)</sup>.

---

<sup>88)</sup> QUINTIL., V, 7, 9. — KELLER, *Röm. Ovilpr.* (Proc. civ. rom.), § 66 nota 762: — O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ord. giudiz. rom.), pag. 257 alla nota 44.

<sup>89)</sup> RUDORFF, *Röm. Rechtsgesch.* (Storia del dir. rom.), vol. II, § 133 alla nota 12 seg. Mi è del tutto incomprensibile, come possa l'affermazione ivi enunciata, che questa coazione sia stata estesa ai testimonii a discarico solo nella procedura straordinaria, esser provata dai frammenti addotti a nota 13 (L. 21 § 1 D. *de test.*, XXII, 5; L. 16 pr. Cod. *ead.*, IV, 20. Nov. 90 c. 5).

<sup>89 a)</sup> Soltanto per l'*accusatio iniuriae* la *lex Cornelia* ha permesso all'accusatore la delazione del giuramento, *ut reus iuret, iniuriam se non fecisse*. L. 5 § 8 D. *de iniur.*, XLVII, 10. — DEMELIUS, *Schuldseid und Beweiseid* (Giuramento decisorio e giuramento suppletorio), pag. 63 seg. sotto il num. III.

<sup>90)</sup> Vedi in proposito PLANCK, loc. cit., pag. 243 segg. I casi di tal genere, di cui si fa menzione nelle fonti, sono i seguenti: 1.º La posizione giuridica di una parte è un presupposto del processo penale: a) colui, che vuol sollevare un'accusa criminale, vien designato dall'avversario come suo schiavo; b) per un presunto schiavo citato per un crimine si presenta un *assertor in libertatem*; c) il presunto schiavo citato per adulterio oppone al marito accusatore la *praescriptio lenocinii*, facendo nello stesso tempo valere la sua libertà. In tutti questi casi deve prima venir decisa la questione di stato nel giudizio civile: nell'ultimo perchè solo un uomo libero citato come adultero dal marito aveva la *praescriptio lenocinii*, uno schiavo no. L. 4, L. 3. Cod..

A quanto io veggio però, in questo rapporto eccezionale con un'azione criminale, si trova, degli interdetti, il solo *Unde vi*<sup>91)</sup>. Se colui, che è stato citato in giudizio *ex lege Julia de vi publica* o *de vi privata*, afferma di essere stato egli stesso possessore del fondo controverso nel momento della *vis*, che gli si addebita, è necessario, che venga decisa dapprima la questione sul possesso; ora ciò allo stato delle cose può esser fatto solo per mezzo dell'*Unde vi*. Quindi la decisione pronunciata nell'interdetto serve di norma per l'azione criminale, inquantochè quest'ultima resta esclusa, quando quell'affermazione si ritiene come provata, e viceversa ha luogo, quando quell'affermazione non si considera come provata. Del resto s'intende di per sè, che in questo caso la questione circa i requisiti della *vis* criminale dev'essere esaminata da capo; soltanto ciò è assodato, che l'accusato non era possessore del fondo controverso. Anzi allorquando, malgrado che questa decisione statuisca, che l'impetrato non possedeva, l'*Unde vi* è stato rigettato, perchè l'impetrante non ha dimostrato il suo possesso, o perchè non ha perduto *vi* il suo possesso per opera dell'impetrato, l'impetrante respinto ha sempre intatta la facoltà di valersi della *accusatio de vi*.

Se adunque, come nel processo di Cecina, la difesa dell'impetrato di fronte all'*Unde vi* consiste esclusivamente nell'affermazione, che egli, e non l'avversario, era possessore del fondo controverso nel momento della *vis*, con la decisione sull'interdetto nel senso opposto vien di fatto deciso nello stesso tempo sull'*accusatio de vi* ancora da intentare. Perciò poteva l'interdetto *Unde vi* contro Ebuizio venir designato come *turpe iudicium*, come contenente un *existimationis peri-*

---

*de ord. cogn.*, VII, 19; L. 25 (26) Cod. *ad leg. Jul. de adult.*, IX, 9 cfr. L. 2 §§ 4, 7, L. 16 (15) § 7 D. *eod.*, XLVIII, 5. — 2.° Colui che è citato con azione criminale per violazione della proprietà o del possesso altrui afferma da parte sua di essere proprietario o possessore dell'oggetto della presunta violazione. Qui deve prima venir decisa nel giudizio civile con forza di cosa giudicata la questione della proprietà o del possesso: è così che risulterà l'ammissibilità o l'inammissibilità dell'azione criminale. L. 1, L. 8 Cod. *ad leg. Fab.* IX, 20. L. 1 Cod. *de app.*, VII, 62. L. 3 Cod. Theod. *ad leg. Jul. de vi publ.*, IX, 10 (= L. 7 Cod. L. *eod.*, IX, 12 *mut.*).

<sup>91)</sup> Vedi la nota precedente in fine.



culum e così via<sup>92</sup>): la condanna, ivi giuridicamente necessaria, su quell'*accusatio de vi* aveva un effetto disonorante<sup>93</sup>].

Altri interdetti *ex delicto* invece non avevano nessuna influenza, e segnatamente nessuna forza di cosa giudicata, per le azioni criminali, che potessero concorrere con essi. Così è da intendere la L. 3 § 6 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5:

(ULP. lib. LXVIII, *ad ed.*). *Si quis dolo malo fecerit, quo minus penes eum tabulae essent, nihilo minus hoc interdicto tenebitur, nec praeiudicatur aliquid legi Corneliae testamentariae, quasi dolo malo testamentum suppresserit. nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur. et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, ut puta si neque amoverit neque celaverit tabulas, sed idcirco alii tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet, hoc est si non supprimendi animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.*

Appunto in questo senso dice il medesimo ULPIANO, lib. XVIII, *ad ed.* nella L. 23 § 9 D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2:

*Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat: et si lege Aquilia agerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet*<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> CIC., *pro Caec.*, II, 6: *ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere.* § 7: *quia existimationis periculum est.* III, 8: *« Est enim turpe iudicium ».* IV, 9: *existimationis illius periculum.*

<sup>93</sup> Il processo di CECINA cade dopo la morte di SILLA (*pro Caec.*, XXXIII, 95) e prima dell'orazione *pro Cluentio* (*pro Caec.*, X, 28 cfr. con *pro Cluent.*, XXXVII, 103) quindi tra gli anni 676 e 688 di Roma, probabilmente nell'anno 685. — BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.) vol. II, pag. 828 alla nota 3 segg. — TEUFFEL, *Geschichte der röm. Literatur* (Storia della letteratura romana), 3.<sup>a</sup> ediz. § 179 sotto il num. 13. La legge penale allora in vigore era o la *lex Plautia* o una *lex Cornelia Sullae*. Cfr. L. LANGE, *Röm. Alterthümer* (Antichità romane), vol. II, 3.<sup>a</sup> ediz. pag. 665 segg. Quella legge conteneva dunque una norma simile a quella, che vi è attestata per la *lex Julia de vi privata* di AUGUSTO nella L. 1 pr. D. *ad leg. Jul. de vi priv.*, XLVIII, 7. — Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 283 seg.

<sup>94</sup> Vedi anche L. 1 D. *de exc. rei iud.*, XLIV, 2: (ULP. lib. II, *ad ed.*) *Omn res inter alios iudicata nullum alius praeiudicium faciant — nec si superatus fuerit legatarius praeiudicium libertati fit.* — Vedi FRANCKE, *Commentar ueber den Pandektenitel de hereditatis petitione*, pag. 66 e segg. pagina 82 seg. Il PLANK,

La sicura interpretazione di questi frammenti è stata in certo modo attraversata dalla circostanza, che l'espressione « *praeiudicium* » ha più significati. Essa designa segnatamente, e nel suo senso primitivo, niente altro che un processo, che precede un altro, sia che questa precedenza derivi da necessità giuridica, sia che si tratti di un semplice fatto.

Precisamente in quest'ultimo senso usa PAOLO lib. XXXVII, *ad ed.* tale espressione nella L. 4 D. *de publ. iud.*, XLVIII, 1:

*Interdum evenit, ut praeiudicium (per privatum iudicium ins. M. sec. Bas.) iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliae et furti et vi bonorum raptorum et interdicto Unde vi et de tabulis testamenti exhibendis: nam in his de re familiari agitur.*

Le ultime parole di questo frammento mostrano, che PAOLO si trova in completo accordo con ULPIANO <sup>94a</sup>), il quale non solo dichiara affatto esplicitamente per tre delle sunnominated azioni civili, che esse possono essere esercitate prima del concorrente *iudicium publicum* <sup>95</sup>), ma ne addita la ragione, precisamente come PAOLO, nel fatto, che con queste azioni *principaliter de damno agitur* <sup>96</sup>), che esse contengono una *privatam persecutionem* <sup>97</sup>). E che questa fosse l'opi-

loc. cit. pag. 231 nota 1, erroneamente intende la L. 23 § 9 cit. nel senso, che bisogna badare, che non abbia luogo alcun *praeiudicium* alla *lex Cornelia*, segnatamente aspettando che sia terminato il giudizio criminale: interpretazione, che è in assoluta contraddizione con la L. 7 § 1 D. *de iniur.*, XLVII, 10 anche di ULPIANO (vedi *infra* pag. 616 seg. (ediz. ted. pag. 292 seg.)). Vedi del resto lo stesso PLANK, loc. cit. pag. 232 alla nota 7 seg.

<sup>94 a</sup>) Di diversa opinione è lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 283 alla nota 14.

<sup>95</sup>) Cioè per l'*actio legis Aquiliae* (L. 23 § 9 D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2 cit.; L. 7 § 1 D. *de iniur.*, XLVII, 10), per l'*actio vi bonorum raptorum* (L. 2 § 1 D. *vi bon.*, XLVII, 8; L. 15 D. *de accus.*, XLVIII, 2) e per l'interdetto *de tabulis exhibendis* (L. 3 § 6 D. *de tab. exh.*, XLIII, 5 cit.).

<sup>96</sup>) L. 7 § 1 med. D. *de iniur.*, XLVII, 10 cit., dove si deve leggere con lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 281 seg. nota 12: *quid ergo de lege Aquilia dicimus? num (invece di nam) et ea actio principaliter hoc continet hominem occisum? non principaliter; nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, etc.*

<sup>97</sup>) L. 2 § 1 D. *vi bon.*, XLVII, 8 cit. Anche la L. 15 D. *de acc.*, XLVIII, 2 accentua, che *damni quid datum esse dicatur*. — Vedi anche L. 1 e L. 2 Cod., *ad leg. Fab.*, IX, 20 (ANTONIN. 213), nella quale l'*actio servi corrupti* è ammessa accanto all'*accusatio de plagio* a scelta.

nione approvata dalla maggior parte dei giuristi, lo dice ben chiaramente la L. un. pr. Cod. Theod. *victum civiliter*, IX, 20 cit.:

*A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi.*

Tra i *quidam*, qui putant, *neque debere publico iudicio privata actione praesudicari* <sup>98)</sup>, cioè che l'*actio privata* non possa precedere il concorrente *iudicium publicum*, non va annoverato PAOLO.

Soltanto di un'azione privata *ex delicto* dice ULPIANO, e in espressa contraddizione con LABEONE, che essa deve venir dopo la concorrente *accusatio publica*; cioè dell'*actio iniuriarum* di fronte all'*accusatio ex lege Cornelia de sicariis*.

L. 7 § 1 D. *de iniur.*, XLVII, 10:

(ULP. lib. LVII, *ad ed.*). *Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praesudicari? idemque et si ita quis agere velit « quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa »? rectius igitur fecerit, si eiusmodi actionem non dederit. adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem, quid ergo de lege Aquilia dicimus? num <sup>99)</sup> et ea actio principaliter hoc continet hominem occisum? non principaliter: nam ibi principaliter, de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciat. quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? LABEO ait, non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. quod verum non est: cui enim dubium est, etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?*

La ragione di questo diverso trattamento dell'*actio iniuriarum*, che del resto aveva luogo già al tempo di CIOERONE <sup>100)</sup>, sta dunque in

<sup>98)</sup> ULPIANO nella L. 2 § 1 D. *vi bon.*, XLVII, 8 cit.

<sup>99)</sup> Vedi nota 96.

<sup>100)</sup> *De invent.*, II, 20, 59: *Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. po-*

ciò, che con essa non « *de damno agitur* », ma « *de eadem re, quae habet publicam executionem* », « *te ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur* » <sup>1)</sup>.

Ora questa ragione non è applicabile agli interdetti. È vero; che di questi interdetti, coi quali non *de re familiari agitur*, l'interdetto *de homine libero exhibendo* concorre con l'*accusatio legis Fabiae*: ma quest'interdetto non mirava tanto a una pena, quanto piuttosto alla liberazione di colui che veniva illecitamente detenuto. E perciò è detto di esso:

L. 1 § 1 L. 3 pr. D. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29:

(ULP. lib. LXXI. *ad ed.*). *Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam: (L. 3 pr.) quod et lex Fabia prospexit. neque hoc interdictum aufert legis Fabiae executionem: nam et hoc interdicto agi poterit et nihilo minus accusatio legis Fabiae institui: et vice versa qui egit Fabia, poterit nihilo minus etiam hoc interdictum habere, praesertim cum alius interdictum, alius Fabia actionem habere possit.*

---

*stulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: « extra quam in reum capitis praeiudicium fiat ».* — Non ha qui nulla che fare il passo citato dal FRANCKE, pag. 70 nota 7 *In Verr.*, II, 3, 65, 153: *postulavit (C. Gallius senator) a L. Metello, ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, « quod per vim aut metum abstulisset »* — *non impetrat: cum hoc diceret Metellus, praeiudicium a se de capite C. Verris per hoc iudicium nolle fieri.* In primo luogo qui non si tratta punto di una azione d'ingiurie; e poi il rifiuto di METELLO derivava non da considerazioni d'ordine giuridico, ma da illecito desiderio di favorir VERRE, come si scorge dall'amara ironia delle parole seguenti: *Non reprehendo Metellum. pepercit homini amico et, quemadmodum ipsum dicere audivi, necessario. non reprehendo, inquam, Metellum: sed hoc miror, quomodo de quo homine praeiudicium noluerit fieri per recuperatores, de hoc ipso non modo praeiudicari, verum gravissime ac vehementissime iudicari. Primum enim si Apronium absolutum iri putaret, nihil erat, quod ullum praeiudicium vereretur. deinde si condemnato Apronio coniunctam cum eo Verris causam omnes erant existimaturi, Metellus quidem certe iam hoc iudicabat, eorum rem causamque esse coniunctam, qui statuerit, Apronio condemnato de isto praeiudicium futurum etc.*

<sup>1)</sup> FRANCKE, loc. cit. pag. 69. — Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 281 seg., vuol riscontrare il carattere del rapporto tra l'*actio iniuriarum* e l'*accusatio ex lege Cornelia* in ciò, che la *formula* di quell'*actio* doveva designare specificatamente ed esattamente l'atto criminoso, cioè, se bene intendo, era *actio de eadem re*, che l'*accusatio*, ciò che non si aveva nell'*actio legis Aquiliae*. Ma la L. 7 § 1 cit. fa a ciò pur un accenno?

E con ciò s'accorda pienamente ciò che dice PAOLO, *R. S. V, 6, 14*:

*Adversus eum, qui hominem liberum vinxerit, suppresserit, incluserit, operamve, ut id fieret, dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio redditur: et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is, qui detinetur, lege autem Fabia, ut etiam poena nummaria coerceatur.*

Come non sembrò equo il fare aspettare il danneggiato, che voleva esercitare l'azione privata *de re familiari*, fino alla decisione sull'*accusatio publica*, così sarebbe certo stata una crudeltà inutile il far restar privo dell'uso della libertà colui, che era detenuto illecitamente, negando l'interdetto al cittadino, che adiva il magistrato per lui, fino a che non fosse pronunciata la sentenza sul *crimen legis Fabiae*; tanto più, che l'interdetto in generale aveva luogo solo allorquando la libertà di chi si affermava detenuto illecitamente fosse incontestata <sup>2)</sup>.

Dunque anche questi frammenti, di cui, per quanto io so, finora non si è tenuto conto nella nostra questione, mostrano, che in massima un interdetto non aveva nessuna influenza giuridica su una concorrente *accusatio publica*.

#### § 1839.

##### *Origine e funzione della procedura interdittale* <sup>1)</sup>.

107. Dopo aver tentato di dare con quanto precede un'esposizione dommatica della procedura interdittale dell'epoca classica, dobbiamo ora trattare della questione molto dibattuta, a quale scopo sia stata quella procedura introdotta.

Lo ZIMMERN <sup>2)</sup> dice a tale proposito: « Non a tutela di rapporti di diritto privati sono stati dati gli interdetti, al che erano invece destinate le azioni, bensì (L. 2 §§ 1-3 D. h. t.) a tutela dell'interesse pub-

<sup>2)</sup> L. 3 § 7 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29.

<sup>1)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 298-320.

<sup>2)</sup> *Geschichte der röm. Privatrechts* (Storia del dir. priv. rom.), vol. III, § 72 pag. 225 alla nota 5.

blico (compreso il religioso) contro violazioni dei privati, là dove oggidi vengono prese misure di polizia, e a tutela di condizioni di cose puramente di fatto ».

Similmente il BETHMANN-HOLLWEG <sup>3)</sup>: « L'emanare ordini e divieti, a tutela dello stato di possesso contro la violenza, o contro altre turbative dell'ordine pubblico, presso i Romani, i quali non separavano così rigorosamente come noi il potere giudiziario da quello dell'amministrazione della polizia, faceva parte dei poteri del pretore, come l'emanazione di mandati pel mantenimento della pace della nazione faceva parte dei poteri della Camera imperiale e ciò non solo quando doveva mettersi in esecuzione un principio di diritto civile, ma anche quando era altrimenti richiesto dalla pace pubblica e dal buon ordine o da un interesse privato. Tali ordini emanati formalmente su richiesta di una delle parti sono gli interdetti ». Nella nota 9\* si osserva a tal riguardo: « Sarebbe difficile stabilire un principio generale per tutti gli interdetti ».

Il medesimo scrittore più avanti, confermando espressamente la sua opinione qui riferita <sup>4)</sup>, così svolge la sua teoria <sup>5)</sup>: « (La *legis actio*) non era applicabile a casi, in cui si trattasse di prevenire future violazioni di diritti o di reprimere turbative di fatto dell'ordine pubblico. Noi siamo avvezzi a considerar ciò come affare della polizia. I Romani, che non conoscevano la separazione della giustizia

---

<sup>3)</sup> *Gerichtsverfassung und Process des sinkenden römischen Reichs* (Ordinamento giudiziario e procedura dell'impero romano della decadenza), § 37 alla nota 9\*) pag. 387. In sostanza s'accorda con lui il LEIST, *Bonorum Possessio*, vol. I, § 52 pag. 329 seg., secondo il quale gli interdetti concernono principalmente o oggetti di competenza della polizia, o rapporti di famiglia, o stati di possesso. Inoltre, pur riconoscendo però, che l'istituzione degli interdetti servì a riempire delle lacune del diritto materiale, il KUNTZE, *Excuse*, 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 244: « Il pretore (anche più tardi) faceva uso della procedura interdittale a preferenza là, dove si trattava di conservare l'ordine esteriore, di mantenere e ristabilire la pace pubblica, e di evitare perturbazioni della forma della vita comune già esistente ». Similmente anche il SOHM, *Institutionen*, § 43 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 185 segg. 3.<sup>a</sup> ediz. pag. 190 seg. Con questi può anche porsi il KELLER, *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.) § 22 sotto il rum. 1.

<sup>4)</sup> *Röm. Civilprozess*, vol. I, § 54 pag. 202 nota 1.

<sup>5)</sup> *Loc. cit.* pag. 202 seg.

dall'amministrazione, attribuiamo alle loro autorità supreme, consoli e pretore, il potere di intervenire in tali casi, su richiesta di un cittadino, in forza del loro *imperium*, con un divieto (*interdictum*) o un comando (*decretum*), e di ottenere obbedienza coi mezzi abituali di coazione ».

« Noi possiamo considerar ciò come l'origine dei mezzi di tutela giuridica, che apparvero nel periodo seguente col nome di interdetti. Perocchè questi mirano parte addirittura alla tutela di luoghi sacri (*loca sacra*), o destinati all'uso pubblico (*loca publica*), parte a contese sul possesso, nelle quali si tratta parimenti, non del diritto sulla cosa, ma di vietare la violenza, ecc. o di sopprimerne l'effetto, cioè si tratta di perturbazioni della pace pubblica e del ristabilimento di questa. Se alcuni di essi andavano al di là di questo scopo, ciò avveniva in origine, parte per la preparazione di una lite o per l'esecuzione (nota 5: tra questi annovero gli interdetti *de homine libero exhibendo* e *de liberis exhibendis item ducendis* —; e anche altrimenti emanava il pretore a questo scopo ordini e misure coattive), parte avveniva quando un negozio giuridico doveva eccezionalmente, per ragioni individuali di varia natura, esser disbrigato mediante misure di polizia, ecc. (nota 6: per esempio la disposizione delle dodici tavole sulla limitazione degli alberi al confine e sui frutti caduti veniva eseguita, non per mezzo della *legis actio*, ma per mezzo di un ordine del pretore, cioè con misure di polizia. — Tra queste appunto vanno annoverate le disposizioni per l'assicurazione della massa ereditaria Dig. XLIII, 2 *quorum bonorum*, 3 *quod legatorum*, e del testamento Dig. XLIII, 5 *de tabulis exhibendis*; le liti tra conduttore e locatore sulle *invecta et illata* Dig. XLIII, 32 *de migrando*, 33 *de Salviano interdicto* ed altre, prescindendo naturalmente dal vedere, se tutti questi casi si riscontrassero già nell'epoca più remota. Mezzo e scopo degli interdetti sono dappertutto di indole affatto pratica, e la loro ragione giuridica non può formularsi in un principio) ».

Più oltre è poi detto <sup>6)</sup>: « Prima che la trasgressione di quell'ordine venisse punita, o che si procacciasse obbedienza a tale ordine,

<sup>6)</sup> Ivi vol. II, § 98 pag. 344 seg.

era certo necessaria un'istruzione. Questa però non aveva la forma della *legis actio*, ma veniva eseguita senza forma speciale, in via amministrativa, quindi anche senza perdita di tempo, direttamente al suo scopo, che era di persuadere il magistrato, che l'uso del suo *imperium* era qui opportuno ».

Due furono le cause, che determinarono simultaneamente la trasformazione di questo procedimento nella particolare procedura interdittale. In primo luogo l'ampliamento della competenza, e la quantità esorbitante di affari di giurisdizione derivatane pel pretore, che lo indusse a rinviare, sempre che fosse possibile, ogni istruzione di fatto a un giudice giurato; in secondo luogo il progredito concetto del diritto, secondo il quale a nessun cittadino doveva essere fatta violenza, a ciascuno doveva esser dato sempre ascolto in tutto ciò, che riguardasse i suoi diritti », ecc.

Col BETHMANN-HOLLWEG, tranne che nell'opinione, che in origine il magistrato facesse egli stesso l'istruzione necessaria a verificare i requisiti della forza obbligatoria dell'interdetto e l'obbedienza prestata, s'accorda nella sostanza il RUDOLFF <sup>7)</sup>: « *Interdicta* sono speciali ordini verbali, che il magistrato in forza del suo *imperium* intima a una delle parti a domanda dell'altra sotto la condizione dell'esistenza di certi presupposti negati dall'impetrato, per tutelare contro turbative o ristabilire la pace giuridica, e segnatamente lo stato di possesso ».

« Gli interdetti veri e proprii sono ordini di polizia contenenti proibizione di fare alcunchè (*Ne quid facias, Vim fieri veto*), emanati allo scopo di prevenire la turbativa intervenendo prima del fatto: gli ordini di restituzione emanati dopo il fatto (*id restituas, id illi restituas*) e gli ordini di esibizione subordinati e solo preparatorii vengono chiamati anche *decreta* ».

I tentativi di spiegare gli interdetti attribuendo loro il carattere di misure di polizia falliscono, a parer mio, già pel fatto, che alla tutela del possesso accordata cogli interdetti non si può dare per fondamento quel punto di vista. Perocchè altrimenti anche il sem-

---

<sup>7)</sup> *Röm. Rechtsgeschichte* (Storia del dir. rom.), vol. II, § 53 pag. 177 seg. Vedi BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, vol. I, pag. 202 nota 1.



plice detentore dovrebbe esser tutelato con gli interdetti, e così pure il possesso su di una *res extra commercium* e la disposizione di fatto della cosa da parte di un individuo incapace di possedere. A tal riguardo basterà rinviare i lettori ai ragionamenti coi quali lo IHERING ha confutato la teoria del SAVIGNY intesa a dare da quel punto di vista il fondamento del possesso \*).

Inoltre tale punto di vista non può conciliarsi con la decisione definitiva prodotta da un assai notevole numero di interdetti <sup>9)</sup>. Per la tutela della pace pubblica, pel mantenimento dello stato di fatto già esistente, può essere del tutto indifferente, che l'ordine ristabilito possa o no cambiarsi in via giudiziaria. Perchè dunque per l'interdetto *de itinere privato resciendo* è richiesta la prova del diritto di passaggio, mentre per l'interdetto *de rivis* basta la prova, che l'impetrante nell'ultimo anno o nell'ultima estate si è servito senza vizio della condotta d'acqua ?

E come si spiega, che l'interdetto *de liberis exhibendis* costituisce addirittura l'azione pel diritto della patria potestà contro un terzo, che viola o contesta quella potestà <sup>10)</sup> ? Il RUDOEFF <sup>11)</sup> e il BETHMANN-HOLLWEG <sup>12)</sup> affermando, che l'interdetto in origine era stato un ordine di esibizione del pretore emanato per provvedere alla rivendicazione di un figlio di famiglia, non fanno nè più nè meno, che togliere ogni base alla propria spiegazione. In qual modo mai avrebbe potuto accadere, che per mezzo di un interdetto istituito a questo scopo al tempo della procedura formulare « la decisione sulla patria potestà era pronunciata da un giudice giurato » ? <sup>13)</sup>.

<sup>8)</sup> *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sulla ragione della tutela del possesso) 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 9-15.

<sup>9)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 30 pag. 128 seg. (edizione tedesca parte I, pag. 170 seg.).

<sup>10)</sup> L. 5 D. *de lib. exhib.*, XLIII, 30 (vedi sopra § 1837 num. 59 pag. 259 (ediz. ted. parte I, pag. 345) nota 42). cfr. L. 1 § 1 *ead.* (vedi sopra § 1835 a num. 14 pag. 77 (ediz. ted. parte I, pag. 101)).

<sup>11)</sup> *Rechtsgeschichte* (Stor. del dir.), vol. II, pag. 130 alla nota 15.

<sup>12)</sup> *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), vol. I, pag. 137 seg. nota 11 pag. 203 nota 5. Vol. II, pag. 341 alla nota 83 pag. 347 nota 10 i. f.

<sup>13)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 341. Cfr. in contrario anche DEMELIUS, *Exhibitionspflicht* (Obbligo all'esibizione), pag. 249 alla nota 2.

E se per di più l'interdetto *de homine libero exhibendo* può aver luogo solo là, dove non v'è alcun dubbio sulla libertà personale di quell'uomo, della cui esibizione si tratta<sup>14)</sup>, s'intende di per sè, che esso non può servire alla preparazione di un processo di stato. Anche qui gli scrittori testè nominati possono difendere la loro affermazione affatto infondata, che quell'interdetto in origine servisse ad ottenere l'esibizione di un uomo per le *vindiciae* innanzi al tribunale su domanda dell'assertore<sup>14a)</sup>, solo con la seconda affermazione del pari infondata, che esso abbia cambiato più tardi la sua funzione pratica<sup>15)</sup>. Ora se quest'ultima affermazione fosse vera, il carattere interdittale di questo mezzo di tutela giuridica, in sostanza affatto nuovo, sarebbe, dal punto di vista di quegli scrittori, alla sua volta campato in aria.

108. Secondo il BEKKER<sup>16)</sup> gli interdetti non sono fin dal principio che un'emanazione del potere del magistrato, e non hanno altra base che questa. Così si spiega secondo questo scrittore, perchè in ogni tempo gli interdetti siano restati in un campo strettamente limitato, anzi si spiega l'una e l'altra cosa, perchè cioè essi fossero quivi ammessi, e perchè non fossero ammessi al di là di quei limiti. « Se tutti gli interdetti s'aggirassero su *res divini iuris, res nullius*<sup>17)</sup>, *res publicae*, il principio ad essi tutti comune non sarebbe difficile a scoprire; ma vi si aggiungono anche *res singulorum*, anzi tanto *universitates*, che *singulae res*, e ciò a bella prima sembra spezzare ogni

14) L. 3 § 7 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29 (vedi sopra § 1835 a num. 15 pag. 83 (ediz. ted. parte I, pag. 110).

14 a) RUDORFF, loc. cit. BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. vol. I, pag. 139 nota 17 pag. 203 nota 5, vol. II, pag. 335 seg. nota 42.

15) BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. vol. II, pag. 335 seg. nota 42 pag. 347 nota 10. Cfr. in contrario DEMELIUS, loc. cit. pag. 241.

16) *Die Aktionen*, vol. II, pag. 57 segg.

17) Quali interdetti annoveri tra questi il BEKKER, non sappiamo. Gli interdetti *de liberis personis exhibendis ducentis* additati come tali da ULPIANO nella L. 1 pr. D. h. t. sono citati dal BEKKER come processuali loc. cit., pag. 324 seg. sotto il num. II, parte come esibitorii sotto la lettera A, parte come *ductorii* sotto la lettera C, mentre non vien data da questo scrittore una rubrica di « interdetti a tutela di *res nullius* » accanto a quelle di « interdetti a tutela dei rapporti giuridici esistenti su cose pubbliche » (I) e « *de rebus divinis* » (II).

barriera. Senonchè facilmente si scorge, che questi interdetti, che si riferiscono a *res singulorum*, appartengono tutti a un gruppo ben delimitato; giacchè, tranne alcune eccezioni isolate, essi sono tutti possessorii »<sup>18)</sup>. — « Nel dire che tutti gli interdetti o si riconnettono al diritto pubblico, comprese le materie di diritto sacro, o sono esibitori, o possessorii, non v'è una maggiore inesattezza di quella, che suole riscontrarsi in generale nelle norme di diritto ».

« L'enigma sarà sciolto non appena avremo additato, che cosa abbraccia come vincolo comune l'esibizione e il possesso e la discussione di cause di ordine non privato. L'esibire e l'ottenere, l'affermare e il ricuperare il possesso sono atti processuali<sup>18a)</sup>, e il pretore è chiamato a dirigere i processi e a tutelare le cose non private ».

« Quindi tutti gli interdetti concernono i rapporti, che propriamente cominciano ad esistere entro la sfera d'ufficio del pretore. In genere non si trovano interdetti che nel campo, in cui spettano al pretore decisione ed esecuzione in forza dei poteri inerenti al suo ufficio; e che essi debbano limitarsi a questo campo non abbisogna di esser dimostrato dopo la storia del loro sviluppo qui esposta. Il pretore non comanda appunto, che dove egli deve comandare, e l'in-

---

18) L'affermazione ivi aggiunta, che ciò è già stato osservato dagli stessi Romani, vien nella nota 15 munita dell'appoggio della L. 2 §§ 2 sq. D. h. t. e di GAIO, IV, 142 sq. cfr. § 1 I. *de interd.*, IV, 15, col confronto inoltre di GAIO, IV, 139: *quod (sc. principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponere) tum maxime facit (sc. praetor aut proconsul), cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*. Però noi abbiamo già veduto sopra § 1835 b num. 31 pag. 130 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 172 seg.), che la divisione degli interdetti in *retinendae, recuperandae, adipiscendae possessionis* non si limita punto agli interdetti possessorii o a quelli, *quae possessionis causam habent*. — Il numero degli interdetti *de re familiari* non possessorii « isolati » ascende a non meno di dieci! vedi sopra § 1835 a num. 30 in f. pag. 129 (ediz. ted. parte I, pag. 171). Il *quod maxime facit* di GAIO, IV, 139 (pr. I. *de interd.*, IV, 15) anzichè al numero degli interdetti istituiti a tutela del possesso o del quasipossesso di fronte al numero degli altri, si riferisce alla frequenza della loro emanazione (*auctoritatem interponere*).

18 a) Similmente lo PFERSCHÉ, *Interdiete*, pag. 49, al quale sembra, che solo pochi interdetti siano da considerare come mezzi processuali pienamente indipendenti, e che per la maggior parte sia certo, e per gli altri almeno non inverosimile, essere essi in stretto rapporto con fatti processuali di altro ordine.

terdetto è e resta, fino agli ultimi stadii della sua storia, un comando del pretore ».

Certo non può far meraviglia, che il magistrato prendesse sotto la sua tutela speciale le *res in publico usu*. Pur tuttavia non deve dimenticarsi, che tra gli *interdicta ad publicam utilitatem pertinentia* se ne trova uno, che non ha nulla che fare con l'*usus publicus* o con la tutela di cose non private, e si riferisce invece al patrimonio dello Stato (*patrimonium civitatis*, demanio), l'interdetto *de loco publico fruendo*. Questo si fonda su d'una considerazione di natura finanziaria.

L. 1 § 1 D. *de loco publ. fruendo* XLIII, 9:

(ULP. lib. LXVIII *ad ed.*) *Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id (publicum ins.) fruendum conduxit.*

E su questo medesimo punto di vista si fonda anche l'*interdictum utile* proibitorio, che vien dato al conduttore di un *lacus* o *stagnum* appartenente allo Stato o a un Comune per la pesca.

L. un. § 7 D. *ut in flum.* XLIII, 14:

(ULP. lib. LXVIII *ad ed.*) *Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere, SABINUS consentit: et ita LABEO. ergo si a municipibus conductum habeat, æquissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.*

Per atti processuali, quale egli chiama per principio tutti gli interdetti, che non si riferiscono a *res divini iuris* e *res publicae*, il BEKKER vuol senza dubbio intendere quegli atti, che si palesano quali atti preparatorii di una lite altrimenti fondata, o che hanno luogo quali momenti incidentali di una tale lite <sup>19)</sup>. Per gli interdetti concernenti il possesso egli tenta di dimostrare più minutamente quest'affermazione; la funzione essenzialmente processuale delle esibizioni ed edizioni gli sembra così evidente, da non poter trovar contraddittori <sup>20)</sup>.

<sup>19)</sup> Loc. cit. pag. 59 segg. pag. 324 segg. Tra i momenti incidentali è quivi compresa anche l'esecuzione.

<sup>20)</sup> Loc. cit. pag. 60 alla nota 17.

Eppure anche un fuggevole esame delle norme delle fonti pervenute fino a noi mostra, che in esse gli interdetti *de liberis hominibus exhibendis* non hanno in sè assolutamente nulla della natura processuale nel senso in discorso, mentre manca fin la più leggera traccia di una trasformazione fondamentale di quei mezzi di tutela giuridica.

Abbiamo già sopra <sup>21)</sup> veduto, perchè l'interdetto *de homine libero exhibendo* non possa servire alla preparazione di un processo di stato; per la medesima ragione esso non può nemmeno essere trattato come incidente di un processo di tal genere.

Così nemmeno l'interdetto *de liberis exhibendis* prepara un'altra azione per la patria potestà, nè serve nel processo sulla potestà alla sistemazione di uno stato di possesso o simili. È invece, come del pari abbiamo già osservato <sup>22)</sup>, l'azione stessa sulla potestà patria di fronte a un terzo, ciò, su cui vien deciso con forza di cosa giudicata fra il terzo e l'impetrante. Quando la L. 3 § 1 D. h. t. dice:

— itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, praeparatorium est huius interdicti (sc. de liberis ducendis): quo magis enim quis duci possit, exhibendus fuit —

essa con ciò non vuol punto enunciare il rapporto da noi contestato tra l'interdetto *de liberis exhibendis* e l'interdetto *de liberis ducendis*. Perocchè quest'ultimo interdetto presuppone, che il presunto figlio di famiglia affermi egli stesso di non esser soggetto a potestà; il terzo, contro cui l'interdetto vien diretto, comparisce solo come *defensor* del presunto figlio di famiglia <sup>23)</sup>; e solo in questo senso può parlarsi di un rapporto preparatorio tra l'interdetto *de liberis exhibendis* e questo interdetto, in quanto che, dopo che è stato sperimentato il primo vittoriosamente, il *ducere* del figlio può a volte venir ritardato dal fatto, che questo ormai impugna da parte sua la potestà patria del vincitore, la quale con la decisione sull'interdetto *de liberis exhibendis* non è ancora stabilita di fronte a lui <sup>24)</sup>.

<sup>21)</sup> Num. 107 (ediz. ted. parte II pag. 301).

<sup>22)</sup> Ivi (ediz. ted. parte II pag. 300).

<sup>23)</sup> L. 3 cit. § 3.

<sup>24)</sup> DEMELIUS, *Exhibitionspflicht* (Obbligo all'esibizione) pag. 247 segg. — MAX RÜMELIN, *Zur Geschichte der Stellvertretung in röm. Civilprozess* (Contri-

Che poi l'interdetto *de liberis ducendis* sia l'esclusivo e definitivo mezzo processuale per venire a una decisione sulla patria potestà dell'attore di fronte a una presunta *persona sui iuris* difesa da un terzo, risulta direttamente dalla L. 3 § 4 D. h. t. (vedi sopra pag. 78; ediz. ted. parte I, pag. 103).

Dov'è dunque l'evidenza dei rapporti processuali degli interdetti duttori?! <sup>25)</sup>.

Il simile, che nell'interdetto *de liberis exhibendis*, si riscontra, nell'interdetto *de liberto exhibendo*. Questo è diretto contro il terzo, che sottrae all'attore il presunto *libertus* di lui, e, non avendo il patrono un diritto assoluto, che il liberto dimori presso di sè <sup>26)</sup>, soltanto pel caso speciale, che l'attore voglia invitare il presunto liberto, in

---

buto alla storia della rappresentanza nella procedura civile romana), pag. 137 nota 1. Di diversa opinione è il MÜNDELOH, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Riv. di st. del dir. della fondazione Savigny), vol. IV, parte rom. pag. 83: « Quest'ultimo interdetto (*quominus ducere liceat, vim fieri veto*) era di per sè solo affatto vano, quando il figlio era nella custodia dell'avversario; e una trasgressione di quell'interdetto poteva esser commessa contro il padre di famiglia solo allorquando questi aveva di fatto il figlio nella sua potestà. Perciò egli doveva prima domandare l'interdetto preparatorio *de liberis exhibendis* per riavere il figlio nella propria custodia, ed acquistare così la possibilità, che il suo rapporto di duzione venisse violato ». Contro tali argomenti basterà enunciare le seguenti domande: L'esibizione, quando serviva di preparazione per un'altra azione, dava la custodia all'attore? E c'è bisogno di esercitare un'azione per condur via ciò, che si ha nella propria custodia? — Erroneamente anche il KAPPYNE VAN DE COPPELLO, *Abhandlungen zum Römischen Staats- und Privatrecht* (Dissertazioni sul diritto romano pubblico e privato), pag. 128: « si può egli dubitare sul serio, che nell'interdetto *de liberis exhibendis* per la trasgressione del *prohibitorium* (L. 3 § 1 D. XLIII, 30) non veniva richiesto altro, che il rifiuto verbale di lasciare che la persona esibita seguisse l'avversario *in iure?* ».

<sup>25)</sup> Cfr. BEKKER, loc. cit. pag. 325. Abbiamo già osservato sopra § 1835 num. 9 pag. 48 (ediz. ted. parte I, pag. 61) nota 55 in fine, che il cosiddetto interdetto *de uxore exhibenda* ivi addotto non esisteva punto. Anche secondo il BETHMANN-HOLLWEG l'interdetto *de liberis ducendis* in origine avrebbe servito all'esecuzione, e più tardi avrebbe cambiato il suo ufficio pratico, come gli interdetti *de liberis exhibendis* e *de homine libero exhibendo*. Loc. cit. vol. I, pag. 203 nota 5; vol. II, pag. 347 nota 10. Cfr. sopra num. 107 (edizione ted. parte II, pag. 300 seg.) nota 12 segg.

<sup>26)</sup> Cfr. LEIST nella Continuazione di questo *Commentario*, (ediz. tedesca parte IV, num. 100 pag. 545 segg. num. 104 pag. 565 segg.).

base alla promessa fattagli al momento della manomissione e a causa di questa, a prestargli dei servigi (*operas indicere*)<sup>27</sup>). Mi sembra indubbio, che mercè questo interdetto il diritto di patronato venga stabilito definitivamente di fronte a ogni terzo, che lo contesta e lo viola di fatto. Nulla sappiamo di un'altra azione data a questo scopo; e sebbene per la procedura per *legis actiones* possa aver servito a ciò una *vindicatio patronatus*<sup>28</sup>), per la procedura formulare dobbiamo considerare precisamente l'interdetto *de liberto exhibendo* come l'unico mezzo di procedura adatto all'uopo. Nel rapporto tra il presunto patrono e quel terzo tale interdetto adunque non è preparatorio, appunto come non è preparatorio l'interdetto *de liberis exhibendis* nel rapporto tra il presunto padre di famiglia e il suo avversario. Tuttavia, precisamente come questo interdetto in seguito al contegno del presunto figlio di famiglia può diventare preparatorio rispetto all'interdetto *de liberis ducendis* nel senso detto sopra, così può l'interdetto *de liberto exhibendo*, in seguito al contegno del presunto liberto, essere preparatorio rispetto all'*actio operarum* da un lato<sup>29</sup>), e dall'altro lato rispetto al *præiudicium de libertinitate*<sup>30</sup>). Ma non per ciò è esso interdetto un atto processuale in servizio di queste azioni!

Il carattere processuale non può ammettersi nemmeno per la maggior parte di quegli interdetti, *quae ad rem familiarem pertinent*.

Esso può, ben è vero, esser riconosciuto per il maggior numero

<sup>27</sup>) Vedi sopra § 1835 num. 9 pag. 49 (edizione tedesca parte I, pag. 62) nota 56.

<sup>28</sup>) K. A. SCHMIDT, *Das Hauskind in mancipio* (Il figlio di famiglia in mancipio) (Leipzig 1879) pag. 15 nota 53 arg. GAIUS, II, 195: — *cum legatus fuisset Latinus per vindicationem* cfr. PLIN. *Ep. ad Traian.* 104 (X, 105). La mia notizia dello scritto del LEIST, *Das Römische Patronatrecht* (Il diritto di patronato romano) nelle *Göttinger gelehrte Anzeigen* 1880 pag. 568.

<sup>29</sup>) L. 13 § 2 D. *de O. L.*, XXXVIII, 1. ULP. lib. XXXVIII, *ad ed.*: *Iudicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint, praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt, posteaquam fuerint indictae.*

<sup>30</sup>) Cfr. LEIST, loc. cit. (ediz. ted. vol. V, num. 165 sotto il numero II b, pag. 274), il quale attribuisce a questo interdetto unicamente lo scopo preparatorio, di porre il patrono in grado di eseguire l'atto di indizione, nello stesso modo che egli scorge lo scopo preparatorio dell'interdetto *de liberis exhibendis* nella preparazione alla duzione dei figli. Cfr. sopra nota 24 in fine.

degli interdetti, che servono alla tutela di un diritto di possesso conferito dal pretore <sup>31)</sup>. Però noi dobbiamo contestarlo pel *Quorum bonorum* (N.° 1), e per il *secutorium* (N.° 8) e il *possessorium* (N.° 9). Il primo vien meno, come abbiamo diffusamente dimostrato, appunto là, dove l'avversario afferma un diritto di successione definitivo <sup>32)</sup>; quindi è impossibile, che esso fosse adatto a regolare lo stato di possesso per un susseguente processo circa questo diritto di successione definitivo. Gli altri due interdetti poi sono essi stessi dei mezzi di procedura definitivi, come è stato esposto sopra <sup>33)</sup>.

Riconosciamo inoltre il carattere processuale per alcuni interdetti istituiti a tutela di un diritto di possesso non ottenuto dal pretore <sup>34)</sup>, cioè per l'*Uti possidetis* e l'*Utrubi*, come pure per l'interdetto *de superficiebus* creato sul modello del primo.

Per contro non possiamo scorgere degli atti processuali negli interdetti istituiti a tutela del possesso delle servitù; essi non determinano nè la posizione reciproca delle parti nè l'onere della prova in una qualsiasi lite successiva sul diritto della servitù. Perciò la loro funzione preparatoria <sup>35)</sup> non è d'indole giuridica, ma, se mi è lecito esprimermi così, d'indole puramente pratica, fortuita.

Come possa il BEKKER dichiarare processuali e tendenti alla tutela di un diritto di possesso non ottenuto dal pretore gli interdetti *proprietas causam continentia de itinere actuque privato reficiendo* (N.° 8) <sup>36)</sup> e *de aqua ex castello ducenda* (N.° 9) <sup>37)</sup> è per noi incomprensibile, tanto più, che noi naturalmente non possiamo dubitare, che egli non li annoveri tra le sue « eccezioni isolate » di interdetti *de rebus singulorum* non possessorii.

<sup>31)</sup> BEKKER, loc. cit. pag. 324 sotto il num. III B. — PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 46 seg.

<sup>32)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 18 segg.

<sup>33)</sup> Ivi num. 24 pag. 115 segg. (ediz. ted. parte I, pag. 152 segg.).

<sup>34)</sup> Cfr. BEKKER, loc. cit. pag. 325 sotto la lettera D.

<sup>35)</sup> Cfr. L. 1 § 44 D. *de aq. coll.* XLIII, 20 (vedi sopra § 1835 a num. 14 pag. 78 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 103 seg.)).

<sup>36)</sup> L. 3 §§ 11, 13, 14 D. *de it. act. priv.* XLIII, 19. Vedi sopra § 1835 a num. 14 pag. 76 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 100 seg.).

<sup>37)</sup> L. 1 § 44 D. *de aq. coll.* XLIII, 20 cit. (sopra pag. 78 seg. (ediz. tedesca parte I pag. 103 seg.)).



E dove è mai riposto il carattere processuale degli interdetti *de vi*? Non si dovrebbe allora a pari titolo attribuire tale carattere per esempio all'*actio quod metus causa* per estorto possesso o alle *condictiones* possessorie? Già la verità incontestabile, che l'interdetto *Unde vi* può aver luogo anche quando il deiciente non si trova punto in possesso del fondo controverso, mostra, a mio parere, che in esso ciò, che importa, non è il regolamento dello stato di possesso come tale, che quindi esso è del tutto disadatto a preparare il processo circa la proprietà.

Se poi tra i dieci interdetti indicati dal BEKKER a pag. 326 il cosiddetto *interdictum demolitorium* (N.° 3 dell'enumerazione) e l'interdetto *Ne vis fiat aedificanti* (N.° 4) possono considerarsi come mezzi processuali provvisorii, questo carattere deve esser negato nel modo più reciso per gli interdetti *Quod vi aut clam* (N.° 2), *de migrando* (N.° 8) e *Salvianum* (N.° 9). Il fatto, che colui, il quale è stato condannato col *Quod vi aut clam* alla restituzione di un *opus in solo* eseguito in *alieno*, può in seguito dimostrare il suo diritto a fare quell'*opus*, o che viceversa colui, il quale è stato respinto con quell'interdetto di fronte a un avversario, può in seguito dimostrare il suo diritto di proibire un tale *opus*, non basta certo a fare essenzialmente dell'interdetto un mezzo « di ordinamento provvisorio di rapporti di fatto, sulla cui legittimità si dovrà giudicare nel procedimento ordinario, » e molto meno un atto processuale nel senso in discorso. Per l'interdetto *de migrando* non si può scorgere alcun successivo mezzo ordinario <sup>38)</sup>, e così pel *Salvianum* del diritto classico <sup>39)</sup>, e pel cosiddetto *interdictum fraudatorium* (N.° 10), sulla cui natura il BEKKER non si pronuncia <sup>40)</sup>.

Nemmeno gli interdetti *de cloacis* (N.° 1), dei quali pure del resto il BEKKER nulla dice, vanno annoverati tra i mezzi processuali prov-

<sup>38)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 29 pag. 124 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 165 e seg.).

<sup>39)</sup> Ivi pag. 125 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 166 seg.) — Riguardo agli interdetti *de migrando* e *Salvianum* il BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* (Proc. civ.) vol. I, pag. 203 nota 6 s'accorda col BEKKER, in quanto anch'egli li reputa ne. loro originario ufficio misure di polizia.

<sup>40)</sup> Ivi pag. 167 seg.

visorii. L'interdetto relativo alle cloache pubbliche rientra nel numero degli interdetti dati a tutela delle *res in publico usu*; l'interdetto per le cloache private non è nè processuale, nè preparatorio nel senso giuridico, per le medesime ragioni, per le quali abbiamo dovuto negare tali qualità agli interdetti istituiti pel quasipossesso di servitù<sup>41</sup>).

Riguardo agli interdetti *de arboribus caedendis* (N.º 6) e *de glande legenda* (N.º 7) il BEKKER ritiene anzi, che essi abbiano carattere esecutivo<sup>41 a)</sup>, perchè in essi « il fondamento di fatto » dei diritti sanzionati nelle dodici tavole « esiste in modo evidente », « quindi il diritto soggettivo è altrettanto certo, come se un giudice avesse su di esso statuito, e non pende ancora questione che sull'esecuzione, la quale qui, come sempre di regola, spetta al pretore ». Senonchè, a prescindere totalmente che la facoltà di appropriarsi da ultimo i rami sporgenti sul fondo non è punto sanzionata dalle dodici tavole; a prescindere inoltre che non ci vien in alcun modo spiegato, perchè il pretore dovrebbe aver scelta precisamente qui per l'esecuzione la strana forma certo sommamente inopportuna dell'interdetto; è egli poi vero, che negli interdetti in discorso il fondamento di fatto esista in modo evidente? O non è invece ben possibile, che la legittimazione attiva e inoltre lo *stare per eum, quocum agitur, quo minus arbor adimatur, coerceatur*<sup>42</sup>), che la provenienza dei frutti giacenti sul fondo dell'impetrato dall'albero dell'impetrante, o l'impedimento del tentativo di raccogliarli appunto solo *tertio die*, vengano vivamente contestati? E per di più, se è vera la nostra ipotesi<sup>43</sup>), che

---

<sup>41</sup>) Vedi sopra pag. 629 (ediz. ted. parte II, pag. 310).

<sup>41 a)</sup> Della stessa opinione è lo PFRASCHE, loc. cit. pag. 47 seg., 53 seg., il quale nel primo passo pone con questi anche alcuni interdetti proibitorii non istituiti nell'editto, i quali dovrebbero effettuare il ricupero di cose trasportate dall'alluvione e lo scavamento di oggetti di valore nel fondo altrui. L. 9 § 1 D. *de damn. inf.* XXXIX, 2; L. 15 D. *ad exhib.* X, 4.

<sup>42</sup>) Cfr. PAUL. V, 6, 13; L. 1 § 4 D. *de arb. caed.* XLIII, 27 [vedi sopra § 1835 a num. 28 pag. 123 (ediz. ted. parte I, pag. 162 seg.)] nota 41. Il BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.* (Proc. civ.) vol. I, pag. 203 nota 6, considera ambedue questi interdetti quali misure di polizia, giusta la loro originaria funzione.

<sup>43</sup>) Vedi sopra § 1835 a num. 28 pag. 123 segg. (ediz. ted. parte I, pag. 162 segg.).

questi due interdetti siano provvisorii, come può attribuirsi ad essi una natura esecutoria? O v'è forse alcuno, che sia così disinvolto, da dichiarare esecutorio qualsiasi interdetto proibitorio?!

Ed ora che abbiamo veduto in tanti interdetti, come sia totalmente erroneo il principio, su cui il BEKKER fonda gli interdetti in generale, non occorre, che ci tratteniamo qui a lungo sulla possibilità di conciliare il suo principio con l'interdetto *de precario* <sup>44)</sup>, che a lui stesso appare dubbia. Per la medesima ragione, per la quale abbiamo dovuto negare, che l'*Unde vi* sia di natura processuale, è necessario negar ciò anche per l'interdetto ora nominato: non presupponendo esso un possesso attuale nel convenuto <sup>45)</sup>, non può esser destinato a preparare il processo sulla proprietà.

Finalmente basterà accennare di passaggio, che l'interdetto del denunziante in base alla *remissio operis novi nuntiationis*, di cui il BEKKER tace affatto, non è processuale, ma serve anzi a far valere definitivamente il diritto di proibizione del denunziante <sup>46)</sup>.

Dopo quanto è stato sin qui detto possiamo ritenerci autorizzati a scorgere nel principio, su cui il BEKKER fonda gli interdetti, un tentativo interamente abortito.

109. Lo HUSCHKE <sup>47)</sup> reputa del pari, che in contrapposizione con i *iurgia* o *legis actiones*, e più tardi con le azioni in genere, in cui le parti fanno valere esse stesse secondo il *ius* un proprio diritto in contraddittorio dinanzi alle autorità, gli interdetti, come le ordinarie misure coattive, siano comandi o divieti dell'autorità alle parti formalmente fondati solo sull'*imperium*, dai quali sorge, non un obbligo di una parte verso l'altra, ma l'obbligo della persona, a cui è diretto il comando, di ubbidire all'autorità. Certo, continua lo HUSCHKE, non come i comandi passibili di immediata coercizione, concreti (diretti a determinate parti) e incondizionati, ma come ordini nel loro senso notificati dapprima in generale mediante l'editto, e condizionati

<sup>44)</sup> Loc. cit. pag. 326 seg.

<sup>45)</sup> L. 8 § 3 D. *de prec.* XLIII, 26.

<sup>46)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 27 pag. 122 (ediz. ted. parte I, pag. 161).

<sup>47)</sup> *Die Mulla und das Sacramentum*, pag. 72 segg., e incidentalmente già negli *Studien des röm. Rechts*, pag. 3 seg. nota \*).

a certi presupposti di diritto o di fatto, che poscia vengono pronunciati dal pretore tra parti determinate, solo allo scopo che queste discutano *in iure*, ed eventualmente innanzi al tribunale, sull'esistenza dell'inobbedienza e per conseguenza dei presupposti nel loro rapporto litigioso, appunto come nelle azioni sulla (resistenza)<sup>48)</sup> del diritto affermato e contestato in base al diritto civile; di modo che solo ciò, che è stato stabilito mediante *confessio* o sentenza, valga come comando purificato dell'autorità. Tuttavia egli poi continua: Materialmente però l'autorità riconosce con ciò negli interdetti anche diritti propri delle parti, ai quali egli serve con i suoi comandi, e che non sono diritti privati diretti, ma si fondano sul loro diritto di cittadinanza, che va anche indirettamente tutelato dall'autorità, in quanto esso porta con sè pei singoli cittadini nei loro rapporti reciproci, sia nel loro pubblico che nel loro privato interesse, anche un uniforme ed equo godimento degli interessi e vantaggi di fatto, che lo Stato come associazione politica assicura ai suoi membri nel campo del diritto sacro, pubblico e privato su persone e cose. È perciò, che tutti gli interdetti, sebbene per la forma quali comandi dell'autorità siano di fatto obbligatorii, pure per lo scopo e pel contenuto del diritto dell'attore sono estranei appunto a tutti i rapporti obbligatorii delle parti, i quali non consistono in un godimento di fatto, ma solo in un diritto interno, e sono piuttosto realizzazione esecutivo di diritti di fatto, e hanno per oggetto o un *exhibere* o *restituere* di oggetti materiali, o un dato stato di cose, oppure l'evitare all'attore turbative in un atto anche esteriore o in uno esteriore stato di cose. Mentre invece una semplice coazione cosiddetta straordinaria da parte dell'autorità può aver luogo anche per obblighi di un cittadino sia verso lo Stato, come il servizio militare, la partecipazione ai consigli del senato ecc., o verso concittadini, come la testimonianza in giudizio, la ricognizione del proprio sigillo di testimonio (come nell'interdetto *de tabulis exhibendis* L. 3 § 9 D. *de tab. exh.* XLIII, 5), l'obbligo dell'arbitro a pronunciare la sentenza arbitrale, ecc.

Però noi non possiamo tener per giusta neppure questa teoria.

<sup>48)</sup> Va aggiunto « esistenza ».

Innanzi tutto non solo nulla ci attesta, che gli interdetti abbiano servito esclusivamente a tutela dei *cives*, ma tutto ci prova il contrario <sup>49</sup>). Anzi, se non si può contestare, che i cittadini di altri Stati tutelati dai tribunali romani in forza di trattati, e che per di più i *peregrini* appartenenti allo stesso Stato romano potessero avere, per esempio, possesso giuridico, si dovrà affermare anche pel loro possesso l'applicabilità della tutela interdittale. E del pari non si potrà dire, che essi non potessero valersi dell'interdetto *Quod vi aut clam* per un *opus in publico factum*, da cui essi sono stati danneggiati <sup>50</sup>), o dell'interdetto *de migrando*, degli interdetti *Salvianum* e *fraudatorium* e così via.

In secondo luogo è da osservare, da un lato che anche molti mezzi procedurali del *ius civile* (in antitesi al *ius honorarium*) tendono alla concessione di un godimento, e non solo del godimento di un diritto, come per esempio la *rei vindicatio*, la *negatoria in rem actio*, la *confessoria*, ma anche, come segnatamente molte *condictiones* possessorie, del godimento di interessi puramente di fatto; e dall'altro lato che l'esistenza di interdetti petitorii mostra di per sè abbastanza, che per la concessione efficace di mezzi di tutela interdittali non si aveva sempre e per principio in mira il godimento di interessi e vantaggi puramente di fatto.

Ora la teoria dello HUSCHKE non spiega in alcun modo, perchè per esempio di tutti i conduttori soltanto l'affittuario di beni demaniali e il superficario fossero stimati degni della tutela interdittale; di tutti quelli, che affidano ad un altro il loro possesso per riaverlo *in specie*, soltanto il *precario dans*, e non anche il *pignori dans*, il comodante e il deponente, ottenesse tale tutela; di tutti quelli, a cui fu illecitamente sottratto il possesso, soltanto il *deiectus*, e non anche chi ne vien privato con violenza fisica, e chi vien ingannato. Quella dimostrazione non ci spiega nemmeno, perchè l'editto dia talora un interdetto a scelta accanto a un'azione civile, come l'interdetto *de itinere actuque privato reficiendo* accanto alla *confessoria actio* <sup>51</sup>), in altri

<sup>49</sup>) Vedi sopra § 1838 a num. 89 pag. 471 (edizione ted. parte II, pag. 101 e seg.).

<sup>50</sup>) L. 7 § 8 D. *quod vi*, XLIII, 24.

<sup>51</sup>) L. 4 § 5 D. *si serv.* VIII, 5. Vedi infra num. 115 alla nota 82.

casi dia la scelta tra un interdetto ed un'actio in factum, come tra l'*interdictum Salvianum* e l'*actio Serviana* <sup>51 a)</sup>; tra l'*interdictum fraudatorium* e l'*actio Pauliana* <sup>51 b)</sup>; perchè la *missio damni infecti nomine* sia tutelata solo da interdetto <sup>52)</sup>, la *missio rei servandae causa* solo da *actio in factum* <sup>53)</sup>, le *missiones legatorum* e *ventris nomine* da ambedue le specie di mezzi procedurali <sup>54)</sup>; perchè l'esibizione venisse di regola procacciata mediante l'*actio ad exhibendum*, e in certi casi invece mediante interdetti esibitorii <sup>54 a)</sup>. E finalmente il fatto, che nessun interdetto serve a costringere all'effettuazione di una prestazione promessa, mi sembra, che tanto meno provi la sistematica e necessaria esclusione della tutela interdittale come tale dal dominio dei contratti a titolo oneroso, dappoichè, com'è noto, non v'è nemmeno alcuna *actio in factum* pretoria, che abbia per oggetto l'adempimento di un *pactum* di questa specie, quantunque sia difficile, che la competenza formale del pretore a concedere un *iudicium* anche a questo scopo, sia stata messa in dubbio dai Romani <sup>55)</sup>. Se adunque il pretore poteva lasciare in genere che il *ius civile* fornisse le azioni tendenti ad ottenere l'adempimento di contratti a titolo oneroso, egli si sarà

51 a) Vedi ivi alla nota 51.

51 b) Vedi ivi alla nota 58.

52) Vedi infra num. 115 nota 49 b.

53) LENEL, *Ed. perp.* § 216. Vedi infra num. 115 alla nota 49 a.

54) L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4; L. 1 §§ 2, 8, L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4. Vedi infra num. 115 alla nota 50.

54 a) Vedi infra num. 114 nota 44 b.

55) I cosiddetti *pacta praetoria* non sono tutelati con azioni dirette a ottenere l'adempimento di una promessa fatta, ma con azioni dirette al risarcimento dei danni per non adempimento, il *constitutum debiti* è nello stesso tempo tutelato con la possibilità della *sponsio et restipulatio tertiae partis*; le azioni date per essi hanno come espresso presupposto della condanna il *neque fecisse, quod constituit, — neque restituisse —, neque solvisse* o simili. BRUNS, *Das constitutum debiti* nella *Zeitschrift für R. G.* (Rivista di St. del dir.), vol. I, pagina 57 seg. (*Kleine Schriften* (Piccoli scritti), vol. I, pag. 246 seg.). — LENEL, *Ed. perp.* §§ 97, 49, 50. Dal *receptum arbitrii* non nasce una particolare obbligazione. Cfr. G. HARTMANN, *Die Obligation*, pag. 142 alla nota 2. Cfr. LENEL, loc. cit. § 48. — Nemmeno le *actiones depositi* e *commodati in factum conceptae* (GAIO, IV, 47) sono dirette a ottenere un adempimento, anzi presuppongono la violazione del contratto col non adempimento: *eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse*.

astenuto dall'istituire interdetti a questo scopo, non perchè gli mancassero i poteri necessari a farlo, ma solo perchè non gli sembrava che ve ne fosse bisogno <sup>56</sup>).

110. Di fronte agli sforzi infruttuosi fin qui esposti, fatti per fondare l'origine degli interdetti su di un concetto fondamentale comune, dobbiamo rinunciare a qualunque nuovo tentativo in questo senso: nè uno scopo speciale della peculiare procedura interdittale, nè un'intima relazione tra i rapporti tutelati mediante interdetti può considerarsi quale il legame, che ne fa un tutto a parte.

Non resta quindi che un'opinione possibile, quella cioè espressa dal PUCHTA <sup>57</sup>) e accettata dallo SCHMIDT <sup>58</sup>) e dal WITTE <sup>59</sup>). Secondo tale opinione gli interdetti debbono la loro origine unicamente alla circostanza, che al tempo della procedura per *legis actiones* soltanto con l'emanazione di un interdetto poteva soddisfarsi il bisogno di un mezzo di procedura non dato direttamente dal *ius civile* <sup>60</sup>).

Senza dubbio ogni membro del Comune romano, come pure ogni membro di un Comune, che avesse pattuito per trattato con Roma reciproca concessione di diritti, doveva obbedire al comando diretto a lui personalmente da un *magistratus cum imperio*, salvo la responsa-

<sup>56</sup>) Così con piena ragione, a mio credere, lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 305. Di diverso parere il BEKKER, loc. cit., pag. 58 nota 13.

<sup>57</sup>) *Institutionen*, § 169 in fine. Cfr. del resto già lo ZIMMERN, loc. cit. pagina 226 seg.

<sup>58</sup>) SCHMIDT, *Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch.* (Rivista di scienza stor. del dir.) vol. XV, pag. 59 e segnatamente *Interdictenverfahren* (Proc. interd.), pag. 304 segg. e IV, pag. 313 segg. sotto il num. VI.

<sup>59</sup>) *Interdictum Ut possidetis*, pag. 26 seg. — Il BRUNS, *Recht des Besitzes im Mittelalter* (Diritto del possesso nel medio evo) pag. 45 nota 1, si esprime in modo dubitativo. Come il PUCHTA, si esprime il DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 128. — EZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen* (Trattato delle Istituzioni), § 162.

<sup>60</sup>) Qui possiamo tralasciare di vedere, se prima dell'introduzione degli interdetti a tutela delle *res in publico usu* vi sia stato per esse nella *operis novi nuntiatio* un mezzo di tutela civile. Perocchè anche se ciò fosse certo, non verrebbe così punto escluso, che potesse esser riconosciuto il bisogno di una più ampia e comoda tutela delle *res publicae*. Cfr. WACH, nota 267 b alla Procedura civile del KELLER, e sull'origine civile della *O. N. N.* BURCKHARD, *Continuazione di questo Commentario* (ediz. ted. vol. I pag. 6 e segg.).

bilità di quest'ultimo, in quanto quel comando era stato emanato nei limiti della competenza di chi l'aveva pronunciato, quand'anche esso non avesse una speciale base nella legge. Ora al magistrato giurisdizionale oltre alla partecipazione all'amministrazione della giustizia erano affidate amministrazione e polizia; è quindi affatto naturale, che i consoli e i pretori emanassero tali comandi non basati sulla legge appunto in materia amministrativa e di polizia con una regolarità sempre più rafforzata dalla consuetudine. Ed è del pari naturale, da un lato che là, dove vi fosse un'incertezza sui requisiti di fatto di un comando da emanare, o sulla osservanza debitamente avvenuta di un comando emanato, il magistrato che voleva emanarlo o l'aveva emanato, cercasse di eliminare quest'incertezza mediante una più o meno formale esecuzione di prova, e dall'altro lato che egli sapesse vincere o punire col mezzo dei poteri inerenti alla sua carica la provata disobbedienza al suo comando.

Ora per quanto noi vogliamo rappresentarci come stabilmente ordinata dalla tradizione la procedura, che qui aveva luogo, essa restava ciononostante una mera procedura amministrativa o di polizia, nella quale colui, al quale era diretto il comando, non costituiva una parte nella lite, ma solo l'oggetto delle misure prese d'ufficio dal magistrato.

E a ciò nulla cambiava nemmeno il fatto, che il magistrato in un dato caso veniva mosso a intervenire solo da denuncia o richiesta di un privato, dappoichè appunto questo intervento, una volta deciso, aveva luogo sempre d'ufficio, e d'ufficio veniva esso esplicito.

Ben a ragione perciò respinge il BETHMANN-HOLLWEG <sup>61)</sup> l'espressione « *extraordinariae cognitiones* » usata dal LEIST <sup>62)</sup> per questa procedura: perocchè, com'è noto, con essa si usa designare l'istruzione e la decisione giudiziaria, che il magistrato compieva egli stesso senza nominare giudici giurati.

Appunto perciò non si può concepire la procedura interdittale

<sup>61)</sup> *Röm. Zivilpr.* (Proc. civ. rom.) vol. I, pag. 203 nota 8.

<sup>62)</sup> *Bonorum possessio*, vol. I, pag. 330 pag. 341 seg. Parimenti SCHMIDT, *Interdiktverfahren* (Procedura interdittale), pag. 318 nota 43 (cfr. la nota seguente). — SOHM, *Inst.* § 43 sotto il num. I, 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 185 seg.



come una derivazione della procedura amministrativa o di polizia <sup>63)</sup>, ed è strano, che ciò affermi precisamente il BETHMANN-HOLLWEG <sup>64)</sup>, come è stato riferito sopra. Perocchè la procedura interdittale, per lo meno nella sua forma, è una contesa giuridica tra privati <sup>64 a)</sup>, e come tale costituisce un indisconoscibile contrapposto all'altra procedura <sup>64 b)</sup>.

Certo ciò non esclude punto, che la procedura interdittale abbia avuto storicamente principio in rapporti, che stavano nello stesso tempo anche sotto la tutela del magistrato munito di giurisdizione quale suprema autorità amministrativa e di polizia. Anzi è assai probabile, che i più antichi interdetti si riferissero alle *res divini iuris* e alle *res in publico usu* <sup>64 c)</sup>.

Con la finezza di osservazione, che gli è propria, lo SCHMIDT <sup>65)</sup> ne desume una prova, a mio parere, convincente dal fatto, che gli interdetti di tale specie contro colui, qui *factum ecc. habet*, mancano dell'aggiunta riguardante il *dolo malo fecisse, ut haberi desineretur* o simili, quale si trova negli analoghi interdetti per materie *privati iuris*. « Questi ultimi interdetti » dice lo SCHMIDT « saranno sorti più tardi al tempo della giurisprudenza finemente sviluppata, mentre quei primi si contentavano di provvedere al più urgente bisogno. Le antiche forme sunnominate rimasero poi nell'editto invariate anche più tardi », dappoichè già LABEONE li trattava, come se essi contenessero quell'aggiunta <sup>66)</sup>.

L'intima ragione, per la quale gli interdetti a tutela delle *res divini iuris* e delle *res in publico usu* sono i più antichi, può esser ri-

<sup>63)</sup> Così a ragione lo SCHMIDT, loc cit. (vedi nota 62).

<sup>64)</sup> Loc. cit. vol. II, pag. 345. Vedi sopra num. 107 (ediz. ted. parte II, pag. 298 seg.).

<sup>64 a)</sup> Così a ragione il WITTE, *Interdictum Ut possidetis*, pag. 9.

<sup>64 b)</sup> Cfr. THEOPHIL., ad pr. I. *de interd.* IV, 15: 'ἰντερδικτῶν δὲ ἔστιν ἐπιείκῃ πρῶτον μεταξὺ δύο τινῶν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς ἀγροῦζομένων γινόμενη, οὐ τίμωσα τῆς ὑποθέσεως ἀλλὰ βουθαιζοῦσα τὸν δικαστῆν, ὅπως χρεὶ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως. Debbo l'accento a questo passo ad una notizia di O. E. HARTMANN.

<sup>64 c)</sup> Di diversa opinione è lo PFERSCHKE, pag. 51 seg., a causa della competenza del censore, nelle cose pubbliche superiori alla competenza del pretore.

<sup>65)</sup> Loc. cit. pag. 159.

<sup>66)</sup> Cfr. sopra § 1837 num. 58 pag. 252 (ediz. ted. parte I, pag. 336 seg.).

posta nella considerazione seguente. È assai più facile ritenere, che per rapporti già posti dalla legge sotto la tutela dell'amministrazione e della polizia, e così riconosciuti da essa come degni e bisognosi di tutela, siano sorte nuove forme di tutela dall'*imperium* degli organi, a cui era affidata tale tutela, anzichè supporre, che appunto quell'*imperium* abbia dapprima creato un mezzo di tutela per il rapporto per l'addietro non tutelato in nessun modo, e abbia ciò fatto, non mediante la procedura amministrativa o di polizia, ma mediante l'istituzione di una procedura giudiziaria, che per di più in tal forma non esisteva ancora punto.

Si potrebbe esser propensi ad addurre ancora un'altra ragione a favore dell'affermazione, che gli interdetti popolari sono i più antichi, e cioè l'opinione dello IHERING <sup>66a</sup>), che le azioni popolari in genere, come più antiche delle quali sono a ragione considerati gli interdetti popolari <sup>66b</sup>), fossero destinate, secondo il loro concetto primitivo, a tutelare il peculiare rapporto del diritto comune ed indiviso dei cittadini sulle *res publicae*. Perocchè senza dubbio questa idea ci fa risalire agli inizi del comune romano, e lo IHERING stesso infatti la deriva dalla costituzione per genti. Senonchè un rapporto così prodotto dalle più antiche idee dei cittadini uniti per genti in *populus Romanus Quiritium*, sarebbe certamente stato fin dal principio sotto la tutela del *ius civile*; e resterebbe addirittura incomprensibile, come potesse una tale tutela del *ius civile* venir soppiantata da mezzi di procedura pretorii senza lasciar alcuna traccia di sè. Il fatto, che la tutela giuridica delle *res publicae* è impartita esclusivamente mediante interdetti popolari, ci costringe dunque a dichiarare insostenibile l'opinione dello IHERING, la quale in realtà non trova nemmeno alcun appoggio nelle fonti <sup>66c</sup>) g).

<sup>66 a</sup>) *Geist des römischen Rechts* (Spirito del dir. rom.) parte I, § 14 1.<sup>a</sup> ediz. pag. 186 seg. alla nota 92 segg. (4.<sup>a</sup> ediz. pag. 201 seg.); *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt* (La lite tra Basilea campagna e Basilea città), pag. 39. Della stessa opinione è il BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), vol. III, pag. 406 segg. (*Klein. Schriften* (Scritti minori), vol. I, pag. 367 seg.).

<sup>66 b</sup>) BRUNS, loc. cit., pag. 408 seg. (*Klein. Schr.*, vol. I, pag. 369 seg.).

<sup>66 c</sup>) Nel suo scritto « *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel Stadt* » pa-

g) Vedi la confutazione dell'opinione dell'autore fatta dal FADDA, *Azione popolare* pag. 330 seg. num. 241.

Una volta poi che era sorta in virtù dell'*imperium* una peculiare forma di procedura giudiziaria, ne derivò certo come sviluppo affatto

gina 39 nota \* lo IHERING, in appoggio della massima: « Come il proprietario faceva valere il suo diritto mediante la *rei vindicatio*, così ognuno, che apparteneva alla sfera, per la quale sono destinate le *res publicae* faceva valere il suo mediante l'*actio popularis* » cita le: L. 42 pr. *de proc.* III, 3... *quasi privatae actionis*; L. 3 §§ 9 e 12 *de sepulch.* XLVII, 12; L. 2 § 2 *ne quid in loc.*, XLIII, 8... *et tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum*; e finalmente arg. L. 6 *de prop. act.* XLVII, 23... *cum ad eos pertineat*. Nessuno di questi frammenti ha la minima forza probatoria per l'opinione dello IHERING: essi possono anzi servire a confutarla. La L. 42 pr. D. III, 3 contrappone l'interdetto popolare *Quo minus illi via publica ire agere liceat, vim fieri veto* — nel caso in cui l'impetrante persegue in pari tempo un interesse privato, quale *quasi privata actio*, al caso ordinario, in cui non v'è un interesse personale. Vedi sopra § 1833 num. 3 pag. 20 (ediz. ted. parte I, pag. 27) nota 63. Ciò è reso specialmente chiaro dall'accenno all'*actio sepulchri violati*, che appunto per colui, *ad quem ea res pertinet* è istituita non come *actio popularis* per 100,000 sesterzii (100 aurei), ma come *actio privata* pel *quantum ob eam rem aequum videbitur*. L. 3 pr. D. *de sepulchro viol.*, XLVII, 23. — LENEL, *Ed. perp.*, pag. 181. — La L. 3 cit § 9 parla appunto di quell'*actio privata sepulchri violati*, cioè pel caso di più individui interessati personalmente, a ciascuno dei quali essa dà l'azione, *quia in id, quod uniuscunqve interest, agitur*, mentre un'*actio popularis* con la prevenzione di colui, che è per primo pervenuto alla contestazione della lite, rimane esclusa per tutti gli altri. La L. 3 cit. § 12 dice: *Haec actio popularis est*, — beninteso pel caso, in cui non vi sia nessuno, *ad quem ea res pertinet*. — La L. 2 § 2 D. *ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua re illi damni detur*, alla quale lo IHERING dà particolar peso, non tratta punto di un'azione popolare, ma dell'interdetto privato *Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re illi damni detur*. Vedi sopra § 1835 num. 8 pag. 43 seg. (ediz. ted. parte I, pagina 54 seg.) alla nota 37 segg. Oltre di che essa nega al cittadino il godimento del *loca publica*, come *quasi propria cuiusque*, e gliel'accorda soltanto *iure civitatis*. — PERNICE, *Labeo*, vol. I, pag. 271. Nelle parole surriferite essa aggiunge, che ciascun cittadino ha precisamente tanto diritto al godimento, quanto ciascun altro ne ha a impedirglielo, e che appunto perciò colui, che vuol fare una costruzione *in publico*, che danneggerebbe un altro, è esposto all'interdetto in discorso da parte di quest'ultimo. — La L. 6 cit. D. *de pop. act.*, XLVII, 23 dice finalmente, che alle donne e ai minori è permesso esercitare un'azione popolare, solo allorchando essi vi siano personalmente interessati, e prova quindi con un irrefutabile *argumentum a contrario*, che in sé stessa un'azione popolare non presuppone un interesse personale dell'attore. Cfr. PERNICE, loc. cit., pag. 272 segg. — MASCHKE, *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (Riv. di st. del dir. della fondazione SAVIGNY) parte rom. vol. VI, pag. 230 e segg.

naturale l'estensione di questa procedura ai nuovi bisogni di tutela giuridica, che s'andavano manifestando.

Senza dubbio nell'antica Roma doveva presto risultare evidente, che le misure di amministrazione e di polizia non bastavano ad assicurare le *res divini iuris* e le *res in publico usu* contro tutti i pericoli e le violazioni.

È vero, che nella città, dove la polizia disponeva di un numeroso personale <sup>67)</sup>, bastava questa a reprimere le trasgressioni palesi leidenti gli interessi della comunità. Tuttavia chi sa, come ogni giorno, per lo meno nelle nostre piccole città, restano impunte fin sotto gli occhi di una polizia abilmente diretta delle gravi contravvenzioni ai regolamenti riguardo le strade pubbliche, là dove esse in prima linea ledono in sostanza solo il vicino, può comprendere come anche nell'antica Roma non può essere stato altrimenti. Soltanto chi ignora il vero andamento della vita reale potrà obbiettare, che qui si ha un rimedio nella possibilità della denuncia. Il non avere altra via che questa porta con sè quasi inevitabilmente secondo le circostanze uno dei due mali opposti, che ora dirò.

O avviene (e ciò può valere segnatamente per le condizioni delle piccole città), che l'interessato si astiene per paura dal provocare mediante la denuncia, scevra di pericolo per lui, la repressione degli atti illeciti del vicino, perchè ciò è facilmente interpretato come odiosa delazione, mentre le medesime persone, che così pensano, non troverebbero nulla di odioso nella condotta dell'interessato, se questi per il pregiudizio sofferto adisse il magistrato con proprio pericolo e a proprie spese. Da ciò si avrà come conseguenza una quasi incredibile apatia riguardo all'interesse pubblico in generale, conforme alla triste sapienza degli animi gretti e retrivi, il cui motto è: « Non mi nuocere, e neppure io ti nuocerò ». Anzi, dominato da questo sentimento, il pubblico cercherà di attraversare, o per lo meno di rendere diffi-

---

<sup>67)</sup> Si osservi difatti, come e perchè l'interdetto *Ne quid in via publica itinere publico fiat, quo ea via itire iter deterius sit fiat*, abbia potuto limitarsi alle *viae rusticae*. L. 2 § 24 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 (Ulp. lib. LXVIII, ad ed.) *Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus*. Cfr. tit. D. XLIII, 10.

cile all'autorità stessa, che volesse intervenire non invocata, ogni salutare misura, con ostilità deliberatamente dichiarata.

Oppure (e ciò specialmente in tempi di parteggiamenti politici, o, forse ancor peggio, sociali spinti fino nei rapporti privati) accadrà, che le denunzie non saranno fatte per la cosa in sè, ma per offendere la persona dell'avversario, quindi spesso senza moderazione e anche senza un reale fondamento, anzi non di rado senza il nome del delatore, il quale del resto il più delle volte sa nascondere la propria persona per ogni evenienza. Cosicchè appunto il mezzo, che era destinato a servire al bene pubblico, diviene allora un'arma avvelenata per suo peggior danno.

Potevano sfuggire queste verità all'oculatezza dei capi del Comune romano ?

A noi sembra invero di scorgere la più pretta saviezza pratica nel modo, in cui essi seppero mantener viva la cooperazione dei cittadini alla vigilanza pel bene pubblico, a cui non volevano rinunciare, mediante la prospettiva di un vantaggio privato, mentre da un altro lato la spogliavano anche dell'apparenza dell'odiosità col darle la forma di una contesa giuridica apportatrice di bene e di male per ambedue le parti indistintamente. Questa è, a parer nostro, l'origine della procedura interdittale.

Mentre adunque il BETHMANN-HOLLWEG<sup>68)</sup> per parecchi interdetti definisce quell'origine col dire, che una contesa giuridica veniva decisa mediante disposizioni di polizia, noi dobbiamo ritenere precisamente l'opposto, e scorgerla invece nel fatto, che una questione di polizia venne trasformata in una contesa giuridica.

A ragione hanno quindi già il BEKKER<sup>69)</sup>, e lo HUSCHKE<sup>69 a)</sup> posto

<sup>68)</sup> *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), vol. I, pag. 203 alla nota 6. Vedi sopra num. 107 (ediz. ted. parte II, pag. 298). Cfr. del resto BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., vol. II, pag. 94 alla nota 21 seg. pag. 345 alla nota 3.

<sup>69)</sup> *Aktionen*, vol. II, pag. 51 seg.: « *L'interdictum* è un comando del pretore intimato in un dato affare alla persona presente a riceverlo, nell'interesse di un'altra parte parimente presente, per creare fra le due parti un rapporto di diritto, in modo che questa deve chiedere, l'altra prestare, sia facendo sia astenendosi dal fare alcunchè ».

<sup>69 a)</sup> *Multa*, pag. 72. Vedi le parole riferite per prime sopra num. 109 pagina 633 (ediz. ted. parte II, pag. 314).

tra le qualità essenziali della procedura interdittale, che da questa derivano anche rapporti giuridici e diritti propri delle parti.

111. Un dubbio tuttavia esiste riguardo al mezzo, col quale il magistrato apriva la lite sull'interdetto da lui emanato.

S'intende di per sè, che qui non ha nulla che vedere l'opinione di coloro, i quali per l'applicazione di un comando emanato in un procedimento puramente amministrativo o di polizia attribuiscono al magistrato la *multae dictio* e la *pignoris capio*. Perocchè qui si tratta dell'applicazione di un comando, che ha per effetto una lite <sup>70)</sup>. Tutti questi scrittori, a quanto io veggo, ammettono poi, che la forma della lite derivante da un interdetto in origine venisse data dalla *sponsio* e dalla *restipulatio*, in seguito alle quali poteva aver luogo una *legis actio sacramento in personam* e più tardi anche *per conditionem*.

Il solo, che già per l'origine degli interdetti respinge recisamente la *cognitio* dello stesso magistrato e l'applicazione con multe del comando incondizionato emanato da lui, cioè lo HUSCHKE <sup>71)</sup>, vuol ammettere in loro luogo un assai singolare uso delle multe tendente a fondare una vera lite <sup>72)</sup>. Fondandosi sulla sua interpretazione della legge osca della *tabula Bantina* <sup>73)</sup> lo HUSCHKE, dopo quanto è stato riferito sopra <sup>74)</sup>, continua:

« Giusta questa natura degli interdetti doveva in essi aver luogo al tempo dei *iurgia* e delle *legis actiones* una tutt'altra specie di *multae dictio*, che nella semplice applicazione di un comando concreto. Conformemente alla natura della procedura ordinaria d'allora sopra descritta <sup>75)</sup>, le cui forme dovevano servire anche per lo svolgimento della procedura interdittale, doveva aver luogo anche un consimile ripetuto conflitto delle parti sul diritto, derivante dall'interdetto, all'obbedienza al comando o divieto, e tal conflitto doveva

<sup>70)</sup> Cfr. HUSCHKE, *Multa*, pag. 71 seg.

<sup>71)</sup> Loc. cit. pag. 72.

<sup>72)</sup> Loc. cit. pag. 74 seg.

<sup>73)</sup> Loc. cit. pag. 62 segg.

<sup>74)</sup> Num. 109 pag. 634 (ediz. ted. parte II, pag. 315).

<sup>75)</sup> Cfr. HUSCHKE, *Das alte römische Jahr* (L'antico anno romano), pag. 323 e segg. *Multa*, pag. 66, 412 e 421.

ogni volta esser consacrato con una multa da ambedue le parti (come nella *legis actio* con un *sacramentum*), dappoichè l'attore, che affermava scelleratamente la disobbedienza, e così il convenuto, che a torto la contestava, peccavano contro l'autorità del pretore; e la multa doveva anche per essi due esser pronunciata condizionatamente, potendo solo la sentenza decidere alla chiusura di questo procedimento, chi dei due sia veramente in colpa. Questa multa dell'antica procedura ci spiega l'origine della *sponsio* e *restipulatio* sorte più tardi negli interdetti ».

Com'è noto, la traduzione fatta dallo HUSCHKE di quella legge osca ha incontrato l'unanime disapprovazione dei giudici più competenti <sup>76</sup>). Sicchè basterà quest'accento a fondare, in recisa opposizione con lo HUSCHKE, l'affermazione che la *tabula Bantina* nulla contiene riguardo alla procedura interdittale, nemmeno per Banzia.

In ogni caso lo HUSCHKE dovrebbe pur sempre provarci, che dalla procedura applicata in Banzia possa trarsi, sia pure con certezza approssimativa, una deduzione per la procedura interdittale di Roma.

Il detto scrittore crede di aver scoperto a favore dell'applicazione delle multe nell'antica procedura interdittale due testimonianze <sup>77</sup>), e cioè PLAUT., *Poen.* V, 5, 55 sq. (v. 1336 sq.) e CIC. *De Orat.*, I, 10, 41.

Egli così legge il primo passo, un dialogo tra Agorastocle ed Annone sulla procedura più acconcia contro il lenone Lico :

AG. *Rapiamus in ius.* HA. *Minime.* AG. *Quapropter ?*

HA. *Quia iniuriarum multam dici satius est —*

ed osserva: « Da quel che precede risulta, che gli atti illeciti (*iniuriae*) del lenone erano stati il tenere come schiave delle ragazze libere e l'aver sottratto dell'oro ad Agorastocle. Per tali atti Annone vuol muovergli un processo con multa (interdetto *de libero homine exhibendo*, e per l'oro l'*Utrubi*) anzichè sperimentare un'*actio* (*liberalis causa* e *furti*) ».

<sup>76</sup>) Cfr. BRUNS, *Fontes iuris romani*, ediz. V, pag. 46 sq. num. 3. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts* (Storia delle fonti e letteratura del diritto romano), pag. 71 nota 9.

<sup>77</sup>) Loc. cit. pag. 70; cfr. pag. 54 nota 142.

Questa interpretazione evidentemente è possibile, soltanto ove debba ritenersi per assodato, che la citazione innanzi al pretore per la domanda di un interdetto, su cui poscia dovrebbe aver luogo l'ulteriore discussione mediante la procedura per multa supposta dallo HUSCHKE, non potesse avvenire per mezzo di *in ius vocatio* da parte dell'impetrante, ma solo per mezzo di una *vocatio* dell'autorità. Ora tale ipotesi è affatto indimostrata: la base, che lo HUSCHKE cerca di darle affermando in via generale, che in tutte le *cognitiones* doveva aver luogo una citazione d'ufficio <sup>78)</sup> è insostenibile <sup>79)</sup>; una prova per la citazione d'ufficio nella più antica procedura interdittale in particolare risulterebbe dal frammento di PLAUTO solo quando fosse certo, che esso parli della procedura interdittale. Senza di ciò noi non possiamo vedere nell'argomentazione dello HUSCHKE che una *petitio principii* in un *circulus inextricabilis*.

Inoltre l'*Utrubi*, come la *vindicatio*, è sempre stato applicabile a una somma di denaro (— *aurei trecenti nummei qui vocantur Philippi* — *Poen.* III, 4, 3 sq. v. 713 sq.) solo quando si poteva constatare l'identità della specie; e nel caso in discorso ciò non era certo possibile.

Soprattutto parmi, che anche per PLAUTO, per quanto egli amasse far pompa delle sue cognizioni giuridiche <sup>80)</sup>, sarebbe troppa freddezza l'esaminare una divergenza d'opinioni, anzichè in una distinzione materiale, in quella puramente formale del modo di citazione: questa distinzione, che per di più non è nemmeno espressa, e dovrebbe esser presupposta come notoria, sarebbe certo rimasta del tutto senza interesse per la folla anche del pubblico romano.

In realtà la divergenza d'opinioni tra Agorastocle ed Annone, come giustamente osserva ALFREDO PEENICE <sup>81)</sup>, è questa, che il primo

<sup>78)</sup> Loc. cit. pag. 54 alla nota 142 seg. Parimenti BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.), vol. II, pag. 769 segg.

<sup>79)</sup> Vedi L. 9 D. *de in ius voc.* II, 4; L. 43 D. *de A. E.*, XIX, 1; L. 3 Cod. *de proc.* II, 12. PLIN., *Panegy.*, XXXVI. Cfr. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordinam. giudiz. rom.), pag. 498 seg.

<sup>80)</sup> HUSCHKE, *Multa*, pag. 54 nota 142 in fine.

<sup>81)</sup> *Zeitschrift der Savigny Stiftung* (Rivista di st. del dir. della fondazione SAVIGNY), vol. V, pag. 33 nota 1.



vuol intentare contro il lenoue un processo civile, e l'altro un processo penale, come si vede nella scena seguente (V, 6, 14 sq. v. 1350 sq.), nella quale quegli dice: *Duplum pro furto mihi opus est*; e questi: *Et mihi supplicis multis*. Con ciò s'accorda benissimo il testo manoscritto<sup>82)</sup> pervenutoci: *quia iniuriarum multo induci satius*, se si inverte la posizione delle parole *multo* e *induci*, come fa F. SCHÖLL<sup>83)</sup>. Il genitivo *iniuriarum* va qui considerato come dipendente da *induci*, come là dove sta presso *accusare*; e *inducere* verrebbe a significare « appiopparne una, picchiare »<sup>84)</sup>, « a un dipresso, come si dice *alapam, colaphum, pugnum ducere*<sup>85)</sup> » « Quanto all'uso della lingua l'una e l'altra congettura è ammissibile ». Del resto, come il PERNICE osserva, « si giunge al medesimo risultato, se si legge *multam induci* ». In PLAUTO non si trova mai adoperata la parola *multa* nel senso tecnico, e viene invece adoperato *multam dicere* o *inrogare* per privati e significa semplicemente: punire, far vendetta »<sup>86)</sup>.

CIC. *De Orat.* I, 1, 41 giusta il testo pervenutoci dice:

*Quod vero in extrema oratione quasi tuo iure sumpsisti, oratorem in omnis sermonis disputatione copiosissime posse versari, id, nisi hic in tuo regno essemus, non tulissem, multisque praessem (al. praeissem), qui aut interdicto tecum contenderent aut te iure manum consortum vocarent, quod in alienas possessiones tam temere irruisses.*

Lo HUSCHKE<sup>87)</sup> parte dalla premessa, che in questa allusione al diritto non si ha un senso confacente nè con la lezione *praessem* nè con *praeissem*, giacchè non si può pensare a un *praecire in verba concepta*, cioè a un'indicazione delle formole da usare, nè quanto alla lingua nè quanto al senso. Il senso, egli dice, richiede manifestamente qualche cosa, in cui sia riposto un aiuto processuale per co-

<sup>82)</sup> Vedi la nota critica dell'edizione di RITSCHL-GOETZ-LOEWE.

<sup>83)</sup> La cui congettura è riferita dal PERNICE, loc. cit.

<sup>84)</sup> Cfr. PLAUT. *Asin.* III, 2, 6 (v. 551): *inductoresque acerrumos gnarosque nostri tergi*. PERNICE, loc. cit.

<sup>85)</sup> PHAEDRI, *Fab.*, V, 3, 2. — QUINTIL., VI, 3, 83; L. 4 D. *de iniur.*, XLVII, 10. — PERNICE, loc. cit.

<sup>86)</sup> *Truc.* IV, 3, 70 (v. 844); *Amph.* II, 2, 232 (v. 852); *Stich.* V, 4, 43 (v. 723); *Capt.* III, 1, 34 sq. (v. 494 sq.). PERNICE, loc. cit.

<sup>87)</sup> Loc. cit., pag. 70.

loro, che intentano il processo con l'interdetto *Uti possidetis* o con la *legis actio sacramento*. Questo qualche cosa può essere soltanto una cauzione, e se si paragona l'imitazione certo assai peggiore di FRONTO, *Ep. ad M. Caesarem* III, 16<sup>87a)</sup>: *me vade, me praede, me sponsore celeriter te in cacumine eloquentiae sistam*, si leggerà senza esitare: *multisque praes essem*. Ora, egli continua, senza dubbio nella procedura per *sacramentum* la posizione di *praedes* era abbastanza nota come assolutamente necessaria per ciascuna delle parti, perchè lo Stato doveva avere mediante essa una garanzia pel *sacramentum*<sup>88)</sup>. Nell'interdetto *Uti possidetis* invece, giusta la nuova procedura per scommessa (*per sponsionem et restipulationem*), non rappresentava una condizione necessaria del suo iniziamento neppure una *sponsio* o altra cauzione privata. CICERONE deve quindi aver avuto innanzi agli occhi l'antica procedura degli interdetti corrispondente alle *legis actiones*, nella quale dovevano esser posti dei *praedes* al tesoro per una multa, che allora era ciò che fu più tardi la pena della scommessa, nello stesso modo che pel *sacramentum* nelle *legis actiones*. Ciò, dice lo HUSCHKE, anche in una semplice allusione e in una frase quasi proverbiale deve ammettersi senza difficoltà, nello stesso modo che si trova detto ancora *subscribere* e *adstipulari alicui* figuratamente, quando la cosa era già andata in disuso. Il che vien poi anche confermato da quanto segue in CICERONE (§ 42). *Agerent enim tecum lege Pythagorei omnes atque Democritici ceterique in suo (sc. agro) iure physici vindicarent ornati homines in dicendo et graves, quibuscum tibi iusto sacramento contendere non liceret*. Altri, è detto più avanti, *urgerent — convincerent — litem tibi intenderent*, ecc. CICERONE resta nella sua immagine. Avendo egli preso per fondamento *interdictum* e *legis actio in rem* nulla vi sarebbe stato di più naturale, che addurre nel seguito (per l'interdetto) anche un *sponsionem tecum facerent*, che avrebbe così bene corrisposto al *sacramento contendere*. Per non far ciò deve aver avuto una ragione, e questa senza dubbio sta nel *praes essem*, che precede, che ha escluso la procedura *per sponsionem*,

<sup>87 a)</sup> *M. Cornelii FRONTONIS et M. AURELII, imperatoris epistulae rec. NABER, Lips. 1867 pag. 55.*

<sup>88)</sup> GAIUS, IV, 13, 16.

e lo ha costretto a contentarsi nel seguito di adoperare espressioni generali, che si adattano anche alla procedura per multa, come *l'urgere*.

Ma che cosa avrebbe potuto indurre CICEBONE a porre in bocca al gran giureconsulto Q. MUCIO SCEVOLA pontefice un'allusione a un istituto abolito da lungo tempo, che non poteva essere adoperato in nessuno degli esempi aggiunti a illustrare quell'affermazione generale? che anzi doveva avere per necessaria conseguenza, che un esempio in sostanza acconcio venisse spogliato del suo carattere particolare, e fors'anche del tutto reso vano? — E se *subscribere* e *adstipulari* vengono usati senza difficoltà nel senso traslato di *assentire, approvare* <sup>89)</sup>, sebbene non esista più alcuna *subscriptio*, cioè alcun appoggio di un'accusa criminale mediante dichiarazione scritta di adesione <sup>90)</sup>, nè alcuna qualità di creditore accessorio mediante *adstipulatio* — ciò avviene appunto, perchè in quel senso traslato non si pensa più affatto al significato originario di questi termini. E nelle parole di CICEBONE sarebbe appunto il contrario per l'espressione *praes esse*; perocchè, riguardo alla *legis actio sacramento*, corrispondendo questa, com'è innegabile, al suo significato reale, sarebbe cosa addirittura insopportabile, se nel medesimo giro di frase dovesse, riguardo all'interdetto ivi ancora nominato, valere come un semplice modo di dire proverbiale. Sono poi addirittura decisive contro la congettura dello HUSCHKE le ragioni addotte da ALFREDO PERNICE <sup>91)</sup>: l'una grammaticale, che cioè il *tulissem*, che precede, richiede necessariamente anche qui un più che perfetto, e la proposizione « io non avrei sopportato ciò » richiede come conseguenza un « ma avrei indotto quelle persone a mettersi in difesa »; — e l'altra intrinseca, che cioè è addirittura incredibile, che un amico mallevadore si offra a far cauzione subito per una quantità di persone (*multi*), che vengono nel

<sup>89)</sup> Riguardo al *subscribere*, cfr. per es. L. 18 D. *de adopt.*, I, 7; riguardo all'*adstipulari*, L. 1 Cod. Th. *de honorar. codicill.*, VI, 22; L. 1 Cod. Th. *quid probare deb.*, VII, 2. DIRKSEN, *Manuale* s. v. *subscribere* § 4 s. v. *adstipulari* § 2.

<sup>90)</sup> Vedi in proposito BRUNS, *Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden* (Le firme nei documenti legali romani), pag. 59 seg.

<sup>91)</sup> Loc. cit. pag. 33 seg. nota 1.

seguito enumerate una a una. Tuttavia se quella ragione grammaticale conferma la lezione: *praessem*, secondo un altro passo di CICEERONE<sup>92)</sup> totalmente chiaro, non si può mettere in dubbio, che il PERINICE ottimamente rende il senso di questa lezione e con frase benissimo acconcia in questo modo « io avrei suggerito loro la formula ».

Ora non potendo, dopo tutto ciò che abbiamo esposto, trovare anche noi « ingegnosa » la congettura dello HUSCHKE<sup>93)</sup>, l'ipotesi di questo scrittore sulla più antica forma della procedura interdittale ha perduto per noi anche l'ultima parvenza di un appoggio delle fonti. Noi dovremo dunque associarci all'opinione dominante, che insegna, che la forma originaria della procedura interdittale si svolgeva *per sponsionem et restipulationem*.

112. Non ci sarà possibile nemmeno determinare, sia pure con certezza approssimativa, l'epoca nella quale è dapprima apparsa questa procedura.

Che essa fosse già da lungo usata nell'anno 635 di Roma (69 av. Or.), ce lo mostra, come ha osservato lo SCHMIDT<sup>94)</sup>, l'orazione *pro Caecina* di CICEERONE tenuta in quell'anno<sup>94a)</sup>. Quivi al c. XIII, § 36 è detto del pretore:

*Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit, etc.*

La medesima orazione prova, che l'interdetto *Unde vi* allora aveva già subito una modificazione nella sua formula<sup>95)</sup>.

<sup>92)</sup> *Pro Mil.* II, 3: — *qui hesternae etiam concione incitati sunt, ut vobis voce praesentent, quid iudicaretis.* Cfr. anche ASCON. in *Mil.* pag. 46 *Or.*: (*L. Cassius*) *quotiens quaesitor iudicii alicuius esset, in quo quaereretur de homine occiso, suadebat atque etiam praecipat iudicibus hoc —, ut quaereretur, cui bono fuisset perire eum, de cuius morte quaeritur.*

<sup>93)</sup> Come fa il WACH, *zu v. KELLERS, Civilpr.* (Note alla Proc. civ. del KELLER) nota 861 in fine.

<sup>94)</sup> *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft.* (Riv. di scienza stor. del dir.), volume 15 pag. 59 alla nota 19. *Interdictenverfahren* (Proc. interd.) pag. 303 e seg.

<sup>94 a)</sup> TEUFFEL, *Geschichte der römischen Literatur* (Storia della letteratura romana), 3.<sup>a</sup> ediz. § 179 sotto il num. 13.

<sup>95)</sup> SCHMIDT, *Interdictenverfahren*, pag. 303 alla nota 16.

*Pro. Caec. XVII, 49: Quid? detrusum dicens? Nam eo verbo antea praetores in hoc interdicto uti solebant* <sup>96)</sup>.

E nell'orazione tenuta nell'anno 632 o 683 di Roma <sup>96a)</sup> *Pro Tullio XIX, 44* CIOEBONE osserva appunto riguardo a quell'interdetto:

*Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est* <sup>97)</sup>.

Similmente è detto nell'orazione *Pro Caec. XVI, 45* in rapporto all'*Uti possidetis*:

*At vero hoc quidem tam vetus est et maiorum exemplo multis in rebus usitatum, etc.* <sup>98)</sup>.

In armonia con queste frasi CIOEBONE nel passo, di cui è stato trattato sopra, *De orat. I, 10, 41* <sup>99)</sup> presuppone come noto per l'anno 603 di Roma, in cui egli finge abbia luogo il dialogo, che dà forma a quella dissertazione <sup>100)</sup>, un interdetto per irruzione nel possesso altrui.

Finalmente una testimonianza assolutamente sicura risale anzi a più di un secolo prima. È infatti innegabile, che PLAUTO allude all'*Utrubi*, quando nello *Stichus* rappresentato per la prima volta nell'anno 554 di Roma <sup>1)</sup> fa dire a Sagarino (IV. 4, 14 v. 700):

*Uter amicam utrubi adcumbamus?*

e Stico risponde:

*Abi tu sane superior* <sup>2)</sup>.

<sup>96)</sup> Cfr. Cic., *pro Tull. XII, 29* (vedi sopra pag. 422 (Ediz. ted. parte II pag. 35)).

<sup>96 a)</sup> TEUFFEL, loc. cit. sotto il num. 4.

<sup>97)</sup> WITTE, *Interdictum Uti possidetis*, pag. 7.

<sup>98)</sup> Vedi sopra § 1836 a num. 39 pag. 164 (ediz. ted. parte I, pag. 219). WITTE, loc. cit.

<sup>99)</sup> Vedi num. 111 pag. 646 (ediz. ted. parte II, pag. 332).

<sup>100)</sup> TEUFFEL, loc. cit. (nota 94 a) § 182 sotto il num. 2.

<sup>1)</sup> TEUFFEL, loc. cit. § 97 sotto il num. 18. — KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici) pag. 83 nota 1.

<sup>2)</sup> RUDORFF, *Ed. perp.*, § 268 nota 1 e Aggiunta 143 al *Besitz* (Possesso) del SAVIGNY, pag. 701. Nello stesso senso BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 56 nota 9. *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) pag. 118. — HUSCHKE, *Multa*,

Meno attendibili sono invece altre due tracce, che si pretende aver scoperto a un dipresso per la stessa epoca.

L'una di esse dovrebbe scorgersi nel fatto, che la donazione di una *res mobilis* non cessa di sottostare all'impugnativa *ex lege Cincia*, se non quando la cosa donata *maiore parte anni possessa est* dal donatario, *ut et interdicto Utrubi superior sit* <sup>3)</sup>. È vero, dice il WITTE <sup>4)</sup>, che non si può supporre, che quella norma fosse espressamente enunciata nella *lex Cincia* <sup>5)</sup>, e che è la scienza, che deve aver stabilito, quando una *donatio* debba considerarsi come perfetta; ma in presenza dello svolgimento del diritto romano promovente una sempre maggior libertà del commercio è sommamente inverosimile, che venissero col tempo aumentati i requisiti per la perfezione di una donazione di cose mobili. Bisogna quindi ritenere, egli continua, che il requisito di un possesso *maiore parte anni* per la perfezione della donazione di una cosa mobile, in altri termini l'*Utrubi*, fosse già noto alla *lex Cincia* dell'anno 550 di Roma. — Quanto è ingegnosa questa dimostrazione, altrettanto è incerto il suo punto di partenza, cioè l'affermazione, che non si possa ammettere, che si sia potuto render più difficile in prosieguo di tempo il perfezionarsi delle donazioni vietate. Perocchè, per tacere della ben fondata congettura, che il divieto della *lex Cincia* limitato a donazioni di un elevato ammontare sia stato esteso dall'editto a ogni più piccola donazione <sup>6)</sup>,

---

pag. 54 nota 142 i. f. WACH *zu v. KELLERS, röm. Civilpr.*, nota 863. KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 164 nota 5. — Solo in connessione col primo passo può tenersi conto di STICH., V, 5, 9 (v. 750) *Stephanium: Utrubi accumbo? Sagarinus: Utrubi tu vis? Stephan.: Oum amobus rolo: nam ambos amo.* — Il KAPPEYNE, loc. cit., fa notare un'allusione in TERENCEIO, *Eunuch.* (Rappresentato per la prima volta l'anno 593 di Roma. TEUFFEL, loc. cit. § 109 sotto il num. 5) II, 3, 27 sq. (*hanc tu mihi vel vi vel clam vel precario Fac tradas*).

<sup>3)</sup> *Val. fragm.*, 293, 311.

<sup>4)</sup> Loc. cit.

<sup>5)</sup> Come hanno reputato vari antichi scrittori, per esempio secondo lo SCHMIDT, *Interdictenverfahren*, pag. 303 nota 13, il BURCHARDI, *Lehrbuch des röm. Rechts* (Trattato di diritto romano), parte II, § 153. In contrario SCHMIDT, loc. cit.

<sup>6)</sup> Arg. *Val. fragm.*, 310 e la convincente argomentazione in proposito del KARLOWA, *Röm. Civilproz. zur Zeit der Legisactionen* (Proc. civ. rom. al tempo delle *legis actiones*), pag. 350 seg.

— la prassi romana non poteva far a meno di mettere in applicazione la norma in essa andata in vigore, secondo la quale una donazione illecita è impugnabile fintantochè manca ancora qualche cosa alla sua completa realizzazione, anche là, dove il difetto, che rende possibile l'impugnativa, poggia come tale su di un più recente istituto giuridico. Dunque, anche se la *lex Cincia* non avesse trovato già esistente l'*Utrubi*, la sua applicazione avrebbe pur dovuto tener conto delle peculiarità di questo interdetto, in qualunque tempo venisse esso introdotto. Com'è noto, essa lo ha fatto, negando nell'*Utrubi* tra donatore e donatario l'*accessio possessionis* pel secondo dalla persona del primo.

Una seconda traccia vuol scorgersela il WACH <sup>7)</sup> in LIV. XXV, 1, se non erro, alla fine del capitolo, dove all'anno 541 (non 531) di Roma è detto:

*M. Atilio praetori urbis negotium ab senatu datum est, ut eis religionibus populus liberaret. is et in contione senatus consultum recitavit et edixit, ut quicumque libros vaticinios precesiones aut artem sacrificandi conscriptam haberet, eos libros omnes literasque ad se ante Kal. Apriles deferret, neu quis in publico sacrore loco novo aut externo ritu sacrificaret.*

Certo sarebbe possibile, che le parole finali *neu quis — sacrificaret* collegate con l'*edixit* accennassero a un interdetto popolare; ma non mi sembra probabile. Non è invece assai più verosimile, che come effetto della violazione di questo divieto, che poggia sull'espressa autorizzazione di un *senatus consultum*, debba considerarsi un procedimento penale sul genere di quello, che vien minacciato nel *senatus consultum de Bacchanalibus* <sup>8)</sup> dell'anno 568 di Roma con le parole:

*sei quae esent, qui avorsum ead fecissent, quam suprad scriptum est, eis rem capitalem fuciendam censuere — ?*

Da ultimo ci sia lecito accennare ancora a una circostanza, che potrebbe avere il suo peso nel determinare l'epoca, da cui data la

<sup>7)</sup> Annotazioni alla Proc. civ. del KELLER, 6.<sup>a</sup> ediz. nota 863.

<sup>8)</sup> Vedi 24 sq. BRUNS, *Fontes*, ed. V, pag. 152.

procedura interdittale. Lo SCHMIDT<sup>9)</sup> dallo strano ordine dell'enumerazione: *inter heredes (et) emptores et bonorum possessores*, nella L. 1 § 29 D. *de aq. cott.* XLIII, 20, deduce, come abbiamo già veduto, che gli interdetti *de aqua* siano più antichi della *bonorum possessio*. Se ora noi possiamo porre col LEIST<sup>10)</sup> l'origine della *bonorum possessio* a un di presso nel tempo della *lex Furia testamentaria*, cioè tra il 550 (*lex Cincia*) e il 585 di Roma (*lex Voconia*); gli interdetti *de aqua* sarebbero sorti al più tardi alla metà del sesto secolo. Peraltro non bisogna dimenticare, che l'ipotesi dello SCHMIDT, senza dubbio ingegnosa, non è però punto da considerarsi come necessaria<sup>11)</sup>.

In quanto poi alla questione, se la procedura interdittale abbia già esistito prima della metà del sesto secolo di Roma, e da quando, non si possono fare che delle ipotesi.

Mentre lo HUSCHKE può senza esitazione porre la procedura interdittale con multa da lui ammessa già nel principio della repubblica<sup>12)</sup>, l'origine della procedura interdittale con *sponsio* non può naturalmente concepirsi che in un tempo, in cui era già in uso la *sponsio*. Questo però non è il luogo di trattare la questione, quando la sponsione sia stata introdotta in Roma come legittima forma di obbligazione. Basterà accennare con lo SCHMIDT<sup>13)</sup>, che secondo l'opinione di LIVIO<sup>14)</sup> la sponsione veniva usata già prima delle 12 tavole, a far risolvere un dissidio mediante la decisione dell'autorità giudiziaria. Se quest'opinione è esatta, è, a mio credere, ben possibile, che anche la procedura interdittale *per sponsionem* sia sorta già prima delle 12 tavole, inquantochè è da ritenersi, che queste in massima nulla possono aver tolto alla forza obbligatoria dei comandi

<sup>9)</sup> *Interdictenverfahren*, pag. 149. Vedi sopra § 1835 num. 11 nota 88 pagina 58 (ediz. ted. parte I, pag. 74 seg.).

<sup>10)</sup> Nella continuazione di questo *Commentario* (ediz. ted. parte I, num. 61 pag. 289).

<sup>11)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 11 nota 88 in fine pag. 53 (ediz. ted. parte I, pag. 75).

<sup>12)</sup> *Mulla*, pag. 122 seg.

<sup>13)</sup> *Loc. cit.* pag. 316 alla nota 40.

<sup>14)</sup> III, 24: *ni ita esset, multi privatim ferebant Volscio iudices* dell'anno 295 di Roma.



emanati direttamente da un altro magistrato entro i limiti della sua competenza <sup>15)</sup>.

113. Quale norma si tenesse al tempo della procedura per *legis actiones* riguardo alla vera e propria cosa controversa, quando l'impetrato rimaneva perditore nel procedimento della sponsione, non ci è reso noto. Le congetture in proposito sono assai divergenti.

Secondo lo HUSCHKE <sup>16)</sup> non avrebbe mai avuto luogo un procedimento sussidiario per la cosa principale; la *summa sponsionis* sarebbe stata stabilita così alta, da bastare non solo come temuta pena per l'impetrato soccombente, ma nello stesso tempo anche come risarcimento di danni per l'impetrante vincitore.

Secondo il WITTE <sup>17)</sup> in quei casi, in cui il bene pubblico esigeva, che si facesse cessare uno stato di cose contrario all'interdetto, ciò sarebbe stato compiuto direttamente di fronte all'impetrato soccombente, coi mezzi di esecuzione forzata spettanti al magistrato. E negli altri casi, nei quali la causa non poteva ritenersi esaurita col semplice procedimento della sponsione, a questo faceva seguito un *iudicium secutorium* in base a una stipulazione imposta all'impetrato.

Secondo il KELLER <sup>18)</sup> finalmente sarebbe stato sempre impartito un *arbitrium (secutorium iudicium)* contro l'impetrato soccombente.

Quanto a noi, sarà bene che ci asteniamo interamente dallo studiare questa questione, tanto più che la sua soluzione non può in

<sup>15)</sup> Forse è stato viceversa la considerazione, che le 12 tavole non avrebbero potuto lasciare inalterata una procedura interdittale già esistente, e che ove l'avessero modificata, questa avrebbe cambiato la sua base giuridica, ciò che ha indotto il BEKKER, *Aktionen*, II, pag. 56 a « porre il primo distacco dell'interdetto mediante il suo congiungimento con la sponsione e la restituzione nell'epoca immediatamente posteriore alle dodici tavole ». Però è possibile, che questa ipotesi si fondi sulla opinione del BEKKER circa l'epoca, in cui è sorta la stipulazione, a me ignota.

<sup>16)</sup> *Studien des Röm. Rechts* (Studii di diritto romano) pag. 5 sq. Confronta SCHMIDT, loc. cit. pag. 317 seg. BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 53 alla nota 4. In senso contrario WITTE, *Interd. Uti poss.*, pag. 14 seg.

<sup>17)</sup> Loc. cit. pag. 10 segg. Cfr. in proposito sopra § 1838 e num. 105 (ediz. ted. parte II, pag. 277 seg.).

<sup>18)</sup> *Civilpr.* § 74 in fine. In senso contrario WITTE, loc. cit. pag. 16 seg. D'accordo col KELLER il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 297.

nessun riguardo contribuire a far maggior luce sulla procedura interdittale dell'epoca classica<sup>19)</sup>.

114. <sup>20)</sup> Dopo la *lex Aebutia* il pretore era in grado di creare, secondo il bisogno, un nuovo mezzo di tutela giuridica dando una *formula in factum concepta*, o trasformando a quell'uopo una *actio in ius concepta* (finzione, trasposizione dei soggetti). Senza dubbio egli aveva anche la facoltà di restituire delle *actiones* agli interdetti già esistenti. Tuttavia non solo egli non ha fatto ciò, ma ha per di più dati nuovi interdetti. È vero, che per lo più questo avveniva solo per un dato caso pratico, sebbene anche qui non soltanto per mezzo della trasformazione di formule interdittali già pubblicate nell'editto<sup>21)</sup>, ma non di rado senza attenersi a un modello dell'albo<sup>22)</sup>, e ciò ancora in un'epoca relativamente inoltrata: vediamo infatti, che sull'ammissibilità di interdetti della seconda specie hanno discusso non solo TREBAZIO<sup>23)</sup> e LABEONE<sup>24)</sup>, ma anche GIULIANO<sup>25)</sup> e GAIO<sup>26)</sup>, anzi anche ULPIANO<sup>27)</sup> e MARCIANO<sup>28)</sup>. Ma non mancano nemmeno esempi di interdetti affatto nuovi istituiti mediante inserzione nell'albo al tempo della procedura formulare. Tali sono segnatamente il cosiddetto *interdictum fraudatorium*, il quale con le parole: *si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere essere oportet* — <sup>29)</sup>

<sup>19)</sup> Vedi anche BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto), vol. III, pag. 396 (*Kl. Schr.* (Scritti minori), vol. I, pag. 359). BEKKER, loc. cit. pag. 53.

<sup>20)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 318 segg.

<sup>21)</sup> Vedi sopra § 1833 num. 4 alla nota 69 pag. 22 (ediz. ted. parte I, pagina 30).

<sup>22)</sup> Vedi ivi alla nota 70 pag. 23 (ediz. ted. parte I, pag. 31 seg.).

<sup>23)</sup> L. 9 § 2 D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2.

<sup>24)</sup> L. 15 D. *ad exh.* X, 4; L. 1 § 23, L. 2 § 5 D. *de a. et. a. pl.* XXXIX, 3; L. 1 § 27 D. *de ag. coll.* XLIII, 20.

<sup>25)</sup> L. 7 § 2 D. *de damn. inf.* XXXIX, 2.

<sup>26)</sup> L. 11 D. *ut legat.* XXXVI, 3.

<sup>27)</sup> L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.* XXV, 5; L. 5 § 3 D. *quib. exc. in poss.* XLII, 4. Vedi anche L. 1 § 9 D. *quod. legat.* XLIII, 3 e su questa vedi sopra § 1838 num. 86 nota 70 segg. pag. 427 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 42 e seg.).

<sup>28)</sup> L. 40 D. *de solut.* XLVI, 3.

<sup>29)</sup> L. 10 pr. D. *quae in fraud.* XLII, 8.

si riferisce alla cosiddetta *actio Pauliana*<sup>30)</sup>, in tutti i casi a un'*actio* promessa nell'editto; ed inoltre anche l'interdetto *de aqua ex castello ducenda*: questo, come il LEIST<sup>31)</sup> ha acutamente notato, non può esser stato istituito prima del tempo del principato, presupponendo esso un'autorizzazione a derivar l'acqua, che il solo principe può dare<sup>32)</sup>.

S'intende di per sè, che questo perdurare degli interdetti non è dovuto alla pura *vis inertiae*. Nè può spiegarsi col dire<sup>33)</sup>, che « l'improvvisa e totale abolizione della forma interdittale, alla quale la pratica civile romana si era avvezata da secoli, sarebbe stata affatto contraria allo spirito dello sviluppo progressivo, quale nella buona epoca domina visibilmente dappertutto ». Perocchè i Romani, malgrado la loro grande sollecitudine pel mantenimento di un nesso costante nello svolgimento del diritto, non hanno in realtà ritenuto d'importanza capitale il conservare sempre la stessa forma. Ciò apparisce chiaro dalla storia delle *legis actiones*, e non solo partendo dall'ipotesi finora generalmente diffusa, che la *lex Aebutia* per una grande classe di liti abbia d'un sol colpo messa fuori d'uso quella procedura adoperata da un più lungo, o ad ogni modo da un non minore spazio di secoli, che la forma interdittale; ma bensì, e con non minore evidenza, anche se si ritiene, che la suddetta legge in un certo campo non abbia abolito la *legis actio*, ma le abbia posto accanto la *formula* permettendo la scelta<sup>33a)</sup>. Perchè duunque non avrebbe do-

<sup>30)</sup> LEIST, *Bonorum possessio*, I, pag. 357 nota 7. LENZEL, *Ed. perp.* pagina 398 nota 13.

<sup>31)</sup> Loc. cit. pag. 358 nota 8.

<sup>32)</sup> L. 1 § 42 D. *de aq. coll.* XLIII, 20; cfr. del resto la *Lex Urson.* c. C. — Non staremo qui a ricercare, se l'interdetto *de liberto exhibendo* non sia stato introdotto solo quando la *vindicatio patronatus sacramento* era già stata abolita in seguito alla *lex Aebutia* o più probabilmente in seguito a una delle *duae Juliae*. Cfr. sopra num. 108 pag. 628 (ediz. ted. parte II, pag. 308) alla nota 28. Forse anche gli interdetti *de liberis exhibendis et ducendis* non sono stati istituiti, se non quando la *vindicatio sacramento* della patria potestà era scomparsa. Cfr. sopra § 1835 a num. 14 pag. 77 (ediz. ted. parte I, pag. 102) nota 17.

<sup>33)</sup> Come tenta di fare lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 319.

<sup>33a)</sup> WLASSAK, *Römische Prozessgesetze* (Leggi di procedura romane) parte I, §§ 10 segg. pag. 103 segg., e indipendentemente da questo JÖRS, *Römische*

vuto anche esser lasciato all'arbitrio dell'attore il procedere per mezzo di un interdetto o domandare senz'altro una formula? Se di fronte a tale possibilità si fosse constatato, che la procedura interdittale veniva in realtà poco o punto scelta, perchè forma di procedura imperfetta, se non addirittura gravosa, è probabile, che la si sarebbe trattata, come le *duae Juliae* hanno fatto con i casi di applicazione della *legis actio* rimasti: se non si voleva abolirla totalmente, la si sarebbe limitata ad assai ristrette eccezioni.

Invece niente di tutto ciò è accaduto! Dunque è evidente, che alla forma interdittale dovevano andar congiunti pregevoli vantaggi *pratici*, in grazia dei quali non si abbandonò quella forma, quantunque essa non fosse più necessaria.

Ma noi non potremo scorgerne le ragioni di opportunità in ciò, che viene addotto dal LEIST<sup>34)</sup> per gli interdetti imperativi. « Da un lato » egli dice « la negligenza del convenuto poteva far sì, che si dovesse pur venire alla procedura delle sponsioni, e poichè l'arbitro era domandato sempre *dopo* l'emanazione del *decretum*, questa non poteva quindi mai venire omessa a cagione di quella possibilità. Nè il pretore poteva mai aver voglia di abolire qui del tutto la procedura interdittale, perchè, quand'anche si tratti solo di un *exhibere* o di un *restituere*, pure sussiste sempre l'indiretto nesso con le questioni, che dipendono direttamente dalla giurisdizione pretoria. Tale nesso il pretore non poteva mai voler troncane, per non allontanare interamente questi interdetti dal dominio della *extraordinaria cognitio*, poichè il trovarvisi essi compresi era ciò, che soltanto gli rendeva possibile di decidere talvolta un dato caso del tutto *extra ordinem*, e in generale di mantenere anche in tutti gli interdetti le regole di esecuzione delle sue *extraordinariae cognitiones*, cosicchè esse più tardi poterono anzi essere trasferite alle *actiones* ». La prima ragione mi è affatto incomprendibile: perchè, se il vero e proprio interdetto fosse venuto a mancare, sarebbe allora stata data senz'altro una

---

*Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (Scienza del diritto romano al tempo della repubblica), parte I, pag. 174 segg., con alcune differenze di criteri nei particolari.

<sup>34)</sup> Loc. cit. pag. 352 segg.

formula arbitraria, e viceversa mai avrebbe potuto farsi uso della procedura interdittale. Quindi resta sempre appunto la questione capitale: perchè dava il pretore la *formula arbitraria* solo *post interdictum redditum*, e solo dietro immediata domanda dell'impetrato? La seconda ragione poi, assegnata anche per gli interdetti proibitorii, concernente l'opportunità del mantenimento della procedura delle sponzioni, ha le sue radici nell'erronea opinione del LEIST sull'origine degli interdetti dalla cosiddetta *extraordinaria cognitio* <sup>35)</sup>, a cui s'aggiunge l'ipotesi parimenti insostenibile, che il pretore in tutte le cause interdittali potesse assumere egli il processo *extra ordinem*, e poi costringere direttamente colui, al quale era rivolto il comando <sup>36)</sup>. Ma posto anche, che quell'opinione e questa ipotesi siano vere: perchè non avrebbe potuto il pretore, nonostante l'abolizione della procedura interdittale, continuare ad applicare in forza del proprio parere la cosiddetta *extraordinaria cognitio* e l'esecuzione diretta nelle cause, ch'erano per l'addietro interdittali?

Assai più calzante, precisamente partendo dalla nostra opinione sull'origine degli interdetti, è la considerazione, che la procedura interdittale fu mantenuta, perchè l'impetrato nella procedura delle sponzioni possedeva un mezzo, spesso per lui desiderabile, di reprimere con la massima energia attacchi avventati o addirittura pervicaci <sup>36a)</sup>. Peraltro non dobbiamo qui dimenticare, che agli occhi dell'impetrato, il vantaggio, che gli presentava quella procedura a doppio taglio, certo in moltissimi casi era equiparato dal pericolo, che anche per lui vi andava congiunto, e ciò tanto più facilmente, quanto maggiori mezzi dava l'ordinamento giudiziario di difendersi in altro modo da azioni vessatorie. Quindi sebbene quella procedura potesse in talui casi essere pur sempre gradita, ciò non basta a foruire la ragione decisiva di mantenere gli interdetti.

<sup>35)</sup> Vedi sopra num. 108 pag. 637 (ediz. ted. parte II pag. 320 seg.) alla nota 62 seg.

<sup>36)</sup> LEIST, loc. cit. pag. 347 seg. Cfr. sopra § 1838 e num. 105 nota 68 segg. (ediz. ted. pag. 278 seg.) e infra § 1840 num. 126.

<sup>36a)</sup> Questa sembra sia l'opinione del PUCHTA, *Inst.*, § 169 alla nota *a* messa in correlazione con quanto è detto dopo la nota *h*. Vedi sopra § 1838 *d* numero 100 alla nota 26 pag. 560 (ediz. ted. parte II, pag. 219).

Un punto di vista più giusto è riposto invece in ciò, che lo SCHMIDT <sup>37)</sup> osserva: « il comando verbale del magistrato diretto a una determinata persona, ha senza dubbio qualche cosa di più efficace esteriormente, che la norma generale dell'editto; e le sponzioni contengono parimenti un mezzo d'inibizione ».

La prima ragione, è vero, non avrebbe da sè sola, senza la seconda, un gran peso. Ma certo l'esperienza aveva mostrato, che in gran numero di casi l'impetrato si sforzava di ottemperare subito e senza resistenza al comando del magistrato a lui diretto, anche allorquando gli sarebbe stato forse lecito impugnare la forza obbligatoria di quel comando. Perocchè di fronte alle circostanze incalcolabili, che potevano influire sulla decisione finale, egli avrebbe altrimenti sempre dovuto temere, di venir condannato a pagare l'assai gravosa *summa sponsionis*. Così almeno indirettamente la procedura per sponsione *ex interdicto* forniva all'impetrante una più o meno certa prospettiva di un rapido soddisfacimento.

Nonostante questa esperienza non credo avrebbe potuto da sola aver per effetto, che la procedura interdittale venisse accolta nella procedura formulare <sup>37a)</sup>.

Perocchè, in primo luogo per ciò, che riguarda gli interdetti imperativi, non si poteva non scorgere, che la realizzazione di quella prospettiva del desiderato rapido soddisfacimento in questi interdetti assai spesso veniva raggiunta soltanto a danno della calma ponde-

<sup>37)</sup> Loc. cit. pag. 319. Ben la stessa cosa aveva inteso dire il SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Riv. di scienza storica del diritto), vol. VI, pag. 242 (*verm. Schriften* (Scritti varii), vol. II, pag. 256 sotto il numero IV) con le parole: « Fintantochè esistette l'*ordo iudiciorum* (nel senso del SAVIGNY, cioè la divisione della procedura in *ius* e *iudicium*), con l'interdetto formale emanato dal pretore veniva fatto un tentativo di comporre la controversia per la via più breve. Se il convenuto non si piegava al comando, la lite prendeva il corso processuale ordinario ». Similmente già nel *Recht des Besitzes* (Dir. del poss.), § 34 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 379 alla nota 2, riferendosi allo HUGO, *Göttinger Gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Gottinga), 1804 pag. 296. Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 305, chiama ciò un concetto moderno di rapporti antichi, a mio parere, contraddicendo in certo modo alla sua opinione riferita nel testo.

<sup>37a)</sup> Come ritengono il BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.), vol. II, § 98 pag. 346 seg. e il KUNTZE, *Cursus*, § 216 alla nota 10.

razione della giustizia. E se, per evitare questo sconcio, si profittava della possibilità creata dalla *lex Aebutia*, e in luogo della pericolosa procedura per sponsione si dava, su domanda dell'impetrato, una formula arbitraria scevra di pericolo per il componimento del dissidio esistente tra le parti, non si veniva con ciò in realtà a spogliare gli interdetti della loro peculiare prerogativa? E come potrebbe giustificarsi la possibilità per l'impetrato, di sottrarre con la domanda di un arbitro al pericolo della sponsione, senza che vi fosse alcun vantaggio per l'avversario? Giacchè il fatto, che egli così nel caso della sua vittoria esimeva l'avversario dal pericolo della restipulazione, non forniva a questo nel caso contrario nessun compenso per la *summa sponsionis* ormai sfuggitagli.

Ma la cosa prende un tutt'altro aspetto, non appena noi partiamo da quel concetto dell'*ordo iudiciorum privatorum*, che è stato svolto da O. E. HARTMANN.

Di regola l'attore doveva aspettare per il disbrigo di una lite in via giudiziaria fino al prossimo *rerum actus*; e non poteva nemmeno contare con certezza di avere in questo il suo turno, fatto il sorteggio. Di fronte a un tale ritardo doveva sembrare un vantaggio assai importante, il venire in un modo qualsiasi alla immediata discussione delle proprie domande. Mentre ciò per gli interdetti nella procedura delle *legis actiones* era effettuato con una certa violenza, mercè il timore di perdere nella sponsione, la procedura formulare offriva una via, nella quale un equo riguardo per l'impetrato si conciliava benissimo con l'interesse, che aveva l'impetrante, alla maggior sollecitudine possibile: in tutti i casi, in cui l'interdetto invitava a eseguire una prestazione positiva, l'impetrato si sottraeva alla sponsione senza il pericolo di una affrettata esecuzione di quella prestazione valendosi della possibilità concessagli, di domandare l'immediata nomina di un arbitro; e all'impetrante mercè la formula arbitraria veniva risparmiata l'attesa fino al *rerum actus*, il che poteva fargli sopportare in buona pace, nel caso della sua vittoria, il dispiacere di vedersi sfuggire la *summa sponsionis*. Certo rimaneva pur sempre possibile la lunga via *per sponsionem*; ma è da ritenere, che l'impetrato in pratica la scegliesse solo nei casi relativamente rari, nei quali egli sperava con tutta certezza in una decisione a lui favore-

vole. Se la sua speranza falliva, egli doveva allora, merchè la *summa sponsionis*, indennizzare debitamente l'avversario della dilazione fraposta al suo soddisfacimento.

Così assai bene è detto di uno degli interdetti restitutorii, del *Quorum bonorum: beneficio celeritatis inventum est* <sup>38)</sup> — sentenza, che, secondo quanto è stato da noi esposto, può applicarsi ugualmente a tutti gli interdetti imperativi <sup>39)</sup>.

Pertanto poteva aspettarsi senza tema di errare, che l'impetrato sceglierebbe di regola la rapida via della formula arbitraria, solo allorché nell'elevato ammontare della *sponsio* altrimenti subentrante fosse riposta una energica dissuasione dall'avventurarsi per l'altra via. Quindi sebbene la procedura per sponsione venisse ad avere una scarsa applicazione, pur tuttavia era indispensabile, che essa continuasse a poter essere usata, perchè solo questa possibilità spingeva all'acceleramento sopra detto. Perciò non è certo vero, che negli *interdicta exhibitoria* e *restitutoria* « la somma della sponsione fosse dapprima determinata in una misura più mite » <sup>40)</sup>, o che le sponsioni siano addirittura andate in disuso <sup>41)</sup> (*Vedi nota a pag. seg.*).

<sup>38)</sup> L. 22 Cod. Theod. *quor. app.* XI, 36 (VALENTINIANUS, VALENS et GRATIANUS anno 374). Fintantochè non si conosceva il vero significato del *rerum actus*, questa sentenza non poteva venir giustamente intesa. Se non la si voleva riferire a un procedimento sommario, si doveva ritenere, o che fosse affatto infondata, o che intendesse accennare all'introduzione della *bonorum possessio* in genere. Così lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 301. — Il BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, vol. II, pag. 381 nota 171, scorge l'acceleramento già nel fatto, che il timore dell'emanazione dell'interdetto (†) e dei suoi effetti avrà spesso indotto il convenuto a spontanea obbedienza.

<sup>39)</sup> Ove le *actiones ex sponsione* siano state di competenza dei *recuperatores*, si riscontrerebbe un acceleramento anche nel fatto, che la procedura innanzi a questi era accelerata. O. E. HARTMANN, *Gerichtsverf.* (Ord. giud.), pag. 257 segg. Vedi sopra (edizione tedesca parte II, pag. 235) alla nota 4. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. nota 172. E ciò, data quella ipotesi, varrebbe anche per interdetti proibitorii.

<sup>40)</sup> Così lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 319. L'osservazione: « se l'importanza principale avesse continuato a risiedere nelle sponsioni, i compilatori difficilmente sarebbero stati in grado di estirparne ogni traccia » — perde intieramente il suo valore di prova, già di per sé scarso, se ci è realmente riuscito di ritrovare molteplici tracce delle sponsioni nella compilazione, e cioè nella L. 2 § 4 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; L. 1 § 3 D. *de via publ. ref.*, XLIII, 11;



Per gli interdetti proibitorii la cosa è essenzialmente diversa. Il loro mantenimento non si può spiegare con la tendenza ad accelerare la procedura innanzi al giudice; qui, come abbiamo veduto, non aveva luogo domanda di arbitrio<sup>42</sup>). Senonchè quale specie di *actio* avrebbe potuto porsi in loro vece? A nulla avrebbe servito una *praeiudicialis formula*: alla *pronunciatio secundum actorem* si sarebbe dovuto far prima seguire un'*actio* diretta a una *condemnatio*. Ora, ove la *condemnatio* di un'*actio*, sia secondaria, sia primaria, avesse avuto per oggetto semplicemente il risarcimento dei danni<sup>43</sup>), quest'*actio* avrebbe avuto esito solo casualmente, dappoichè, come già sappiamo<sup>44</sup>), solo casualmente sorge un diritto a risarcimento *ex causa* di un interdetto proibitorio. E a un'*actio poenalis* diretta a un'ammenda determinata era d'impedimento il fatto, che non si può, senza una inaudita durezza, minacciare un'ammenda per tutti i casi, in cui è acconcia l'emanazione di un interdetto proibitorio; e che d'altra parte verrebbe il più delle volte a mancare lo scopo di un tale interdetto, se si volesse dar luogo a quell'ammenda, solo quando è già avvenuto ciò, che l'interdetto dovrebbe vietare.

Dunque anche dopo la *lex Aebutia* si aveva una buona ragione per mantenere la pura procedura per sponsione negli interdetti proibitori.

---

L. 20 § 16 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1; L. 1 § 6 D. *de migr.* XLIII, 32; L. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4 e nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.*, XLIII, 17. Vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 369 (ediz. ted. parte I, pag. 493) alla nota 9 num. 81 pag. 395 (ediz. ted. parte I, pag. 526) alla nota 60 seg.; num. 77 pag. 369 (ediz. ted. parte I, pag. 493) alla nota 10; pag. 370 (ediz. ted. parte I, pag. 494) alla nota 10 d; § 1837 num. 67 pag. 292 segg. (ediz. ted. parte I, pag. 391 segg.) alla nota 40 segg. § 1837 b num. 77 pag. 371 (ediz. ted. parte I, pag. 495) alla nota 12; § 1837 num. 67 pag. 295 segg. (ediz. ted. parte I, pag. 395 segg.) alla nota 45 segg.; § 1837 b num. 77 pag. 371 (ediz. ted. pr. I, pag. 496) alla nota 13; pag. 372 (ediz. ted. parte I, pag. 496 segg.) alla nota 14 segg.

41) Così WITTE, *Interd. Uti poss.*, pag. 21. ECK, *Doppelseitige Klagen* (Azioni bilaterali), pag. 46 alla nota 165. Cfr. in contrario sopra § 1838 b num. 93 pag. 500 (ediz. ted. parte II, pag. 140) alla nota 38 c.

42) Vedi sopra § 1838 d num. 100.

43) In questo luogo bisogna far totalmente astrazione dal fatto, che il concetto dell'interesse al tempo della *lex Aebutia* non era ancora formato perfettamente.

44) Vedi sopra § 1838 d num. 100.

torii. E tanto più era lecito farlo senza esitazione, perciocchè in questi interdetti il timore della *poena sponsionis* non impone all'impetrato una troppo dura necessità, in tutti i casi non lo costringe ad astenersi per lungo tempo, e molto meno per sempre, dal fare qualche cosa, che è affatto lecita. Giacchè nell'obbedienza a tali interdetti non si tratta punto di una risoluzione, che debba prendersi subito definitivamente. Se l'impetrato solo pel momento evita di commettere alcunchè di contrario all'interdetto, egli può a tutt'agio riflettere, se il divieto emanato lo vincoli realmente, e fino a qual punto.

Quanto al fatto, che dopo la *lex Aebutia* la procedura per sponzione negli interdetti fu munita di un procedimento sussidiario, ove ne avesse mancato per l'addietro, o che nel caso contrario a quell'antico procedimento sussidiario si sostituisce ormai la forma a noi nota del *iudicium secutorium*, in questo luogo basterà averne fatto menzione.

115. <sup>44a</sup>) Se da quanto è stato detto fin qui appare affatto comprensibile il manteuimento della procedura interdittale dopo la *lex Aebutia*, potrebbe piuttosto far meraviglia, che le prerogative sopra descritte di quella procedura non abbiano indotto il pretore a introdurla in un assai più vasto ambito, che non sia accaduto. Come si spiega, che le sue nuove creazioni, tranne leggere eccezioni, hanno la forma, non dell'interdetto, ma dell'*actio*, e che talvolta anche per rapporti, che in altri casi erano tutelati da interdetti, ha dato, invece di un interdetto, un'*actio*, oppure ha lasciato la scelta fra *actio* e interdetto?

Certo s'intende benissimo, come i mezzi processuali dei rapporti tutelati dal diritto civile già prima della *lex Aebutia*, restassero *actiones* anche allorquando vennero dedotti *in iudicium*, non più nella forma della *legis actio*, ma in quella della formula scritta <sup>44b</sup>). E pa-

---

<sup>44a</sup>) Cfr. SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Proc. interd.), pag. 304 segg. sotto il num. IV.

<sup>44b</sup>) Tra queste va senza dubbio annoverata anche l'*actio ad exhibendum*, la quale appartiene appunto al *ius civile*. LENEL, *l.c. perp.*, pag. 174 segg. sotto il num. 4. Nei casi non compresi da questa *actio*, nei quali già prima

rimente s'intende, come questa medesima natura avessero quei mezzi processuali, che il pretore creava sul modello di queste *actiones* civili. Ciò è senz'altro evidente per quelle azioni pretorie, che in forza di una finzione o di una trasposizione dei soggetti nella formula vengono fondate espressamente nel *ius civile*, come la *Publiciana in rem actio*, la *Pauliana*<sup>45)</sup>, le azioni singolari del *bonorum possessor*, del *bonorum emptor*, le cosiddette *actiones adiecticiae qualitatis* e così via. Ma non è men vero per quelle azioni pretorie, la cui connessione con le civili è puramente sostanziale, intima, come per esempio per le *actiones Serviana, Fabiana, Calvisiana*<sup>46)</sup>. Infatti troppo grave discordanza sarebbe stata nell'armonia dell'ordinamento processuale, se il pretore avesse voluto dare la forma prediletta dell'interdetto alla *vindicatio pignoris*, o al mezzo di procedura, merò il quale il patrono recupera le cose alienate in sua frode dallo schiavo da lui manomesso, mentre la *vindicatio* del proprietario quiritario continuava ad essere una *actio*<sup>46a)</sup>.

La nostra questione si limita quindi a quelle nuove creazioni del pretore, le quali non poggiano nè esteriormente nè sostanzialmente sul *ius civile*, e sono invece creazioni affatto indipendenti dell'editto, — segnatamente cioè alle azioni pretorie derivanti da un delitto o dai cosiddetti *pacta praetoria*.

Quando il pretore volle ovviare efficacemente a gravi sconcezze, che secondo il *ius civile* non erano soggette a pena, ma a un più incivilito modo di pensare apparivano meritevoli di pena, la via degli

---

della *lex Aebutia* s'era manifestata necessaria la tutela giuridica, furono perciò istituiti degli interdetti. Cfr. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione), §§ 45, 47-50. — SCHMIDT, loc. cit. pag. 299 sotto il num. 1. Vedi anche infra num. 115 in fine.

<sup>45)</sup> Su quest'ultima vedi LENEL, *Ed. perp.* § 225 pag. 352 seg.

<sup>46)</sup> Secondo lo scolio ad BASIL. XLII, 1, *de pet. hered.*, XVI, § 6 (Heimb. tom. IV, pag. 201): *ἰμπαρτοὶ* (*in factum*) δὲ αἴται sono le due ultime azioni, come la *Serviana*, concepite *in factum*. — LENEL, loc. cit. pag. XIV e §§ 151 seg. pag. 280.

<sup>46a)</sup> Lo stesso vale analogamente per l'*actio negotiorum gestorum* e le *actiones depositi e commodati in factum conceptae*, ove si ammetta, che al tempo, in cui furono istituite, i rapporti giuridici tutelati con esse nel *ius civile* erano ancora senza tutela giuridica: non si poteva trattare questi rapporti in modo più favorevole, che i rapporti del *ius civile* ad essi affini.

interdetti proibitorii dovè sembrare affatto disadatta. Non era certo lecito, intimare un divieto personale a una persona, che non aveva ancora commesso un atto illecito di tal genere, per la sola ragione, che l'avversario teneva, ch'egli lo commetterebbe; e se per contro un tale atto aveva già avuto luogo, sarebbe stato più che insulso, dirigere un avvertimento al suo autore per il caso il più delle volte assai improbabile di una ripetizione, invece di sottoporlo senz'altro a una pena. Tuttavia, ove il pretore non trovasse sufficiente, il far scontare tali atti illeciti con un semplice rifacimento di danni, nemmeno un interdetto imperativo bastava alla loro repressione: un interdetto di tal genere (astrazione fatta dalla *poena sponsionis*, che l'impetrato può sempre evitare domandando un arbitro) ha per oggetto sempre e necessariamente il solo risarcimento di danni. Perciò l'editto ha represso simili atti istituendo delle *actiones*, che sono dirette a un multiplo del valore della cosa o del danno, sia sempre e inevitabilmente, come le *actiones de calumniatoribus*, *de servo corrupto*, sia in seguito all'ulteriore condotta del convenuto, come l'*actio quod metus causa*, l'*actio adversus publicanos*; oppure ha dato un'azione diretta a un'ammenda determinata una volta per tutte, come per esempio contro lo schiavo manomesso, il quale contrariamente all'editto cita in *ius* il patrono, per *sepulchri violatio* all'attore non personalmente interessato, ecc.

L'editto però anche per una quantità di diritti derivanti da delitto da lui creati, diretti a semplice risarcimento di danni, ha istituito, non interdetti restitutorii o esibitorii, ma *actiones* <sup>46b</sup>). Certo s'intende di per sè, che per la punizione affatto sussidiaria di un danno patrimoniale doloso non vi fosse forma processuale più vantaggiosa che quella che aveva luogo mediante speciali *actiones*; per gli altri casi invece la spiegazione manifestamente va cercata altrove, che nel trattamento processuale dell'una o dell'altra di queste due specie di forme procedurali. Noi crediamo di doverla scorgere nel

---

<sup>46b</sup>) Per esempio le *actiones de dolo malo*, per illecito impedimento fraposto allo *in ius vocatus* di comparire *in iure*, per illecito impedimento del *vadimonium sistere*, per *alienatio iudicii mulandi causa facta*, contro il *iudex*, qui *litem suam fecerat*, contro l'agrimensore infedele, ecc. Cfr. GAIO, IV, 46.

fatto, che un interdetto può essere pronunciato solo da un *magistratus cum imperio* 47). La necessità di adire per queste i diritti di questa specie, per quanto insignificanti fossero nel caso pratico, un magistrato superiore, sarebbe stata spesso sommamente gravosa, mentre era d'altra parte pur sempre dubbio, per lo meno in un interdetto imperativo, che i vantaggi ch'esso offriva compensassero quella incomodità. Perocchè la prospettiva di guadagnare la *summa spon-sionis*, la quale per di più poteva ottenersi solo col pericolo di una uguale *summa restipulationis*, era qui soggetta alla condizione, che l'avversario non domandasse un arbitro; per contro l'acceleramento, che aveva luogo in seguito alla domanda di un arbitro, non aveva sempre un valore decisivo. Solo le circostanze del caso pratico potevano mostrare, se di fronte a queste considerazioni un interdetto era opportuno.

Particolarmente istruttivo è a questo proposito il contrapposto, che due casi di concorrenza elettiva tra interdetto e azione *ex delicto* diretta a semplice risarcimento di danni formano, da un lato coi casi testè esposti di tali *actiones*, e dall'altro lato tra loro. Vogliam dire la concorrenza tra gli interdetti dei *legatorum* e *ventris nomine missi* 48) e della generale *actio in factum* di un *missus* per impedimento dell'attuazione della *missio* 49), e la concorrenza tra l'*actio Pauliana* e l'interdetto fraudatorio.

Il fatto che la concorrenza nominata per prima nella *missio rei servandae causa* non ha luogo 49 a), non può certo far meraviglia. Perocchè l'*actio in factum* qui unicamente permessa, che ogni magistrato municipale può dare nei limiti dell'ammontare della sua competenza, non solo è appunto per questa ragione assai più comoda,

---

47) Vedi sopra § 1833 num. 2 pag. 14 (ediz. ted. parte I, pag. 17 seg.) alla nota 35.

48) LENEL, *Ed. perp.*, § 230, 231.

49) LENEL, Ivi § 216. L. 1 pr. § 2, L. 2 § 2 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4.

49a) Questo fatto è stato appurato solo dal LENEL, *Ed. perp.*, § 216 pag. 341 e §§ 230, 231 pag. 364; § 246 pag. 377; perciò lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 307 seg. sotto il num. 5 non ha potuto tenerne conto; questi invece giusta la confusione dei due mezzi processuali nel tit. D. XLIII, 4 ammette in ogni *missio* la concorrenza tra l'interdetto e l'*actio in factum*.

che un interdetto di esclusiva competenza di un magistrato superiore, ma corrisponde anche pienamente al bisogno di tutela giuridica di questa *missio*. Infatti non avendo la *missio rei servandae causa* altro scopo, che quello di assicurare il soddisfacimento di un diritto, per cui si patisce, e non tendendo a creare uno stato di cose duraturo, col risarcimento del danno cagionatogli dall'impedimento sofferto l'impresso viene interamente soddisfatto. Potrebbe al contrario far meraviglia, che per quei due speciali casi di immissione, il cui scopo nel riguardo qui decisivo non è in sostanza diverso dallo scopo della *missio rei servandae causa*, oltre all'*actio* vi sia anche un interdetto <sup>49b)</sup>. In verità non sapremmo giustificare teoreticamente questo diverso trattamento: esso deve avere avuto una causa puramente storica. Se al tempo, in cui fu istituita quell'*actio in factum*, vi fosse già stato un interdetto a tutela della *missio rei servandae causa*, esso certo non sarebbe stato abolito, ma sarebbe stato lasciato all'*immissus* a scelta con l'*actio* generale, come gli interdetti di quei speciali casi di immissione. Ora non è certo una troppo ardita ipotesi il ritenere, che in origine la *missio in bona rei servandae causa* fosse tutelata unicamente coi mezzi di esecuzione forzata diretta dell'*imperium*, — giacchè anche più tardi la coazione *potestatis iure* era ancora indispensabile, quando l'impetrato si sottraeva all'*actio in factum* istituita a tutela della *missio* <sup>49c)</sup>. Ciò però era possibile, solo fintantochè ai magistrati municipali spettava l'*imperium*; in seguito alla restrizione della loro giurisdizione, che loro tolse, nello stesso tempo che la *missio in bona*

---

<sup>49b)</sup> Essenzialmente diverso è il rapporto tra l'interdetto del *damni infecti nomine missus* (LENEL, *Ed. perp.* § 246) e l'*actio in factum* di colui, al quale dalla resistenza dell'avversario o *alia ex causa* è stata impedita la presa di possesso concessagli in forza della *missio* (L. 4 §§ 2 e 4 D. *ne vis fiat ei XLIII, 4*): mentre l'interdetto assicura la *missio* concessa, l'*actio in factum* ha per oggetto l'ammontare, che colui, a cui spetta la cauzione, avrebbe ricevuto, ove fosse stata ordinata la *cautio damni infecti*; essa quindi presuppone, che abbia avuto luogo il danno temuto. BURCKHARD nella Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX tit. II, ediz. ted. pag. 584 segg. pag. 596 segg. Quest'azione dunque ha un tutt'altro scopo che l'interdetto. Cfr. BURCKHARD, loc. cit. (ediz. ted. pag. 592 segg.)

<sup>49c)</sup> Vedi sopra § 1838 a num. 90 pag. 484 (ediz. ted. parte II, pag. 118) alla nota 53.

stessa, i mezzi di coazione dell'*imperium* tendenti alla sua tutela, la nostra *actio* divenne necessaria. Per quei casi speciali d'immissione invece è probabile, che esistesse già allora un interdetto proibitorio; lo si lasciò sussistere, a scelta con l'*actio in factum*, offrendo esso in pratica pur sempre dei vantaggi<sup>50</sup>), specialmente quello di indurre non di rado l'impetrato ad essere arrendevole, e di procacciare così un sollecito disbrigo della vertenza. E precisamente a un disbrigo sollecito davasi, almeno nella *missio legatorum nomine*, gran valore<sup>50a</sup>).

Un rapporto perfettamente analogo a questo è il rapporto tra l'*actio Serviana* e l'*interdictum Salvianum*, ove questo interdetto sia stato in realtà un mezzo petitorio<sup>51</sup>), ed abbia quindi concorso in modo elettivo con quell'azione. E qui non v'è alcun dubbio, che l'interdetto è stato il mezzo processuale più antico<sup>51a</sup>). Lo si mantenne, è vero, dopo l'istituzione della Serviana per la ragione sopra indicata, ma non si stimò punto necessaria la sua estensione ad altri casi di pignorazione, ai quali fu estesa la *Serviana*<sup>51b</sup>).

<sup>50</sup>) Vedi sopra num. 114 (edizione tedesca parte II, pagina 352 seg.) e infra alla nota 8<sup>c</sup>.

<sup>50a</sup>) Vedi infra num. 116.

<sup>51</sup>) Vedi sopra § 1835 a num. 29 pag. 125 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 166 e seg.).

<sup>51a</sup>) La denominazione di questo interdetto dal nome del primo proponente, e il posto, che esso occupa, alla fine della parte dell'editto, che abbraccia gli interdetti, credo non possano invece fornire alcun argomento a provare, che esso sia sorto dopo l'introduzione della procedura formulare. Di diverso parere HUSCHKE, *Studien*, pag. 340 seg. nota 6. BETHMANN-HOLLWEG, volume II, pag. 348 nota 13 in fine. KARLOWA, *Rechtsgeschichte* (St. del dir.) vol. I, pag. 466. PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 23 alla nota 6. Il posto, che l'interdetto occupa nell'editto, a mio parere nulla prova; esso si spiega senza alcuno sforzo con la disposizione sistematica dell'editto. Cfr. LENEL, *Ed. perp.* pag. 36. E quella denominazione attesta soltanto, che al tempo dell'origine dell'interdetto soleva già essere emanato un *edictum de iurisdictione*.

<sup>51b</sup>) Secondo il KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni), pag. 323 seg. la *Serviana* sarebbe un *arbitrium*, che il pretore Servio dava senz'altro là, dove in origine aveva luogo un *secundarium restitutorium*, perchè colui, che era stato citato col *Salvianum*, non era comparso a svolgere la procedura. La prova, ch'egli ne dà, è questa: « Nel fatto, che quest'*actio* ha per oggetto unicamente lo stato di possesso (L. 66 pr. D. *de evict.*, XXI, 2: *Haec enim, etri in rem actio est, nudam tamen possessionem avocal*), rimase il segno, indelebilmente impresso, della sua origine da un interdetto possessorio ». Tuttavia le parole,

La traccia di un altro caso analogo è forse contenuta in

PAOLO, V, 6, 2: *Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat.*

Si ritiene generalmente, che l'interdetto, a cui qui si accenna, sia *interdictum Ut via publica ire agere liceat*<sup>52</sup>). Ora se noi possiamo considerare l'*actio*, che aveva luogo senza precedente interdetto per illecito impedimento frapposto al godimento di una pubblica via, come un'azione di risarcimento di danni, abbiamo qui di nuovo un caso di scelta tra interdetto proibitorio e *actio (in factum)*. Però la cosa è in certo qual modo dubbia. Lo SCHMIDT infatti reputa quell'*actio* completamente a posto, perchè l'interdetto, essendo proibitorio, resta spesso senza frutto. Però, se questa fosse la vera ragione, essa avrebbe con ugual forza richiesto anche per varii altri interdetti la concorrenza di un'*actio*, per esempio per l'interdetto affatto simile *Ut in flumine publico navigare liceat*; e non si può capire, perchè precisamente l'interdetto, di cui parliamo, dovrebbe aver goduto di questo privilegio, mentre il fatto, che PAOLO nel suo conciso manuale trattando di esso fa menzione dell'*actio*, indica, che rispetto a quest'*actio* v'è una particolarità. E appunto perciò non posso credere che per tale *actio* debba intendersi il *iudicium secutorium* derivante dall'interdetto, come fanno il RUDORFF e il LENEL<sup>53</sup>). Anche se l'istituzione del *iudicium secutorium* negli interdetti proibitorii non avesse formato la regola generale, e avesse per avventura avuto luogo in via eccezionale in questo interdetto, questo fatto, che non ha essenziale importanza per la pratica, non parmi potesse dar

---

che seguono nella L. 66 cit. (*et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competal*) mostrano chiaramente, che con quelle surriferite si vuol soltanto dire, che l'azione di pegno non si fonda su di un diritto sulla cosa durevole e in sè trasmissibile; la sua natura petitoria è pertanto fuori di dubbio. Cfr. L. 12 § 1 D. *quib. mod. pign.*, XX, 6 (*pignoris iure rem persequi*), L. 18 Cod. *de pign.*, VIII, 13 (*Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est*).

<sup>52</sup>) L. 2 § 45 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8. CUIACIO, *ad Paul.*, l. c. SCHULTING, *Iurisprudentia vetus anteiustiniana*, nota 17. SCHMIDT, loc. cit. pag. 307 sotto il num. 4. RUDORFF, *de iuris dictione edictum*, § 235 p. 210. HUSCHKE, *Iurispr. anteiust.*, ad h. l. nota 3. LENEL, *Ed. perp.*, § 238 pag. 368.

<sup>53</sup>) Loc. cit.



occasione a PAOLO di rilevarlo nelle sue *sententias*, e rimarrebbe inoltre senza spiegazione.

E che noi non possiamo pensare all'*actio iniuriarum*, come fa lo SCHULTING<sup>54</sup>), è cosa di per sè evidente<sup>55</sup>). È sommamente verosimile, che il testo senza dubbio corrotto abbia trattato in tutta questa parte di una peculiare *actio* innanzi ai *curatores viarum*<sup>56</sup>), che noi non possiamo precisare nei suoi particolari, la quale concorreva con l'interdetto *Ut via publica vie agere liceat*, ed è anzi possibile che concorresse con questo cumulativamente<sup>57</sup>).

<sup>54</sup>) Loc. cit. nota 18 con richiamo alla L. 13 § 7 D. *de iniur.*, XLVII, 10. Nello stesso senso PERNICE, *Labeo*, vol. I, pag. 273 nota 47.

<sup>55</sup>) Perocchè in primo luogo i requisiti di quest'azione possono non coincidere con quelli della *sponsio ex interdicto*: il dolo di un atto contrario all'interdetto non è necessariamente anche diretto contro una persona; così per esempio quando un vetturale ad onta dell'interdetto abusa di una pubblica via servendosi come deposito dei suoi veicoli; anzi può concepirsi un atto contrario all'interdetto anche in una semplice colpa, per esempio nel lasciar sulla via per negligenza vetture, carri, ecc. In questi due casi non si può punto parlare di un'*actio iniuriarum*. E in secondo luogo l'*actio iniuriarum*, nemmeno là, dove viene ammessa accanto all'*agere ex interdicto*, è promessa espressamente nell'editto per la violazione di diritto, di cui è questione in quell'*agere*. HUSCHKE, loc. cit. nota 4.

<sup>56</sup>) Cfr. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht* (Dir. pubbl. rom.), II, 2, ediz. 2.<sup>a</sup> pagina 1031 alla nota 1. — PERNICE, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Riv. di st. del dir. della fondazione Savigny), vol. V, parte rom. pag. 32 nota 6. — O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ord. giudiz. rom.) pag. 508 e 510 seg. Vedi anche sopra § 1839 num. 110 (ediz. ted. parte II, pag. 325) nota 67.

<sup>57</sup>) Alla proposizione sopra riferita tengono dietro le parole: *cuius rei sollicitudo ad viarum curatores pertinet, a quarum (KRUEGER — Ab viarum HUSCHKE) munitione nemo exceptus est, si quis tamen in ea aliquid operis fecerit, quo commeantes impediuntur, demolito opere condemnatur*. Lo HUSCHKE ricorre allo spediente di porre le parole « *ita et actio* » dopo « *prohibeat* » e far quivi seguire: « *si viam publicam ante aedificium suum non muniverit ut oporteat* ». Mi pare però difficile, trovare tra l'*actio*, che ne risulta, e l'interdetto ivi nominato un rapporto, che giustifichi la contrapposizione con « *Ut — ita* ». Il PERNICE, *Labeo*, vol. I, pag. 273 alla nota 47, rende il contenuto di questo frammento così: « Il costruttore della via tutela dunque ogni singola persona sulla strada, data da lui al commercio, con uno speciale interdetto, che sta accanto all'azione », reputando che il meglio è di leggere: « *ut actio ita et interdictum* » ed essendo proclive a intendere per *actio* l'*actio iniuriarum*. Su quest'ultimo punto vedi sopra nota 55. Contro l'interdetto ammesso dal PERNICE,

D'indole affatto opposta a quella del rapporto da noi ammesso tra gli interdetti *Ne vis fiat ei, qui missus est* e l'*actio in factum*, che assicurava la *missio*, è il rapporto storico tra l'*actio Pauliana* e l'interdetto fraudatorio. Come è già stato osservato sopra<sup>58</sup>), il tenore di quest'ultimo mostra, che esso è più recente che l'*actio Pauliana* designata nelle sue parole. Lo scopo della sua creazione ci sembra indiscernibile: accanto alla *Pauliana* vincolata al *rerum actus* si voleva aprire una via, per la quale si potessero senza indugio far revocare alienazioni fraudolenti di cose corporali. E non v'è bisogno di dimostrare, come urgentemente desiderabile possa essere appunto in questo caso l'acceleramento della procedura.

L'incomodità, che accompagnava la restrizione della competenza per interdetti a *magistratus maiores*, doveva aver doppio peso là, dove il diritto fondato su di un delitto era perseguito, non di fronte a chi aveva commesso il delitto, ma di fronte a un altro, oppure di fronte bensì a chi aveva commesso il delitto, però non più come diritto derivante dal delitto come tale. Perocchè qui dovevano osservarsi considerazioni di equità anche riguardo al convenuto. Perciò per diritti di questa specie in luogo dell'interdetto diretto contro l'autore del delitto come tale viene applicata un'*actio in factum*, e l'interdetto è invece qui usato solo in via d'eccezione, cioè soltanto là, dove quelle considerazioni sono controbilanciate da altre opposte, che esigono un vantaggio, che si riscontra solo nella procedura interdittale.

È col principio accennato, che credo si debba spiegare, come gli eredi dell'autore di un delitto non rispondono con gli interdetti *Unde vi, fraudatorium*, e *demolitorium*, ma con un'*actio in factum*<sup>59</sup>); e così

---

che il « costruttore della via » (deve voler intendere: il *viarum curator*) emana, parla a mio parere, non solo il fatto, che difficilmente questi aveva *imperium* (cfr. MOMMSEN, *Staatsrecht* (Dir. pubbl.), II, 2 ediz. 2.<sup>a</sup> pag. 1003 segg.), ma ancor più l'altro fatto, che egli esercitava la giurisdizione, che gli competeva, *extra ordinem*, cioè indipendentemente dal *rerum actus*.

<sup>58</sup>) Num. 114 alla nota 29 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 345).

<sup>59</sup>) 1.<sup>o</sup> L. 1 § 48; L. 2, L. 3 pr. § 18 D. *de vi*, XLIII, 16 (vedi sopra § 1837 num. 66 nota 26 pag. 289 (ediz. ted. parte I, pag. 386 seg.)). 2.<sup>o</sup> L. 10 § 25 D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8 (ivi nota 27 pag. 289 (ediz. ted. pagina 387)). 3.<sup>o</sup> L. 20 § 8 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (ivi nota 18 pag. 286 (ediz. ted. pag. 383 seg.)).

pure come dopo la prescrizione dell'interdetto fosse data per l'arricchimento, non l'interdetto, ma un'*actio in factum* anche contro l'autore del delitto<sup>60</sup>). Giusta il medesimo principio il pretore promette *causa cognita* contro colui, che si è arricchito in virtù dell'alienazione fraudolenta, senza nulla sapere della frode, non un interdetto, ma una *actio in factum*<sup>61</sup>).

E se per contro l'interdetto *Quod vi aut clam* è diretto anche contro gli eredi dell'autore del delitto *in id, quod ad eos pervenit*<sup>62</sup>), questa eccezione, che è senz'altro conciliabile col tenore dell'interdetto pubblicato nell'editto<sup>63</sup>), è giustificata senza dubbio dalla considerazione, che a prevenire ulteriori danni un *opus vi aut clam in solo factum* dev'esser demolito il più sollecitamente possibile, e che a tal uopo giova certo moltissimo far cooperare in ciò gli eredi nella misura del vantaggio patrimoniale ad essi derivato dall'*opus*. In forza di un'uguale considerazione *qui possidet nec fecit* è tenuto per l'interdetto *Quod vi aut clam* e pel *demolitorium* alla *praestatio patientiae*<sup>63a</sup>); ed è parimenti questa considerazione, che ha indotto LABEONE a dar l'ultimo di questi interdetti anche contro gli eredi del denunziato<sup>64</sup>).

Un posto speciale occupa invece a questo riguardo l'interdetto *de precario*. Sebbene nemmeno l'obbligo del precarista derivi da un delitto, ULPIANO, contro l'opinione di altri giuristi, ammetteva l'inter-

<sup>60</sup>) 1.° *Val. fragm.*, § 312. L. 1 pr. i. f. D. *de vi*, XLIII, 16 (vedi sopra § 1837 b num. 80 in princ. pag. 390) (ediz. ted. parte I, pag. 519 seg.); 2.° L. 10 § 24 D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8 (ivi pag. 389 (ediz. ted. pag. 519 seg.)). Il principio fondamentale come tale nella L. 4 D. h. t. (ivi pag. 389 (ediz. ted. pag. 519)).

<sup>61</sup>) L. 10 pr. i. f. D. *quae in fraud. cred.*, XLII, 8. Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 306 sotto il num. 1 reputa, che la forma dell'azione sia senza importanza. Cfr. anche LEIST, *Die bonorum possessio*, vol. I, pag. 354.

<sup>62</sup>) L. 15 § 3 D. *quod vi*, XLIII, 24 (sopra § 1837 num. 66 nota 17 pagina 286 (ediz. ted. parte I, pag. 383)).

<sup>63</sup>) L. 5 §§ 8 sq. D. *eod.* (ivi).

<sup>63a</sup>) Vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 254 (ediz. ted. parte I, pag. 339 seg.) pag. 255 (ediz. ted. 341 seg.) nota 31.

<sup>64</sup>) L. 20 § 8 cit. D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1 (sopra § 1837 num. 66 nota 18 pag. 286 (ediz. ted. parte I, pag. 383 seg.)).

detto anche contro gli eredi del precarista <sup>65</sup>). Rispetto all'obbligo dell'erede pel possesso proprio o pel proprio *dolo fecisse, quo minus HABERET vel ad se perveniret*, ciò si spiega probabilmente in modo puramente esteriore con la considerazione, che ULPIANO riguardava come esistente anche nell'erede del precarista il presupposto dell'obbligo designato nella formula dell'interdetto « *quod precario ab illo habes* » e per conseguenza anche l'altro « *aut dolo malo fecisti, ut desineres habere* »; e al suo obbligo pel dolo del *de cuius, quatenus ad eum perveniret*, che certo non vien fondato dal tenore dell'interdetto, egli estese poi l'interdetto soltanto per risparmiare un'azione speciale per questo caso.

Nei casi dei cosiddetti *pacta praetoria*, cioè del *constitutum pecuniae*, del *receptum argentarii* e del *receptum nautae, cauponis, stabularii* <sup>66</sup>), sarebbero senza dubbio stati possibili degli interdetti imperativi, nell'ultimo nel tenore abituale contenente un *restituas*, nei due primi con un *solvas* e nel *constitutum* anche un *satisfacias*, — forma, che sebbene non si riscontri altrove, in un bisogno urgente non parmi dovesse trovar ostacolo <sup>66a</sup>). Purtuttavia il pretore, com'è noto, ha preferito di creare in tutti questi casi, non interdetti, ma *actiones in factum conceptae* <sup>67</sup>).

Nel caso del *constitutum* se ne ha una spiegazione sufficiente nel fatto, che il costituente, che non adempiva puntualmente la sua promessa, *propter fidem fractam* <sup>68</sup>) non doveva averne come sola conseguenza l'obbligo al risarcimento. E ciò avrebbe egli potuto facilmente

<sup>65</sup>) L. 8 § 8 D. *de prec.*, XLIII, 26 (sopra § 1837 num. 66 nota 14 pag. 286 (ediz. ted. parte I, pag. 323)).

<sup>66</sup>) Con questi non va naturalmente messo il *receptum arbitrii*. Vedi sopra num. 109 nota 55 in fine (ediz. ted. parte II, pag. 318).

<sup>66a</sup>) Vedi sopra num. 109 (ediz. ted. pag. 317) alla nota 55.

<sup>67</sup>) Qui posso benissimo astenermi dal prendere in esame l'opinione affatto diversa del KAPPEYNE, *Abhandlungen* (Dissertazioni) pag. 200-354 rispetto all'*actio de constituta pecunia*, la quale mi sembra interamente errata, non solo riguardo al suo risultato finale, ma anche in varii punti particolari (dfr. per esempio sopra pag. 565 (ediz. ted. parte II, pag. 225 seg.); (ediz. ted. pag. 361) nota 51 b ed infra nota 93). E d'altra parte essa non ha alcuna importanza per la questione trattata nel testo.

<sup>68</sup>) L. 1 pr. L. 25 pr. D. *de pec. const.*, XIII, 5.

ottenere mercè la domanda di un arbitro. Il differimento della decisione poi, che proveniva dalla procedura di una *actio in factum cum sponsione dimidiaie partis* tanto meno era gravoso per l'avversario, dappoichè la procedura interdittale, la quale oltre il risarcimento del danno gli offriva ugualmente la prospettiva del guadagno di una *sponsio*, avrebbe pur recato con sè precisamente lo stesso differimento.

Per gli altri due casi invece una tale spiegazione non viene in acconcio. Però non credo che andremo errati, se quivi, come nei casi, di cui si è trattato sopra, deriviamo l'istituzione di un'*actio in factum*, invece che di un interdetto, dalla considerazione della limitata competenza dei magistrati municipali. Se la restrizione della giurisdizione municipale ha la sua origine nella legislazione di CESARE, o meglio di AUGUSTO <sup>69</sup>), le notizie che ce ne sono state trasmesse appaiono in completa armonia con l'ipotesi, che le *actiones ex recepto* siano più recenti di quella restrizione: la loro più antica traccia non risale più in là di LABEONE <sup>70</sup>).

Accenneremo ancora all'*actio funeraria*. Questa è già nota al TREBAZIO <sup>71</sup>); è quindi difficile spiegarla con la cagione riguardante la

<sup>69</sup>) WLAŠAK, *Römische Prozessgesetze* (Leggi procedurali romane), § 14 pagina 191 segg.

<sup>70</sup>) a) nel *receptum argentarii*, L. 27 D. *de pec. const.*, XIII, 5. cfr. LENEL, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Riv. di st. del dir. della fondazione Savigny), parte rom. vol. II, pag. 64 segg.; b) nel *receptum nautae etc.*, L. 1 § 4, L. 3 § 1 D. *naut.*, IV, 9. — La *lex Julia*, che ha limitato la giurisdizione municipale vien posta dal WLAŠAK, loc. cit., pag. 183 nell'anno 737 di Roma al più presto. LABEONE, secondo il PERNICE, *Labeo*, vol. I, pag. 12 seg., è morto tra gli anni 15 e 20 dopo Cristo = 769 e 774 di Roma. (Alle prove ivi addotte a tal riguardo resta da aggiungere, che LABEONE ha ancora interpretato il *Sc. Silanianum* dell'anno 10 dopo Cristo. L. 1 § 17 D. *ad Sc. Silan.*, XXIX, 5). Il *constitutum debiti proprii* invece si trova, a quanto sembra, come negozio giuridicamente efficace, già in CICERONE, *Pro Quint.*, V, 18 dell'anno 673 di Roma (*ita constituit scapulis se daturum*); fors'anche il *constitutum debiti alieni*, *Ad Att.*, XVI, 15 (*Sois, nos pridem iam constituisse, Montani nomine H S., XXV, dissolvere; hoc Cicero petierat; — liberalissime promiseram*), Cfr. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer* (il diritto priv. e la proc. civ. dei Romani), pag. 729 nota 2. BRUNS, *Zeitschrift für Rechtsgesch.* (Riv. di storia del dir.), vol. I, pag. 34 nota 10 (*Klein. Schr.* (Scritti minori), vol. I, pag. 226).

<sup>71</sup>) L. 14 § 11 D. *de relig.*, XI, 7.

giurisdizione municipale, nel caso che la restrizione di tale giurisdizione non sia avvenuta prima dell'auno 737 di Roma <sup>72</sup>). Bene però si spiega con la sua affinità con l'*actio negotiorum gestorum*.

E in simil modo potrà comprendersi senza difficoltà l'origine di ciascuna *actio in factum*.

Viceversa è parimenti chiara la ragione, dalla quale, nonostante la restrizione della giurisprudenza municipale, il pretore fu indotto a dare per certi casi nuovi interdetti.

Evidentemente è il bisogno dell'acceleramento della procedura, che ha dato origine all'interdetto restitutorio della L. 7 § 2 D. *de damno inf.* XXXIX, 2.

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

Commettendo il proprietario della casa rovinata, il quale lascia le macerie sul fondo del vicino, una violazione della libertà della proprietà di questo, è contro di lui esperibile la *negatoria in rem actio* <sup>73</sup>). Ma l'indugio fino al *rerum actus* inevitabile in quest'azione <sup>74</sup>) era na-

<sup>72</sup>) Il WLAŠSAK, loc. cit. reputa, che TREBAZIO, secondo la L. 18 § 4 D. *de dolo* m. IV, 3 abbia bensì conosciuta la *lex Julia*, ma in età di 70 anni.

<sup>73</sup>) *Arg. e contr.* e L. 9 § 2 D. *eod.* (ULP. lib. LIII, *ad ed.*): — *sed nec ego* (cioè il proprietario del fondo, col quale s'è congiunta la falda di terra caduta dal fondo vicino) *potero teum* (cioè col proprietario del fondo vicino) *agere, ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.*

<sup>74</sup>) Nel caso che le parti non si mettano d'accordo circa la persona di un *iudex*, il quale deve essere poscia loro assegnato su loro dimanda. O. E. HARTMANN, *Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz.), § 25 pag. 261 segg.

turalmente allo stato delle cose sopra detto estremamente incomodo. Perciò si preferì l'interdetto restitutorio, la cui emanazione nel maggior numero dei casi spingeva l'impetrato a domandare un arbitrio, e aveva per conseguenza virtù di promuovere con la maggior rapidità possibile la decisione dell'affare, e nel caso contrario assicurava all'impetrato con la *summa sponsionis* una speciale soddisfazione per la procrastinazione cagionata dalla ostinazione dell'avversario <sup>75</sup>).

Anche dei nuovi interdetti proibitorii potevano essere in dati casi sommamente opportuni. Come abbiamo veduto <sup>76</sup>, la loro forma è a preferenza acconcia là, dove si tratta, non di punire una grave violazione della legge, o di risarcire il danno cagionato da una lesione di minore importanza, ma piuttosto di evitare la perturbazione di uno stato di cose già esistente, l'impedimento dell'ulteriore esercizio di un diritto esercitato di fatto. Su questa considerazione si fonda probabilmente l'interdetto *de aqua ex castello ducenda*, il quale, come è stato già osservato <sup>77</sup>, può esser sorto soltanto al tempo del principato <sup>78</sup>). Però qui ha certo concorso a fondarlo anche l'esempio degli

---

<sup>75</sup>) Cfr. BURCKHARD, nella Continuazione di questo *Commentario*, lib. XXXIX pag. 11 segg. Si comprende, come non tenendo conto della vera funzione del *rerum actus* l'acceleramento procacciato dall'interdetto nella falsa natura attribuitagli venga considerato come una « misura esecutiva », loc. cit. pagina 14 seg. nota 10.

Con la ragione della maggiore celerità si spiegherebbe anche perchè, al tempo della procedura formulare venissero dati come mezzi procedurali contro il possessore di un'eredità e di singole cose, il quale non assumeva la debita *defensio*, nè trasmetteva il suo possesso all'avversario, degli interdetti (*Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum*) e non delle azioni, — ove però si potesse ammettere con lo PFERSCHE, *Interdicte*, pag. 23 alla nota 6, che questi interdetti potessero esser sorti solo al tempo della procedura formulare. Ma essi hanno luogo anche di fronte all'*in rem agere per sponsionem* (L. un. Cod. *uti poss.*, VIII, 6); e quest'ultimo già al tempo della pura procedura per *legis actionem* doveva verificarsi in tutti i casi, in cui il possessore di una cosa singola aveva ricevuto protezione mediante un interdetto possessorio. Vedi la mia notizia su MASCHKE, *Der Freiheitsprocess im Klassischen Alterthum* (Il giudizio di libertà nell'antichità classica, nelle *Göttingische gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Gottinga), 1888 pag. 379 segg.

<sup>76</sup>) sopra num. 114 (ediz. ted. parte II, pag. 352 seg.).

<sup>77</sup>) num. 114 (ediz. ted. parte II, pag. 344) alla nota 31 seg.

<sup>78</sup>) *Interdicta de fossis, de cloacis, de minimis agrorum itinerumque controversiis* sono già noti a CICERONE, *Pro Caec.* XIII, 36 (vedi sopra (edizione

interdetti *de aqua* già esistenti. E del pari è da supporre, che con l'esempio dell'interdetto *de rivis* la considerazione sopra detta abbia indotto i giuristi dell'epoca posteriore a tutelare la riparazione di condutture di vapore nei bagni, non contentandosi di un'*actio utilis*, come fa ARISTONE, ma creando un *interdictum utile* <sup>79)</sup>.

Finalmente comprendiamo, come gli interdetti proibitorii, che erano dati a scelta con le azioni di risarcimento, potessero avere importanza ed efficacia.

Un interdetto di tale specie mercè il *periculum sponsionis* dà al divieto assai maggior forza, che non faccia l'*actio* per risarcimento di danni. Per conseguenza a parità di altre circostanze il divieto fatto con l'appoggio di un interdetto proibitorio lascia sperare un'assai più sicura osservanza, che quello munito della tutela di una semplice azione di risarcimento <sup>80)</sup>.

Quanta ragione si abbia in realtà a considerare come quasi evidente di per sè stesso, che là, dove non regnava nessuna incertezza sui requisiti di diritto e di fatto del divieto, a un interdetto proibitorio veniva immediatamente prestata obbedienza, ce lo mostra il mantenimento dell'interdetto *de mortuo inferendo*. Se quell'opinione si fosse manifestata erronea, quell'interdetto avrebbe evidentemente mancato il suo scopo; in suo luogo sarebbe stato unicamente opportuna l'azione di risarcimento per l'impedito seppellimento. Invece nello stato reale delle cose, corrispondente a quella opinione, quest'azione non veniva adoperata, che là, dove si era di fatto nell'impossibilità di adire in tempo il pretore allo scopo di ottenere l'interdetto, cioè specialmente fuori di Roma <sup>81)</sup>.

---

tedesca parte II, pag. 336). — SERVIVS ed OFILIUS prendono in esame l'*interdictum de rivis* (L. 1 § 10, L. 3 §§ 1 e 10 D. *de riv.*, XLIII, 21), OFILIO e TREBAZIO l'*interdictum de aqua ducenda* (L. 1 §§ 17 sq. D. *de aq. cott.*, XLIII, 20) e l'*interdictum de cloacis*. — VENULEIUS riferisce, che i *veteres* hanno dato all'*interdictum de itinere reficiendo* una forma più ampia (L. 4 pr. D. *de it. actu. priv.*, XLIII, 19).

<sup>79)</sup> L. 3 § 6 D. *de riv.*, XLIII, 21 (ULF. lib. LXX *ad ed.*): ARISTO, *de cuniculo restituendo, per quem vapor trahitur, in balneariis vaporibus putat utilem actionem competere: et erit dicendum, utile interdictum ex hac causa competere.*

<sup>80)</sup> Cfr. sopra num. 114 (ediz. ted. parte II, pag. 348 seg.).

<sup>81)</sup> Cfr. sopra § 1838 num. 82 pag. 397 (ediz. ted. parte II, pag. 2). Può



Anzi il vantaggio di un interdetto proibitorio come tale di fronte alla concorrente azione di risarcimento poteva essere così notevole, che l'impetrato, oltre l'incomodità, che gli derivava dalla limitata competenza dell'interdetto, talvolta si sobbarcava volentieri anche a un'altra molestia. Così nella concorrenza dell'interdetto *de itinere privato reficiendo*<sup>81a)</sup> con l'*actio confessoria*, e in quella dell'interdetto di remissione con l'azione petitoria derivante dal *ius prohibendi*. In tutti e due questi interdetti all'attore incombe una prova più ampia, che nell'azione concorrente: nell'interdetto *de itinere reficiendo* anche la prova dell'esercizio non vizioso della servitù di passaggio nell'ultimo anno, e nell'interdetto di remissione anche la prova della denuncia debitamente fatta. In cambio gli interdetti danno, nel caso che l'aspettazione fondata su di essi, che non avverrebbe un atto contrario al divieto, rimanesse delusa, oltre all'eventuale diritto al risarcimento dei danni, anche l'eventuale diritto alla *summa sponsionis*. Quindi se l'attore è sicuro della prova più ampia richiesta, preferirà l'interdetto all'azione<sup>82)</sup>.

---

servire pel paragone in questo rapporto anche la L. 4 § 3 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4, che tratta di un'altra applicazione dell'*actio in factum* sopra accennata (nota 49 b (ediz. ted. parte II, pag. 358 seg.). Essa dice: (ULF. lib. LXIX *ad ed.*) *Sed et ex alia causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem nulli desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit, scilicet ut, si cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est, haberet iudicium, qui damnum passus est.* BURCKHARD, nella Continuazione di questo Commentario, lib. XXXIX tit. II, ediz. ted. pag. 603 segg.

<sup>81a)</sup> Lo PFERSCHÉ, *Interdicte*, pag. 72 nota 1, confessa apertamente: « Finora non mi è riuscita chiara nè l'importanza pratica di questo interdetto, nè il suo nesso storico ». Il DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 257 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 621 nota 11 opina: « L'interdetto deve appartenere a un tempo, nel quale non si poteva ancora costringere alla riparazione della via con l'*actio confessoria*, perchè essa non costituiva il contenuto diretto della servitù ». Però egli riconosce, che fintantochè sussistettero i vantaggi della procedura interdittale, l'interdetto accanto all'*actio confessoria*, diretta anche al permesso della riparazione della via, ha avuto importanza pratica.

<sup>82)</sup> BURCKHARD, loc. cit. pag. 395 segg. Erra invece il BURCKHARD, pag. 395 nota 44 quando scorge un altro vantaggio dell'interdetto *de itinere reficiendo* di fronte alla concorrente *actio confessoria* in ciò, che arg. L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8 nell'interdetto è imposta al convenuto la *cautio non prohiberi* per l'avvenire, in forza della quale spetta poi l'azione a

Per spiegare l'importanza pratica dell'interdetto *de glande legenda*, dato accanto alla *rei vindicatio*, e segnatamente accanto all'*actio ad exhibendum*<sup>83)</sup>, non abbiamo certo bisogno di insistere sui vantaggi della procedura interdittale. Prescindendo totalmente dalla natura provvisoria dell'interdetto, da noi sopra<sup>84)</sup> dimostrata probabile, in virtù della quale non sono ammesse eccezioni contro il diritto dell'impetrante di raccogliere i frutti, l'interdetto dà all'impetrante, appunto in questo diritto una facoltà, di cui egli non può valersi nè con l'*actio ad exhibendum*, nè con la *rei vindicatio*<sup>85)</sup>. Lo stesso avviene per l'interdetto, probabilmente anch'esso provvisorio<sup>86)</sup>, *de arboribus caedendis*: di fronte alla *negatoria in rem actio* concorrente esso offre il vantaggio, che l'impetrante può appropriarsi i rami sporgenti, ove l'avversario non li abbia rimossi in tempo<sup>87)</sup>.

Specialmente degna di nota si mostra l'importanza pratica della forma dell'interdetto proibitorio in concorrenza con l'*actio ad exhibendum*.

---

ogni nuova contravvenzione, senza che ci sia bisogno d'impetrare un nuovo interdetto. Perocchè una cauzione, in forza della quale si poteva promuovere un giudizio ad ogni violazione (*cautio de non amplius turbando*) si aveva invece precisamente nella *confessoria* (L. 7 D. *si serv.*, VIII, 5), mentre la cauzione di cui è fatto cenno nella L. 2 § 18 cit. si riferiva unicamente a quel determinato *opus*, che si aveva in mira. Vedi sopra § 1838 e numero 104 (edizione tedesca parte II, pag. 266 segg.). Del resto non v'era punto bisogno di una cauzione per poter procedere in seguito a una nuova violazione, senza domandare di nuovo l'interdetto: in base all'interdetto già ottenuto l'impetrato poteva essere di nuovo costretto alla sponzione per ogni nuova trasgressione. Vedi sopra § 1838 num. 88 in fine pag. 458 (ediz. ted. parte II, pag. 83).

<sup>83)</sup> L. 9 § 1 D. *ad exhib.*, X, 4.

<sup>84)</sup> § 1835 a num. 28 pag. 124 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 162 segg.).

<sup>85)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 300 sotto il num. 2. — BEKKER, nel *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* (Annali del diritto comune tedesco), vol. V, pag. 164.

<sup>86)</sup> Vedi § 1835 a num. 23 pag. 123 seg. (edizione tedesca parte I, pag. 162 e segg.).

<sup>87)</sup> L. 1 pr. § 7 D. *de arb. caed.*, XLIII, 27 messa in correlazione con la L. 2 *cod.* WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), vol. I, § 169 nota 10. — BEKKER, loc. cit., pag. 168 segg. — WERENBERG, nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Annali di dogmatica del diritto privato romano odierno e tedesco), vol. VI, pag. 67 segg.

Conformemente al suo scopo l'*actio ad exhibendum* deve essere stata indipendente dal *rerum actus*: sarebbe stato assurdo il differire la sua discussione<sup>88</sup>). Ciononostante nemmeno quest'azione, esercibile in ogni tempo ed inoltre accettata con la constatazione sommaria del diritto dell'attore sull'oggetto della lite<sup>89</sup>), bastava sempre a soddisfare il bisogno di allontanare il più possibile gli ostacoli al ritrovamento di una cosa smarrita. Perciò qui in pratica si faceva volentieri uso di un interdetto proibitorio, che vietava all'impetrato, di impedire all'impetrante di riprendere la sua cosa: perchè si pensava, che il timore della *poena sponsionis* indurrebbe l'impetrato ad obbedire al divieto senza resistenza. Ce n'è stato tramandato l'esempio seguente. Mentre d'ordinario l'*actio ad exhibendum* procacciava con sufficiente celerità al proprietario il ricupero delle cose asportate da un'inondazione<sup>90</sup>), un pretore, a quanto riferisce TREBAZIO, reputò opportuno, nella contingenza di un'inondazione del Tevere, che aveva travolte molte cose di numerose persone su fondi altrui, assicurare per

<sup>88</sup>) Cfr. in generale O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ordin. giud. rom.), § 25 pag. 272 segg. Appunto a cagione di questo vantaggio essa era segnatamente importante là, dove ha l'effetto di un'azione definitiva, cioè contro colui, che si è spogliato dolosamente della *facultas exhibendi*. L. 9 pr. — § 4, L. 12 § 3, L. 14, L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4; L. 11 § 2 D. *de R. Cr.*, XII, 1; L. 4, L. 13 § 6 D. *de R. V.*, VI, 1; L. 29 D. *de furt.*, XLVII, 2; § 2 *I. quib. alien.*, II, 8; L. 15 D. *de cond. c. d.*, XII, 4; L. 1 § 32 D. *dep.*, XVI, 3; L. 1 § 2 D. *de tign. iunct.*, XLVII, 3; L. 27 D. *de pign.*, XX, 1; L. 7 § 4 D. *de dolo m.*, IV, 3; L. 1 i. f. D. *de distr. pign.*, XX, 5; L. 1 Cod. *dep.*, IV, 34; L. 4 Cod. *de crim. expil. heret.*, IX, 32. — DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht* (L'obbligo all'esibizione), pag. 80 segg.

<sup>89</sup>) L. 3 §§ 9, 11, 13 D. *ad exhib.*, X, 4. DEMELIUS, § 31 pag. 158 segg.

<sup>90</sup>) L. 5 § 4 D. *cod.* (ULP. lib. XXIV *ad ed.*): *Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum NERATIUS scribit unde quaerit NERATIUS, utrum de futuro dumtaxat damno, an et de praeterito domino agri cavendum sit, et ait, etiam de praeterito caveri oportere.* Cfr. L. 9 § 3 D. *de damno inf.*, XXXIX, 2 (ULP. lib. LIII *ad ed.*): *NERATIUS autem scribit. si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi facendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.* Manifestamente ambedue i frammenti si riferiscono, se non alla medesima sentenza di NERAZIO, a sentenze del medesimo contenute; perciò si può ammettere con sicurezza, che per il mezzo procedurale, che deve far ottenere la *potestas tollendi* bisogna intendere anche nell'ultimo frammento l'*actio ad exhibendum*.

mezzo di un interdetto proibitorio l'indisturbato recupero di quelle cose ai loro proprietari<sup>91)</sup>.

L. 9 § 1 D. *de damno inf.* XXXIX, 2 (ULP. lib. LIII *ad ed.*):

TREBATIUS *refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum Ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti re-promitterent.*

Sotto un consimile punto di vista cade l'interdetto della L. 15 D. *ad exh.* X, 4:

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

Nel caso di questi frammenti l'*actio ad exhibendum* non può aver luogo, perchè al possessore del fondo, nel quale è nascosto il tesoro, manca la *facultas exhibendi*<sup>92)</sup>, ed egli non l'ha nemmeno alienato illecitamente. Invece di quell'azione dev'esser dato un *iudicium*, cioè un'*actio in factum*<sup>93)</sup>, — senza dubbio diversa in sostanza dall'*actio*

<sup>91)</sup> Si tratta dunque di un *interdictum utile* creato per un dato caso senza modello pubblicato nell'editto, come nel caso, di cui si tratta nel frammento seguente. Vedi sopra § 1833 num. 4 nota 70 pag. 24 (ediz. ted. parte I, pagina 32). — Lo PFERSCHKE, *Interdicte*, pag. 57 nota 2 vorrebbe « ammettere, che si tratti dell'interdetto normale della translazione di possesso per rifiuto della *negatoria* ».

<sup>92)</sup> E ciò anche quando egli sa, dove sta il tesoro nascosto. DEMELIUS, loc. cit., pag. 182.

<sup>93)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 24 nota 2. Il KAPPEYNE, loc. cit., pag. 325 nota 2, in logica corrispondenza con la sua opinione sulla *Serviana* (sopra nota 51 b (edizione tedesca parte II, pagina 361)), reputa, che quest'*actio*, come l'*actio ad exhibendum*, non sia che la *formula arbitraria* derivante da un interdetto

*ad exhibendum* solo rispetto a un requisito, che in quest'ultima consisteva appunto nella *facultas exhibendi*, e nell'*actio in factum* nella possibilità di permettere lo scavamento del tesoro. Così nemmeno quest'*actio in factum* sarà stata vincolata al *rerum actus*. Ora una dilatazione, per quanto in sè breve, che è inevitabile anche nelle più celeri discussioni giudiziarie su un diritto di azione, può divenir fatale per la sicurezza del tesoro, non appena è stata rivolta su di esso l'attenzione altrui. Perciò qui un interdetto proibitorio merita la preferenza: esso dà facoltà all'impetrante di recarsi immediatamente a eseguir le ricerche.

Con ciò, a quanto veggio, sono esauriti i casi, di cui ci è stata tramandata notizia, nei quali si avevano interdetti e azione a scelta <sup>94)</sup>.

Essi ci hanno fornito una importante illustrazione della funzione pratica della procedura interdittale.

116. <sup>95)</sup> Ma per quanto gli interdetti contribuissero ad accelerare il disbrigo delle liti cercato col loro mezzo, i Romani non si nascondavano punto, che l'effetto desiderato poteva in pratica andare a vuoto per l'ostinazione dell'impetrato. Da ciò poteva in talune circostanze derivare un danno irreparabile, e questa io credo sia la ragione, per la quale, per lo meno in certi casi, si permetteva, che il pretore o il *praeses* procedesse *extra ordinem, iure potestatis* <sup>95a)</sup>. Questo procedimento ci è attestato come concesso a scelta con l'interdetto *de migrando* e con l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum vel fideicommissorum nomine missus est*, anche nella sua applicazione alla *missio Antoniana*, e finalmente con l'interdetto utile, col quale il pretore or-

---

sibitorio, che il pretore mettendo da parte l'interdetto dava senz'altro, quando il convenuto dichiarava *se exhibiturum*.

<sup>94)</sup> Circa al non risultare dalla L. 11 § 6 D. *quod vi*, XLIII, 24 una concorrenza tra *actio* ed *interdictum restitutorium*, vedi sopra § 1838 num. 86 pagina 426 seg. (edizione tedesca parte II, pag. 48 seg). Finalmente circa al non essere l'*alia actio* promessa *causa cognita* nella L. 1 pr. i. f. D. *de superf.*, XLIII, 18, un'azione concorrente con l'interdetto possessorio *de superficibus*, ma un'*actio in rem* vedi L. 1 cit. §§ 3 e 6. DREGENKOLB, *Platzrecht und Mieth*e (Diritto di superficie e locazione), § 15 pag. 92 segg.

<sup>95)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 310-313 sotto il num. V.

<sup>95a)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 311 sotto il num. 1 pag. 313 sotto il numero 4.

dinava lo sgombro di beni ereditarii, che alcuno avesse acquistato *dolo malo* da una vedova ammessa nel possesso *ventris nomine*.

L. 1 §§ 1 et 2 D. *de migr.* XLIII, 32:

(ULP. lib. LXXIII, *ad ed.*) *Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare: nam colono non competit. § 2. Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum.*

L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4:

(ULP. lib. LII, *ad ed.*): *Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendum est in possessionem.*

L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4.

(ULP. lib. LXVIII, *ad ed.*): *Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius induendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. § 1. Constitutum est ab ANTONINO, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis. si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria executione.*

L. 1 § 2 D. *si ventris nom.* XXV, 5:

(ULP. lib. XXXIV, *ad ed.*): *Necessario praetor adiecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.*

Da questi frammenti apprendiamo nello stesso tempo, che della scelta così offerta venne fatto uso in diversa misura nei diversi casi di applicazione: l'interdetto *de migrando* andò effettivamente in disuso di fronte alla *extraordinaria subventio*; di fronte all'interdetto del fedecommissario viene raccomandata come migliore appunto questa via *potestatis iure*; per la *missio legatorum nomine* e la *missio Antoniniana*, a quanto sembra, venivano applicati in ugual misura

interdetto<sup>96</sup>) ed *extraordinaria exsecutio*; nella *missio ventris nomine* invece la via dell'interdetto era considerata come la più acconcia.

Questa *extraordinaria exsecutio*, come abbiamo accennato, si fonda sul *ius potestatis*, che qui senza dubbio fu messo in applicazione già nella repubblica. Quest'applicazione si giustificava di per sè con lo scopo affatto evidente. Per spiegarla non v'è punto bisogno di scorere in essa un fortuito avanzo della procedura originaria<sup>97</sup>). E per vero, non solo non v'è nessuna testimonianza a favore di tale opinione, ma l'ordine seguito nell'enumerazione della L. 5 § 27 cit. D. XXXVI, 4: *habet interdictum propositum aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est* — può servire anzi ad attestare, che la via originaria è l'interdetto. Sarebbe poi anche incomprensibile, perchè l'*extraordinaria exsecutio* avrebbe dovuto venir introdotta soltanto nei casi di applicazione isolati sopra detti.

Per converso la sua origine dalla *potestas* del magistrato non ha nemmeno per conseguenza, che questa *extraordinaria exsecutio*, quanto al suo concetto, abbia alcunchè di comune con l'*extraordinaria cognitio*, cioè con la cognizione esclusiva, che il *ius extraordinarium*,

<sup>96</sup>) Cfr. riguardo alla *missio Antoniniana* anche la L. 5 cit. § 23 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4.

<sup>97</sup>) Come fa Alfredo PERNICE, *Festgaben für Georg Beseler*, pag. 51 nota 3. Ma dei frammenti addotti in appoggio a questa opinione la L. 5 § 23 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4 nelle parole fatte rilevare dal PERNICE: *curandum est, ne vis fiat* — non parla di mezzi straordinarii, ma dell'estensione dell'interdetto istituito a tutela della *missio legatorum nomine* alla *missio Antoniniana* (vedi nota precedente); la L. 4 § 2 D. *de damn. inf.*, XXXIX, 2 dichiara inammissibile la *pignoris capio* da parte dei magistrati municipali, nel caso che non si permetta la presa di possesso al *damni infecti nomine missus*, indicando come mezzo qui acconcio un'*actio in factum*, perchè anche a difesa della *missio* ordinata dal pretore stesso si usa questa procedura, ma non contiene neppure una sillaba, che accenni, che si ha qui una innovazione; la L. 1 § 9 D. *quod. legat.*, XLIII, 3 tratta la questione, se il *Quod legatorum* sia ammissibile contro il *legatorum servandorum causa missus* eliminando due obiezioni sollevate, cioè: 1.° che quel *missus* sia soltanto detentore e non possessore giuridico, e 2.° che egli detenga dietro autorizzazione del pretore; di un'altra obiezione, che cioè qui abbia luogo un mezzo di difesa straordinario, essa tace completamente; finalmente sulla L. 5 cit. § 27 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4 vedi il testo. Cfr. O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ord. giudiz. rom.), pag. 512 nota 53 cc.

cioè il diritto fondato dalla legislazione imperiale e dal suo ulteriore sviluppo, assegnò ad alti magistrati a tutela di nuovi rapporti giuridici riconosciuti come tali <sup>98)</sup>. Come è evidente, che l'*extraordinaria subventio* data al conduttore in luogo dell'*interdictum de migrando* non si fonda sul *ius extraordinarium* <sup>98a)</sup>, così non possiamo dar per fondamento alla consimile difesa offerta al *fideicommissi nomine missus* il *ius extraordinarium*, come fa lo SCHMIDT <sup>99)</sup>, sebbene a questo appartenga il riconoscimento giuridico del fedecommessi, e non abbiamo ragione di considerare il suo impiego per il *legati nomine missus* come una pura e semplice applicazione desunta da quel caso d'immissione: chè anzi quest'ultimo deriva da un'applicazione della *missio legatorum nomine* ai fedecommessi <sup>99a)</sup>. Il motivo, pel quale ULPIANO nella *missio fideicommissi servandi causa* raccomanda la procedura dell'esecuzione forzata diretta, sta certo, precisamente come pel vantaggio pratico di questa procedura di fronte all'*interdictum de migrando*, nel fatto, che in ambedue i casi i requisiti del mezzo procedurale per lo più sono già liquidi mediante sufficiente cauzione del conduttore per i suoi obblighi derivanti dal rapporto di locazione, e l'*extraordinaria executio* conseguentemente affatto scevra d'ostacoli offre il mezzo di gran lunga più rapido. Perciò credo sia affatto insignificante la circostanza, che le fonti non raccomandano espressamente la medesima via anche per le *missiones legatorum nomine* e *Antoniniana*: dove i suoi requisiti esistevano incontestati, non v'era bisogno di nessun'altra raccomandazione per essa. Per contro nel caso della *missio ventris nomine* la via ordinaria dell'interdetto è la migliore, perchè qui di regola sarà ancora necessario appurare molti dati di fatto, il che può essere in certi casi assai complicato <sup>100)</sup>.

<sup>98)</sup> Cfr. O. E. HARTMANN, loc. cit. § 39 pag. 470 segg. § 41 pag. 493 segg.

<sup>98a)</sup> Di diversa opinione il PERNICE, *Festgaben*, pag. 62 alla nota 2 seg., il quale attribuisce quella *subventio* al *praefectus vigilum* allegando l'*inscriptio* della L. 9 D. *in quib. c. pign.*, XX, 2. Vedi in contrario O. E. HARTMANN, loc. cit. pag. 511 nota 53 a.

<sup>99)</sup> Loc. cit. pag. 312 seg.

<sup>99a)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 297 note 1 e 8, come pure pag. 422 nota 3 e pag. 364 nota 4. — Lo PFERSCHE, *Interdicte*, pag. 34 seg. vorrebbe limitare la *introductio per officiales* alla *missio fideicommissorum nomine*.

<sup>100)</sup> O. E. HARTMANN, loc. cit. pag. 511 segg.



In diretta contraddizione con questa nostra opinione il DEENBURG <sup>1)</sup> reputa, che la ragione, per la quale l'*extraordinaria subventio* era da preferirsi all'interdetto *de migrando*, sia, che quest'ultimo per l'inevitabile pericolo della *sponsio* e *restipulatio* era contrario all'equità là, dove potevano sorgere seri dubii sull'estinzione del debito del conduttore, sia per un qualsiasi malinteso circa l'ammontare del fitto, sia per contestazioni circa l'esistenza o l'entità di diritti a risarcimento di danni. In altri termini il DEENBURG stima l'*extraordinaria subventio* la procedura più acconcia tra due parti leali, involte solo in un errore di fatto, come egli stesso aggiunge: « soltanto là, dove la ritenzione proveniva manifestamente da mala fede del locatore, veniva ordinata ancora la procedura più rigorosa dell'interdetto ». Ma, a prescindere totalmente che questa sarebbe stata pure non meno acconcia nel caso opposto, quando era il conduttore, che si trovava in torto manifesto, — è in realtà la palese mala fede del locatore nelle liti circa la locazione così rara? e se non è tale, come può ULPIANO dire: *ergo infrequens est hoc interdictum?* E come s'accorda con l'opinione del DEENBURG, la quale dovrebbe pur valere ugualmente anche per le *extraordinariae executiones* delle *missiones legatorum* e *fideicommissorum servandorum causa*, il fatto che in queste viene con tanta insistenza fatta menzione dell'introduzione del *missus* nel possesso delle cose ereditarie *per viatorem*, *per officialem praesidis* *per magistratus*, *nonnunquam etiam per manum militarem?* Sarebbe da credere, che tolta l'incertezza che potesse esistere sui requisiti della *missio*, non dovrebbe esservi bisogno di alcun mezzo di questa specie di fronte a un uomo onesto. Oltre di che il pretore, il quale giusta l'opinione del DEENBURG sarebbe intervenuto *potestatis iure* soltanto quando lo stato delle cose non era liquido, avrebbe così posto un premio certo non indifferente per l'abilità spiegata da una parte male intenzionata nel rendere oscuro l'elemento di fatto. Se per di più teniamo presente, che le nostre fonti là, dove esse prendono in esame la procedura di quella *extraordinaria subventio*, parlano sempre solo dell'esecuzione dell'ordine del pretore (*per viatorem*, *per officialem praesidis*, *per magistratus introduendus est in possessionem*, *potestate*

---

<sup>1)</sup> *Das Pfandrecht* (Il diritto di pegno), vol. II, pag. 336.

*eius inducendus est, qui eum misit, iure potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem, uti extraordinaria executione, cogere praetoria potestate vel manu ministrorum*), e mai invece di una cognizione pretoria su di un intricato elemento di fatto, dobbiamo ritenere, che non si possa in alcun modo scorgere la differenza tra il *per interdictum ad ius ordinarium remittere* e quella *subventio extraordinaria* in prima linea nella differenza dell'istruzione giudiziaria e dell'uno e dell'altra; la differenza essenziale consisteva in ciò, che da un lato si aveva l'istruzione ordinaria, l'ordinaria condanna in denaro e l'ordinaria esecuzione forzata in conformità di tale condanna, e dall'altro lato l'esecuzione diretta subito applicata in base alla liquidità dei dati di fatto.

Questa costituiva la più rapida forma della decisione di una lite, e in ciò è riposta la sua intima giustificazione.

#### § 1839 a.

*Natura dei rapporti giuridici creati dalla difesa interdittale* <sup>1)</sup>.

117. Ogniqualevolta un qualunque rapporto di fatto costituisce un presupposto, a cui tien dietro come conseguenza l'emanazione di un interdetto, quel rapporto di fatto è divenuto per ciò appunto un rapporto di diritto, cioè un rapporto determinato giuridicamente <sup>2)</sup>. Non è in alcun modo necessario, che questa conseguenza si sia già verificata: per la determinazione giuridica del detto rapporto di fatto basta, che essa si preveda con giuridica necessità.

Del pari è irrefutabile, che colui, al quale è stato dato effettivamente un interdetto in nome proprio contro un determinato avversario, semprechè i requisiti di questo interdetto continuino a sussistere, ha acquistato al più tardi dall'emanazione dell'interdetto in poi un diritto subbiettivo, cioè il diritto, che l'interdetto venga osservato, e ove ciò non avvenga, che l'avversario sia condannato in

<sup>1)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 7 seg. sotto il num. III, pag. 189-206, pagina 314 seg.

<sup>2)</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch*, § 37 a.

conformità dell'interdetto. Che questo acquisto negli interdetti popolari non possa avverarsi prima, è cosa di per sè evidente; un diritto subbiiettivo dell'impetrante perciò non può concepirsi che in forza dell'interdetto ottenuto <sup>3)</sup>. Ma dovrebbe apparire non meno chiaro, che nell'epoca classica il diritto subbiiettivo dell'impetrante negli interdetti privati non sorgeva solo in forza dell'effettiva emanazione dell'interdetto, ma esisteva già appena si riscontrasse quel rapporto di fatto, a cui la legge attribuisce come sicuro effetto giuridico appunto l'emanazione dell'interdetto <sup>4)</sup>. Perocchè è evidente, che dal momento della piena esistenza di tal rapporto di fatto l'interessato ha acquistato in forza della legge la facoltà di domandare l'interdetto, ove occorra, e di costringere l'avversario a prestarvi obbedienza, e se ciò non avviene, di farlo condannare in base all'interdetto ottenuto <sup>5)</sup>.

In altri termini gli interdetti si palesano unicamente come una forma speciale di tutela dei diritti; ma per l'esistenza di un rapporto di diritto, che può esser tutelato con una citazione in giustizia, è affatto indifferente, che il mezzo di tutela, che per esso compete, abbia la forma di una *actio*, di una *restitutio in integrum* o di un *interdictum*; ciò che solo importa si è, che esista la facoltà giuridicamente sicura di invocare un tale mezzo. Questa affermazione, come per le azioni, vale anche per gli interdetti, in tutti i casi dal tempo, in cui la *lex Cornelia* dell'anno 687 di Roma aveva ordinato: *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent* <sup>6)</sup>. Abbiamo già ve-

<sup>3)</sup> Vedi sopra § 1835 num. 7 pag. 39 (ediz. ted. parte I, pag. 49).

<sup>4)</sup> È qui affatto indifferente, che ciò fosse stato detto espressamente, sia da un editto generale per tutti gli interdetti pubblicati (vedi sopra § 1838 num. 89 pag. 465 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 93 seg.)), sia da un editto speciale per ciascheduno di essi, oppure si considerasse come sottinteso di fronte all'istituzione di ciascun interdetto. Giacchè sarebbe stato addirittura insulso, se per es. la *promessa* dell'interdetto *de aqua aestiva* nell'editto per gli aventi causa (*Item inter heredes et emptores et bonorum possessores INTERDICAM* — L. 1 § 37 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20) avesse dato un diritto, e l'istituzione di un interdetto come tale invece no (L. 1 § 29 *cod.*).

<sup>5)</sup> Cfr. WINDSCHEID, loc. cit. § 37.

<sup>6)</sup> ASCON., *In Cornel. Or.*, pag. 58. KIESSLING-SCHORLL, pag. 52 (BRUNS, *Fontes*, ed. 5.<sup>a</sup> pag. 394 alla nota 5). DIONISIO CASS., XXXVI, 23 (BRUNS, loc. cit. nota 5). Cfr. BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 70 segg.

duto prima, che solo partendo da tale opinione può comprendersi il fatto, che il deiciente con l'*Unde vi* <sup>7)</sup>, colui *qui opus fecit* col *Quod vi aut clam* <sup>8)</sup>, il *consciis fraudis* con l'*interdictum fraudatorium* <sup>9)</sup> (per lo meno riguardo al pericolo) rispondono già dal momento dell'atto, che ha dato luogo all'interdetto, in un modo, che può paragonarsi all'obbligo del debitore posto in mora, — mentre viceversa il fatto, che negli altri interdetti sorge un obbligo per l'interesse solo con l'emanazione dell'interdetto, si spiega assai semplicemente con la ragione, che i Romani non hanno applicato agli interdetti quell'equità, sulla quale poggia tutta la dottrina della mora <sup>10)</sup>. L'opinione contraria, secondo la quale un effetto giuridico dell'interdetto, e segnatamente un obbligo dell'impetrato sorgerebbe solo con l'emanazione dell'interdetto, ci farebbe per di più assistere allo strano fenomeno, che per esempio il deiciente non sarebbe ancora obbligato, fintantochè l'*Unde vi* può esser domandato contro di lui, e invece decorso l'*annus utilis* assegnato alla domanda dell'interdetto risponderebbero senz'altro nella misura del suo arricchimento in forza dell'*actio in factum* <sup>11)</sup>, e che in forza di questa stessa azione alla sua morte entro l'*annus utilis*, sorgerebbe pei suoi eredi un obbligo per l'*id, quod ad eos pervenit*, che non aveva ancora punto esistito per lui! <sup>11a)</sup>. — E dappoichè certo già prima della *lex Cornelia* si era fondata la regola, voluta dal retto costume, che i pretori osservavano i proprii editti, ed in questi erano anche pubblicati gli interdetti in uso <sup>12)</sup>, la nostra affermazione deve valere per quell'epoca anteriore precisamente con non minor ragione, che non si abbia nel derivare per l'epoca posteriore alla *lex Cornelia* dei diritti subbiettivi dagli editti come tali. Anzi se v'è stato un tempo, nel quale i magistrati eserci-

7) Vedi sopra § 1838 e num. 103 pag. 579 (ediz. ted. parte II, pag. 244).

8) Vedi ivi pag. 583 seg. (ediz. ted. pag. 248 seg. e pag. 250).

9) Vedi ivi pag. 583 (ediz. ted. pag. 249).

10) Vedi ivi pag. 579 (ediz. ted. pag. 244 seg.).

11) Vedi sopra § 1837 b num. 80 pag. 390 (ediz. ted. parte I, pag. 520).

11a) Vedi sopra § 1837 num. 66 pag. 289 (ediz. ted. parte I, pag. 386 seg.)

nota 26.

12) Cfr. WLASSAK, *Edict und Klagform* (Editto e forma dell'azione), pagina 118.

tavano la loro giurisdizione secondo principii, i quali non erano pubblicati con affissioni, ma ciononostante venivano costantemente osservati, la nostra massima può affermarsi anche per quel tempo.

Da ciò consegue, che la L. 52 § 6 D. *de O. et A.* XLIV, 7:

(MODESTIN. lib. II, *regul.*) *Iure honorario obligamur ex his, quae ex edicto perpetuo vel (a ins M.) magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur*

nelle ultime parole (*vel a magistratu etc.*) non può in alcun modo venir riferita all'emanazione di interdetti pubblicati nell'editto<sup>13)</sup>. Perciò ove le si volesse così intendere esse formerebbero innegabilmente un contrapposto all'*ex edicto perpetuo obligari*; e non potendosi con ragione contestare, che, a prescindere dagli *interdicta proposita*, le restanti norme dell'editto, dirette a produrre delle obbligazioni, hanno effetto dal momento, in cui il rapporto di fatto, che esse

<sup>13)</sup> Come fanno lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 8, il BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 69 nota 35, G. HARTMANN, *Die Obligation*, pag. 146 nota 6.

Non si può nemmeno contrapporre il così frequente *interdicto teneri* a un *edicto teneri* (per es. nella L. 3 § 2 D. *de calumn.*, III, 6; L. 7 § 1 D. *de iurisd.*, II, 1; L. 1 § 2 D. *de eo, per quem fact.*, II, 10) come se il primo per la sua natura non potesse mai aver luogo prima dell'emanazione dell'interdetto. Io sono invece d'opinione, che l'*interdicto teneri* non ha altro senso, che l'*actione teneri* parimenti non raro (per es. GAIO, IV, 4; L. 3 Cod. *de transact.*, II, 4; L. 27 § 3 D. *de R. V.*, VI, 1 e per singole *actiones* per es. L. 52 § 2 D. *de furt.*, XLVII, 2; L. 1 § 24; L. 5 D. *si quod in fraud. patr.* XXXVIII, 5; L. 1 § 5 D. *de H. P.*, V, 3); e questo designa un obbligo, che può esser fatto valere col detto mezzo procedurale. Negli interdetti proibitorii il *teneri* non può cominciare *ante interdictum redditum* (cfr. sopra § 1837 num. 60 nota 46 pag. 262 (ediz. ted. parte I, pag. 349 seg.)); negli interdetti imperativi invece comincia non appena esistono i requisiti per la domanda dell'interdetto. Così nella L. 1 §§ 4, 6, 9, L. 2 § 4 D. *quod legat.*, XLIII, 3; L. 3 §§ 3, 4, 6 D. *de tab. exhib.*, XLIII, 5; L. 2 §§ 37, 39, 40 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; L. 1 § 14, 36, L. 16, L. 18 pr. D. *de vi*, XLIII, 16; L. 1 § 2, L. 6, L. 7 pr. §§ 2, 5, 9, 10, L. 9 §§ 2, 3, L. 11 pr. §§ 1, 3, 6, L. 13 § 7, L. 15 § 1, L. 18 pr., L. 21 § 1, L. 22 § 3 D. *quod vi*, XLIII, 24; L. 4 § 2, L. 8 § 8, L. 13, L. 22 pr., § 1 D. *de prec.*, XLIII, 26; L. 3 §§ 2, 3, L. 4 § 1 D. *de hom. lib. exh.*, XLIII, 29. Specialmente significativo pel senso affatto uguale dell'*actione teneri* e dell'*interdicto (restitutorio o exhibitorio) teneri* è l'essere essi posti insieme nella L. 13 § 2 D. *de usufr.*, VII, 1 e nella L. 3 § 2 D. *de alien. iud. mut. c.*, IV, 7.

regolano, esiste completo, rimarrebbe rispetto agli interdetti soltanto l'ipotesi, che essi obbligassero al più presto dal momento della loro emanazione per un dato caso pratico <sup>14</sup>). Per di più la detta contrapposizione di *edictum* e *interdictum* è già resa impossibile dal fatto, che le sponzioni derivanti dall'interdetto avevano la forma:

*si adversus EDICTUM praetoris vis facta est*

*si adversus EDICTUM fecisti*

*si contra EDICTUM praetoris non exhibuisti o restituisti* <sup>15</sup>).

Perocchè, qualunque sia la speciale relazione che bisogna immaginare a questo proposito, certo l'espressione in discorso accenna all'editto giurisdizionale del magistrato interdicante <sup>16</sup>).

L'annotazione di OTTONE HARTMANN, dal quale ho tolto il surriferito argomento delle sponzioni, propende a spiegare l'*a magistratu fieri praecipì vel fieri prohiberi* col vedervi significati degli ordini speciali del magistrato, per esempio l'ordine diretto al legatario, dopo che è stata data sufficiente garanzia, di lasciare il possesso di cose ereditarie preso in seguito alla *missio legatorum servandorum causa: decedere iubeo* <sup>17</sup>); o il divieto di alienare tali cose: *deminui veto* <sup>18</sup>). Ma ciò a nulla giova! Quell'ordine è da parte sua tutelato a sua volta da un interdetto <sup>19</sup>); questo divieto, a quanto io veggo, non ha effetto obbligatorio, ma rende nulla, *iure praetorio*, l'alienazione con-

<sup>14</sup>) Questa del resto sembra sia l'opinione dominante, anche affatto indipendentemente da quella interpretazione della L. 52 § 6 cit. HUSCHKE, *De causa Silianiana*, pag. 11 (negli *Studien des Röm. Rechts*, vol. I, pag. 10). ZIMMERN, *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.), pag. 226 alla nota 8. HASSE, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* (Museo renano di Giurisprudenza), vol. VI, pag. 196 seg. HUSCHKE, *Gaius*, pag. 201. Cfr. del resto lo stesso, *Multa und Sacramentum*, pag. 72 seg.

<sup>15</sup>) Vedi sopra § 1833 a num. 89 pag. 462 seg. (edizione tedesca parte II, pag. 88 seg.).

<sup>16</sup>) Vedi sopra § 1833 a num. 89 pag. 464 segg. (edizione tedesca parte II, pag. 92 segg.).

<sup>17</sup>) L. 11 D. *ut legat.*, XXXVI, 3.

<sup>18</sup>) Per esempio L. 7 pr. D. *de iure delib.*, XXVIII, 8.

<sup>19</sup>) Vedi sopra § 1833 num. 4 nota 70 in fine pag. 24 (ediz. ted. parte I, pag. 32) § 1833 num. 86 alla nota 71 segg. pag. 427 segg. (ediz. ted. parte II, pag. 42 segg.).

traria al divieto<sup>20</sup>). S'intende di per sè, che non può nemmeno pensarsi a cauzioni pretorie<sup>21</sup>): qui una vera obbligazione sorge solo dalla stipulazione contratta in seguito all'ordine dell'autorità, quindi *iure civili*.

La vera spiegazione credo si debba desumere, secondo un'altra annotazione di OTTONE HARTMANN, dal significato dell'*edictum perpetuum* in bocca a MODESTINO. Questo termine designa qui non più l'editto giurisdizionale pubblicato dal magistrato per la durata della carica, oh'egli sta per assumere, ma la redazione dell'editto di GIULIANO<sup>22</sup>). In contrapposizione a questa redazione sanzionata da un senatoconsulto, l'*a magistratu* accenna alle aggiunte, a far le quali i magistrati furono espressamente autorizzati da ADRIANO, per colmare le lacune dell'*edictum perpetuum*<sup>23</sup>), sia che si scorga in ciò col RUDORFF<sup>24</sup>) l'autorizzazione ad apporre tali aggiunte all'*edictum perpetuum* sempre pubblicato di nuovo da ogni nuovo magistrato, sia che, ben meglio col KRÜGER<sup>25</sup>), vi si vegga solo quella di procedere a modo delle *actiones utiles* non pubblicate nell'editto.

20) L. 26 D. *de C. E.*, XVIII, 1, cfr. L. 7 § 5 D. *pro empt.*, XLI, 4; L. 12 D. *de usurp.*, XLI, 3. Cfr. il mio articolo nella *Zeitschrift für das Privat und öffentlichen Recht der Gegenwart* (Rivista per il dir. priv. e pubbl. odierno) del GRÜNHUT Vol. IV pag. 682 seg.

21) Un esempio di una tale cauzione di contenuto negativo è la *cautio amplius non peti*.

22) Cfr. L. 7 § 1 D. *de appell. recip.*, XLIX, 5 (PAUL.); L. 3 *Cod. de ed.*, II, 1 (SEVER. et ANTON.); L. 2 C. *de in ius voc.*, II, 2 (GORDIAN.); L. 2 § 1 *Cod. de cond. insert.*, VI, 46 (SEVER. et ANTON.). KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts* (Storia delle fonti e letteratura del diritto romano) § 13 nota 35 pag. 91.

23) *Const. Δ'ὄρκου* § 18: εἰ τε παρὰ τὸ διαταχθένον ἀνασέβει, προσήκον ἔστιν τοῖς ἀρχαῖς τοῦτο περὶ τὰ διατρεῖν καὶ ἑσαπεῖν γὰρ τὸν εἰς τὸν ὄρκον διαταχθένον ἀκολουθεῖν.

24) *Rechtsgeschichte* (St. del dir.), vol. I § 97 alla nota 7 pag. 269, allegando GAIUS, I, 6; *ius autem e licendi habent magistratus populi Romani*.

25) *Loc. cit.* pag. 86 nota 8 messo in correlazione con pag. 91 alla nota 34 dopo *Const. Tanta* § 18: *divus HADRIANUS in compositione edicti et senatus consulto, quod eam seculum est, hoc apertissime definivit, ut si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas*. Questa auctoritas secondo l'osservazione che precede: *et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniat, ab imperiali sanctione hoc repletur*

Col riferire la L 52 § 6 D. *de O. et A.*, XLIV, 7 agli interdetti si viene nello stesso tempo a distruggere la prova, che si vuol da essa desumere a dimostrare, che tutti gli interdetti fondavano delle obbligazioni.

Nè meglio regge la prova, che per questo effetto vorrebbero scorgere lo ZIMMERN <sup>26)</sup> ed altri <sup>27)</sup> nella L. 1 § 3 D. h. t.:

(ULP. lib. LXVII, *ad ed.*) *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

Perocchè, come ha dimostrato lo SCHMIDT, queste parole vogliono invece dire, che tutti gli interdetti, anche quelli concepiti impersonalmente, vengono diretti personalmente all'impetrato <sup>28)</sup>.

La questione circa l'effetto giuridico degli interdetti è dunque ancora affatto insoluta. Noi abbiamo avuto più volte occasione di delibarne l'esame in alcuni punti <sup>29)</sup>; ora è tempo di imprenderne la piena trattazione.

Se in un'epoca qualsiasi l'emanazione di un interdetto dipese giuridicamente dalla pura volontà del magistrato giurisdizionale, per tale epoca l'effetto di quest'emanazione non può certo designarsi altrimenti che col dire, che essa da un lato obbligava l'impetrato all'obbedienza, dall'altro lato dava all'impetrante il diritto personale di pretendere dal suo avversario l'obbedienza all'interdetto, ed eventualmente di domandarne la condanna in conformità dell'interdetto: in altri termini che essa fondava un diritto di obbligazione dell'impetrante di fronte all'impetrato. Ma anche per quest'epoca sarebbe erroneo il concepire quel diritto d'obbligazione in generale come obbligazione

---

è lo stesso imperatore. Cfr. L. 10 D. *de leg.*, I, 3 (JULIAN), L. 11 *eod.* (Id.): *et ideo de his, quas primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum.*

<sup>26)</sup> *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.) § 72 pag. 226 alla nota 9

<sup>27)</sup> HASSE, *Rhein. Mus.* (Museo Renano), vol. VI pag. 198. SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso), § 6, 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 48 seg., nota 1.

<sup>28)</sup> Vedi sopra § 1833, num. 3, pag. 16 (ediz. ted. parte I, pag. 21) alla nota 43.

<sup>29)</sup> Vedi sopra § 1837 *b* num. 79, pag. 383 seg. (ediz. ted., parte I pag. 511 seg.), § 1838 *d* num. 100, pag. 557 (ediz. ted., parte II, pag. 215 seg.), § 1833 e num. 103, pag. 579 (ediz. ted., parte II, pag. 244 segg.).



*ex delicto* per la ragione, che l'obbligo dell'impetrato ha origine dalla sua disobbedienza al comando del magistrato, che lo colpisce <sup>30</sup>). Questa sarebbe una manifesta confusione dell'obbligo d'esser condannato nel caso di disobbedienza con l'obbligo di ottemperare all'interdetto stesso: e qui si tratta solo di quest'ultimo. Supponiamo per esempio un interdetto col contenuto del *Quorum bonorum* dell'editto creato più tardi, emanato per deliberazione spontanea del pretore contro un possessore di cose materiali dell'eredità, il quale per motivi apparentemente buoni crede di essere l'*heres* del *de cuius*: qui non si può mai scorgere nel suo possesso delle cose dell'eredità una colpevole violazione di diritto, che spieghi nella sua sostanza l'obbligo alla restituzione di quelle cose, fondato nella forma sull'interdetto emanato. Nemmeno per l'obbligo derivante da interdetti proibitorii dell'indole in discorso si può riconoscere senz'altro il carattere di obbligazione *ex delicto*; la violazione di un divieto dell'autorità può benissimo accadere senz'alcuna colpa subbiettiva, anche senza alcuna imputabile negligenza. A questo riguardo basterà rimandare i lettori agli argomenti esposti sopra <sup>31</sup>). Se dunque noi non vogliamo contentarci di porre tutte insieme senza distinzione le obbligazioni derivanti dagli interdetti emanati di moto proprio, che pel momento sono i soli, di cui facciamo questione, e chiamarle obbligazioni *ex bene placito* del magistrato, noi dovremo, per farne la distinzione, risalire appunto ai motivi, che presumibilmente hanno indotto in ciascun caso il pretore ad emanare quegli interdetti.

E tanto più dovremo noi far ciò riguardo agli interdetti introdotti nella procedura <sup>32</sup>), in quanto essi danno luogo a delle obbligazioni. Nel farlo noi possiamo rispetto a più d'essi valerci di dettami

<sup>30</sup>) In LEIST, *Bonorum possessio*, vol. I, pag. 354, è detto anzi incidentalmente, che « gli interdetti propriamente sono diretti soltanto contro chi è consapevole della sua colpa ». E questa, come osserva lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 189 alla nota 1, non è che l'espressione dell'idea oscuramente concepita, che gli interdetti sono tutti azioni *ex delicto*. — Se ben comprendo la sua esposizione in certo modo confusa, anche lo ZIMMERN, loc. cit. pag. 225, reputa, che tutte le azioni derivanti da interdetti siano azioni *ex delicto*, facendole egli nascere dalla disobbedienza al comando concreto del pretore.

<sup>31</sup>) § 1833 d num. 100 pag. 558 (ediz. ted., parte II pag. 216).

<sup>32</sup>) Così giustamente lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 190.

delle fonti, i quali parte definiscono espressamente la natura dell'atto, che provoca l'interdetto<sup>33</sup>). parte attestano certe proprietà dell'interdetto, dalle quali si può trarre, con maggiore o minore sicurezza, una conclusione circa tale natura. Così la forma di interdetto nosale<sup>34</sup>), che si riscontra nell'*Unde vi* e nel *Quod vi aut clam*, indica la natura di delitto degli atti sottoposti all'interdetto; e così pure la restrizione, notificata in questi due e nel *fraudatorium*, dell'obbligo dell'erede all'*id, quod ad eum pertinet*<sup>35</sup>), e la prescrizione in un *annus utilis* parimenti stabilita dalle fonti per sunnominati tre interdetti<sup>36</sup>); come pure finalmente lo stesso obbligo, riconosciuto in questi appunto, dal momento, in cui l'atto è commesso<sup>37</sup>). Del resto appare nello stesso tempo chiaro, qual piccolo guadagno si ottenga con una classificazione di tal genere: come sappiamo, l'interdetto *de vi armata* non si prescrive; e il *fraudatorium* obbliga bensì dal momento, in cui nasce, pel pericolo, ma non per l'altro interesse.

In tutti i casi nemmeno la più accurata classificazione delle obbligazioni prodotte da interdetti ci solleva al di sopra della questione già posta, se tutti i rapporti giuridici creati dalla tutela interdittale siano delle obbligazioni e soltanto obbligazioni. Ed è precisamente questo quesito, che noi crediamo di dover risolvere negativamente.

Quantunque sia la difesa mediante interdetto promessa in modo giuridicamente sicuro per un rapporto qualsiasi per l'innanzi privo

<sup>33</sup>) Così le L. 5 D. h. t. (vedi sopra pag. 332 (ediz. ted., parte I pag. 444), L. 19 D. *de vi*, XLIII, 16, nelle quali deiezione e *vi aut clam factum* viene chiamato *delictum*. Vedi inoltre L. 2, L. 3 pr. D. *quod vi*, XLIII, 24, in cui l'autore dell'atto è detto *delinquens*; L. 1 §§ 14 seg. *de vi*, XLIII, 16, dove la deiezione è detta *maleficium*; L. 1 cit., § 43, L. 3 pr. *ead.*, dove la stessa è detta *facinus*. SCHMIDT, loc. cit. pag. 192.

<sup>34</sup>) Vedi sopra § 1837, num. 72 pag. 332 segg. (ediz. ted., parte I pag. 444 e seguenti).

<sup>35</sup>) Ivi num. 66, pag. 288 segg. (ediz. ted., parte I, pag. 386 seg.) alla nota 24 segg.).

<sup>36</sup>) Vedi sopra § 1837 b num. 77 pag. 366 (ediz. ted., parte I, pag. 489 seg.). — Cfr. anche sopra § 1835 num. 12 pag. 63 (ediz. ted., parte I, pag. 83 seg.) ciò che è stato detto riguardo alla trasmissibilità attiva nell'erede dell'*Unde vi*.

<sup>37</sup>) Vedi sopra alla nota 7 fino a nota 9.

di difesa ciò, che fa di questo rapporto un rapporto giuridico, pure la sua speciale natura giuridica è determinata, non dalla generale forma interdittale della sua difesa, ma dal contenuto speciale del diritto dato mediante la difesa per questa data classe di rapporti. Il rapporto munito della difesa interdittale è adunque obbligatorio, solo allorché esso dà all'impetrante unicamente il diritto a una prestazione di valore patrimoniale di fronte a una determinata persona, sia quest'ultima designata una volta per tutte da un fatto appartenente al passato, come per esempio il deiciente dalla deiezione nell'*Unde vi*, sia essa, in modo analogo a quello dell'obbligatoria *actio in rem scriptam*, designata da una circostanza soggetta a cambiamento, in specie dalla materiale facoltà di disporre di una cosa, come per esempio colui, *penes quem tabulae testamenti sunt*, nell'interdetto *de tabulis exhibendis*. Il rapporto munito della difesa interdittale è invece non obbligatorio, allorché esso dà all'impetrante un dominio su cose o persone, il quale deve essere riconosciuto o da ogni terzo, oppure da ogni terzo non particolarmente ecettuato, o infine per lo meno da un'intera classe di terzi.

Se la proprietà, invece che dalla *rei vindicatio*, fosse difesa da un interdetto restitutorio concepito a un dipresso così:

*Quam rem, quae illius est ex iure Quiritium, tu possides, eam illi restituas,*

evidentemente nulla sarebbe con ciò mutato alla natura giuridica della proprietà: essa continuerebbe ad essere un diritto reale immediato, e noi moderni, che siamo avvezzi a classificare le azioni secondo i diritti da esse difesi, dovremmo senza dubbio qualificare quell'interdetto come reale. Nello stesso modo che non ci verrebbe in mente di voler chiamare un'obbligazione l'effetto della *rei vindicatio* per la ragione che, quando essa viene esercitata, il possessore di una cosa altrui viene obbligato a restituirla, così non potremmo dar tal nome all'effetto di quell'interdetto.

Ora le cose stanno forse altrimenti per esempio nel *Quorum bonorum*? Per quante aggiunte d'indole obbligatoria abbia accolte con l'andar del tempo l'*hereditatis petitio*, segnatamente mercè il *senatus consultum Iuventianum*, essa è pur sempre rimasta un'azione non ob-

bligatoria, ed è stata invece l'azione destinata a tutelare il diritto di successione nel suo insieme. Con perfetta analogia anche il *Quorum bonorum*, il quale per di più, eccetto l'obbligo indicato espressamente nella sua formula per le cose già usucapite *pro herede* e pel *dolo desisse possidere*, non comprende *personales praestationes*<sup>38)</sup>, è un interdetto non obbligatorio creato a tutela della *bonorum possessio* nel suo insieme. E lo stesso è per l'interdetto *Quod legatorum*, il quale completa il *Quorum bonorum* diretto contro il *possessor pro herede* o *pro possessore*, tutelando la *bonorum possessio* contro chiunque prenda possesso di proprio arbitrio di cose ereditarie, come vero o presunto legatario, cioè *titulo singulari*<sup>39)</sup>.

Ma nemmeno gli interdetti creati a tutela del possesso e quasipossesso già esistente di diritti reali sono mezzi procedurali di natura obbligatoria. Perocchè i rapporti tutelati da essi non sono diritti di obbligazione. Niente forse ha impedito maggiormente la retta intelligenza degli interdetti *retinendae possessiones*, quanto l'opinione erronea, che tutti gli interdetti possessorii siano azioni *ex delicto*<sup>40)</sup>, tanto più che da quella supposta natura dei mezzi di tutela del possesso si cercava di determinare l'essenza del possesso<sup>41)</sup>. Si sarebbe dovuto al contrario definire innanzi tutto la natura del possesso; l'indole degli interdetti possessorii puri sarebbe dopo ciò risultata chiara di per sè. Come abbiamo già accennato sopra<sup>42)</sup>, non è questo il luogo di riprendere tale ricerca; dobbiamo limitarci a riconoscere la natura reale del possesso, e a dichiarare conseguentemente gli interdetti *retinendae possessionis* interdetti reali. E giacchè

<sup>38)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 19, pag. 97 (ediz. ted., parte I, pag. 128), § 1837 b num. 79 nota 43, pag. 335 (ediz. ted., parte I, pag. 513), § 1838 e num. 103 pag. 581 (ediz. ted., parte II, pag. 246).

<sup>39)</sup> LENEL, *Ed. perp.*, pag. 228 seg.

<sup>40)</sup> Questa, com'è noto, è la fatale opinione del SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (Dir. del possesso) § 6. Cfr. in proposito IHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes* (Sul fondamento della tutela del possesso) 2.<sup>a</sup> ediz., pag. 92.

<sup>41)</sup> Come ha fatto il SAVIGNY, l. c. 7.<sup>a</sup> ediz., pag. 48 dicendo, che « il possesso appartiene al diritto delle obbligazioni » e deducandone espressamente, che esso deve perciò esser separato « da ogni diritto reale ». Vedi in proposito la giusta osservazione del BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 370.

<sup>42)</sup> § 1837 b num. 79, pag. 334 (ediz. ted., parte I, pag. 512).

del resto anche con quella opinione erronea degli interdetti possessorii non si è potuto disconoscere l'affinità dell'*Uti possidetis* con la *negatoria in rem actio* <sup>43)</sup>, noi dobbiamo senza alcuna esitazione affermare, che quell'interdetto nel suo effetto recuperativo riunisce rispetto al possesso con quella funzione, che ha la *negatoria* rispetto alla proprietà, la funzione, che appartiene alla *rei vindicatio* rispetto alla proprietà. E se quest'ultima funzione dell'interdetto, cioè il riacquisto del possesso, si limita a colui, che possiede *iniuste* dall'impetrante, ciò non solo non contraddice a quanto affermiamo, ma si spiega come una conseguenza necessaria del fatto, che, conformemente al suo concetto, anche il diritto del possesso cessa con la perdita del suo rapporto di fatto trasmettentesi in un'altra persona, che lo acquista *iuste*.

Come diritto reale deve inoltre considerarsi il rapporto, che sorge con la concessione della *missio* al *missus* su quelle cose, alle quali si riferisce la *missio*. Infatti il contenuto di questo diritto è, che la persona immessa può prendere la detenzione di quelle cose e difenderla di fronte ad ogni terzo; quelle cose sono per tal modo soggette alla sua signoria giuridica. Ed è appunto questo diritto, che vien fatto valere con gli interdetti proibitorii istituiti a tutela delle *missiones legatorum servandorum, ventris e damni infecti nomine*; i quali sono perciò di natura reale. È diverso per l'*actio in factum*, con la quale il *rei servandae causa missus* domanda il risarcimento di danni per l'impedimento o per la turbativa nell'effettuazione della sua *missio*: questa è una vera azione obbligatoria: essa fa valere il diritto di obbligazione, che è nato pel *missus* verso chi impedisce o disturba, — affatto nello stesso modo, che l'*actio legis Aquiliae* spettante al proprietario non è un'azione reale, ma un'azione obbligatoria.

Per la stessa ragione dobbiamo chiamare obbligatorii i rapporti tutelati mediante gli interdetti *de migrando* e *Salvianum*. Il primo tutela il diritto d'obbligazione del conduttore di fronte al locatore, essendo diretto a che il secondo permetta al primo di asportare dall'abitazione gli *invecta et illata* non sottoposti al vincolo pignoratizio

<sup>43)</sup> Vedi SAVIGNY, loc. cit. § 37, 7.<sup>a</sup> ediz., pag. 400 seg. alla nota I della pag. 401 e l'Appendice num. 133 del RUDORFF a questo proposito pag. 696 seg.

per la *obligatio locati*, o non più soggetti a tal vincolo; non è che una forma più efficace dell'azione *ex contractu*, per far valere questo diritto di obbligazione <sup>44</sup>). Il *Salvianum* poi non fa valere un diritto di pegno reale, cioè di natura da sottoporre le cose pignorate direttamente alla signoria del locatore, e valido contro ciascuno, sulle cose dell'inventario del conduttore (un tal diritto non fu creato che con l'istituzione della *actio Serviana*), ma unicamente il diritto personale, che è sorto pel locatore di fronte al conduttore in forza della pignorazione, tendente a far sì, che questi permetta al primo di prender possesso degli oggetti pignorati. Tutti e due questi interdetti sono adunque obbligatorii.

In questo luogo noi crediamo di doverci limitare in tutto agli esempi suddetti, bastando qui l'aver chiarita la varietà dell'indole degli interdetti. La ripartizione dei singoli *interdicta privata* di diritto patrimoniale nelle varie classi, a seconda della diversità dei rapporti da essi tutelati, dev'esser rimandata alla parte, in cui tratteremo dei singoli interdetti. Tanto più che si manifestano a tale proposito delle divergenze d'opinioni, le quali non possono venire appianate senza un tale esame a fondo <sup>45</sup>).

Qui però occorre parlare ancora di tre classi di interdetti:

- 1.° quelli di diritto familiare;
- 2.° i proibitorii di natura obbligatoria, e
- 3.° gli interdetti popolari.

118. A tutela dei diritti familiari servono, come abbiamo veduto <sup>46</sup>), gli interdetti *de liberis exhibendis e ducendis*, e *de liberto exhibendo*. Certo anche in essi la condanna ha per oggetto l'interesse patrimoniale, che lo avente potestà, ha negli acquisti del figlio di

---

<sup>44</sup>) Vedi sopra § 1837, num. 67, pag. 293 (ediz. ted., parte I, pag. 392) alla nota 42.

<sup>45</sup>) Ricordo qui la mia disquisizione sulla natura dell'obbligazione del precarista, che io reputo un obbligo derivante da ingiustificata detenzione di una cosa, analogamente all'arricchimento soggetto alla *condictio sine causa* (*Archiv für die Civilist. Praxis* (Archivio di pratica civile) vol. LIX, pag. 221 segg.) e la forte opposizione, che essa ha trovato.

<sup>46</sup>) Sopra § 1835 num. 9, pag. 48 segg. (ediz. ted., parte I, pag. 61 segg.).

famiglia, e il patrono nelle *operae officiales* dello schiavo manomesso<sup>47)</sup>. Ma ciò non prova assolutamente nulla per la natura obbligatoria di questi interdetti. Perocchè anche nella *vindicatio* di un *filiusfamilias* la *condemnatio* aveva per oggetto l'interesse patrimoniale del rivendicante vincitore, anzi, com'è da presumere, in ancor maggior misura, inquantochè qui veniva computato non solo l'acquisto venuto meno a chi ha la potestà dal momento della contestazione della lite, ma tutto ciò, che il figlio di famiglia aveva in realtà già prima acquistato, o avrebbe potuto acquistare dal momento della sua *mala fides*<sup>48)</sup>. Cionondimeno nessuno vorrà scorgere in questa *vindicatio* un'azione di natura obbligatoria.

E come sia vero, che negli interdetti in discorso la decisione pregiudiziale circa il diritto di famiglia affermato dall'impetrante è l'essenziale, risulta chiaro dalla portata della sua forza di cosa giudicata, la quale nel caso di disconoscimento della potestà patria non resta limitata alle parti della lite, ma ha effetto generalmente<sup>49)</sup>. Nelle *actiones legis Aquiliae* e *furti* di chi afferma di avere la patria potestà per un *damnum iniuria datum* o un *furtum* commesso nella persona del suo presunto figlio di famiglia il disconoscimento della *patria potestas* avrebbe certo avuto forza di cosa giudicata soltanto tra le parti. Quell'interdetto quindi non è propriamente che un mezzo processuale, che serve a far valere la patria potestà. E lo stesso deve logicamente ammettersi per gli altri due interdetti.

119. Gli obblighi derivanti da quei divieti legali o edittali, che sono tutelati mediante semplici *actiones* di risarcimento, sono in realtà, come tutte le cosiddette *obligationes in non faciendo*, obbligazioni aventi per oggetto l'interesse, che si ha, a che venga o messo il *facere* contrario. Questo *facere* forma in altri termini la condizione dell'obbligazione, e s'intende quindi di per sè, che l'*actio* derivante

<sup>47)</sup> Vedi sopra § 1838 b num. 93, pag. 506 seg. (edizione ted., parte II, pagina 148 seg.).

<sup>48)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 14, pag. 77 seg. (ediz. ted., parte I, pag. 102) nota 17.

<sup>49)</sup> L. 1, § 4 D. *de lib. exh.*, XLIII, 30 (vedi sopra pag. 359 (ediz. ted., parte I, pag. 480): *ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum*. WINDSCHEID, *Lehrb.*, vol. I, § 132 nota 7.

da una tale obbligazione è *nata* solo allorquando esiste una contravvenzione <sup>50)</sup>.

Un interdetto proibitorio obbligatorio, ove esistano gli altri suoi requisiti, può invece esser già domandato con effetto giuridico, quando non ha ancora punto avuto luogo un atto della specie, che dev'esser vietata all'impetrato con l'interdetto <sup>51)</sup>. Senonchè quell'effetto consiste principalmente solo in una coazione dell'impetrato ad astenersi dagli atti vietatigli, e non ancora in un suo obbligo a una prestazione, perseguibile in giudizio. Quest'obbligo esiste solo quando, malgrado il divieto intimato personalmente, ciò ch'era stato vietato è avvenuto; solo così si ha la possibilità di una *condemnatio*, la quale, a prescindere dalla procedura della sponsione, ha per oggetto l'interesse. L'obbligazione, che sorge dall'emanazione dell'interdetto, non è quindi anch'essa che un'obbligazione condizionata a un atto contrario all'interdetto, all'interesse, che si ha, a che tale atto non venga commesso. Rispetto alla cosa principale l'emanazione dell'interdetto ha quindi precisamente lo stesso effetto, che ha senz'altro il divieto posto sotto lo tutela di un'azione di risarcimento <sup>52)</sup>.

Tuttavia il divieto espresso mediante l'istituzione di un *interdictum prohibitorium* paragonato a quello espresso con l'istituzione di un *actio* ha pur sempre due peculiarità: da un lato esso ottiene forza obbligatoria solo con la ripetizione personale in ciascun dato caso; dall'altro lato il diritto a tale emanazione esiste non appena esistono i requisiti edittali dell'interdetto.

120. Come abbiamo già fatto notare sopra <sup>53)</sup>, non si può in nessun caso concepire un diritto subbiettivo dell'impetrante in base a un interdetto popolare, prima ch'esso abbia ottenuto l'interdetto. Fondandosi quindi questo diritto subbiettivo come tale unicamente sull'im-

---

<sup>50)</sup> Cfr. la mia notizia di G. RÜMELIN, *Die Theilung der Rechte* (La divisione dei diritti) nelle *Göttinger gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Göttinga) 1853, pag. 818 seg. Vedi anche BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 69 seg. G. HARTMANN, *Die Obligation*, pag. 146 nota 6.

<sup>51)</sup> Vedi sopra § 1837, num. 60, pag. 260 segg. (ediz. ted., parte I, pag. 347 e seguenti).

<sup>52)</sup> BEKKER, e G. HARTMANN, loc. cit.

<sup>53)</sup> Num. 117 (ediz. ted., parte II, pag. 386) prima della nota 3.



partizione dell'interdetto in un dato caso, e non potendosi in alcun modo farlo risalire a un diritto proprio dell'impetrante, s'intende di per sè, che esso sussiste solo contro la persona dell'impetrato. In altri termini esso è sempre e necessariamente di contenuto obbligatorio. Semprechè possano considerarsi come esistenti i requisiti dell'interdetto ottenuto, l'impetrante di un interdetto imperativo in forza dell'emanazione di questo ha acquistato immediatamente un diritto di obbligazione incondizionato alla restituzione o esibizione comandata all'impetrato. Dall'emanazione di un interdetto popolare proibitorio invece nasce per l'impetrato, come abbiamo dimostrato al num. 119, dapprima solo un diritto di obbligazione, condizionato alla lesione del divieto, avente per oggetto l'interesse dell'impetrante all'osservanza di quel divieto.

È forse anche superfluo osservare, che lo scopo degli interdetti popolari non è di creare un diritto di obbligazione, incondizionato o condizionato, per l'impetrante. La creazione di un tal diritto non è che il mezzo per assicurare il vero scopo dell'interdetto istituito nell'editto. E questo scopo consiste nel creare nell'interesse pubblico una difesa assoluta per un determinato rapporto. In forza dell'istituzione nell'editto dell'interdetto popolare, questo rapporto stesso è divenuto un rapporto tutelato dal diritto privato, cioè un rapporto giuridico del diritto privato, e come tale forma la base per l'interdetto impetrato in un dato caso pratico.

#### § 1840.

##### *Fine della procedura interdittale* <sup>1)</sup>.

121. Alcuni rescritti degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO degli anni 293-304 attestano, che in varii casi, in cui secondo il diritto classico aveva applicazione la procedura interdittale, si procedeva allora *secundum sententiam interdicti, interdicti exemplo, secundum edicti Quorum bonorum tenorem, ad instar interdicti*.

---

<sup>1)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 321-347.

L. 1 § 1 Cod. *quod legat.*, VIII, 3:

— *si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo, quem adseveras testatori successisse et bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit, SECUNDUM SENTENTIAM INTERDICTI, quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisfactione, quam praestari oportet, in possessione constitui, ut ita retentione competentis utaris, experiri potes. XVI Kal. Ian. AA. Conss. (293).*

L. 2 Cod. *unde vi*, VIII, 4:

*Vi pulsos restituendos esse INTERDICTI EXEMPLO, si necdum annus excessit, certissimi iuris est, et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit. AA. Conss. (293).*

L. 2 Cod. *quor. bon.*, VIII, 2.

*Si ex edicto sororis patruelis intestato sine liberis defunctae recte petita bonorum possessione quaesisti successionem ac negotium integrum est, quae cum moreretur eius fuerunt, SECUNDUM EDICTI QUORUM BONORUM TENOREM ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet. VI Kal. April. CC. Conss. (294).*

L. 4 Cod. *Unde vi*, VIII, 4:

*Si de possessione vi deiectus es, eum et legis Iuliae vis privatae reum postulare et AD INSTAR INTERDICTI UNDE VI convenire potest, quorum causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur. IV Id. April. CC. Conss. (294).*

L. 17 Cod. *de A. E. et V.*, IV, 49:

(DIOCLET. et MAX. AA. et CC.). *Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere ius in eo negatis, profitentes nullam vobis adversus eum, ex cuius venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. igitur AD INSTAR INTERDICTI seu actionis promissae experiendum esse perspiciatis (s. d. et c., 293-304)<sup>2)</sup>.*

<sup>2)</sup> Non può servir di prova la L. 3 Cod. *de lib. ezh.*, VIII, 8: *Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris, rector aditus*

I rapporti di fatto, che vengono giudicati in questi rescritti, sono compresi perfettamente nelle formule interdittali pubblicate nell'editto; perciò è assolutamente escluso, che i termini in discorso possano riferirsi a interdetti utili: essi possono riferirsi solo a una procedura, che non era più la procedura interdittale vera e propria. E infatti un altro rescritto di quegli imperatori lo dice espressamente.

L. 3 Cod. *de interd.*, VIII, 1:

*Incerti iuris non est, orta proprietatis et possessionis lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de domini disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. V Kal. Ian. AA. Cons. (293).*

Come qui si vede, in *extraordinariis iudiciis* non hanno più luogo interdetti in senso proprio; però la discussione in giudizio è fatta sul loro modello.

Questa dichiarazione è confermata dalle Istituzioni di GIUSTINIANO. Le parole del pr. I. *de interd.*, IV, 15:

*ERANT autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut IUBEBAT aliquid fieri aut fieri PROHIBEBAT,*

riferendosi al passato fan noto, che non avevano più luogo interdetti; e il motivo della loro scomparsa è spiegato nel § 8 *cod.*:

---

*provinciae suam vobis accommodabit notionem. XII Kal. Dec. A. A. Cons. (293).* Infatti, se si può ritener per giusta la lezione del nome della persona, a cui è diretto il rescritto « *Eccliae* », accettata dal KRÜGER secondo i codici *Pistoriensis* (P. saec. X-XI), *Parisiensis emendatus* (L<sup>b</sup> saec. XI) e la *Summa Perusina* (S. saec. X), lo « *ad instar interdicti* », analogamente al « *ad exemplum interdictorum, quas in albo proposita habet* » della L. 1 Cod. *de interd.* VIII, 1 e all'« *ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur* » della 27 D. *de donat.* XXXIX, 5 (PAPIN.), si può riferire a un *interdictum de liberis exhibendis utile*, che gli imperatori danno in certi casi alla madre (L. 2 *cod.*, cfr. L. un. Cod. *divortio facto*, V, 24), senza che ci sia bisogno di pensare alla forma della procedura stessa. Cfr. SCHMIDT, loc. cit., pag. 14 alla nota 4; pag. 323 alla nota 2. Certo una volta acquistata per altra via la persuasione, che la forma della procedura era cambiata, potremo riferire anche a ciò lo *ad instar interdicti*. Cfr. PUCHTA, *Pandekten*, § 432 nota g. SCHMIDT, loc. cit. pagina 325 seg. nota 3.

*De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

E perciò la rubrica del nostro titolo (D. XLIII, 1) è:

*De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.*

Per mezzo di questa intestazione e degli schiarimenti dati nelle Istituzioni GIUSTINIANO ha creduto di aver abbastanza chiaramente avvertito il lettore delle sue raccolte di leggi, che ovunque in queste si parla di interdetti senz'altra avvertenza, bisogna per essi intendere un'*actio utilis* o *extraordinaria ex causa interdicti*. Con ciò egli ha risparmiato ai compilatori la fatica di assicurare mediante interpolazioni la *duplex interpretatio* delle leggi di tal materia, prodotta dallo scambio di quei concetti. E tanto più aveva ragione di farlo, dappoichè già autecedenti imperatori nella decisione di casi, in cui venivano prima emanati degli interdetti, non di rado avevano senz'alcuna esitazione parlato di interdetti<sup>3)</sup>, mentre altrove in antichi casi di interdetti si parla di *actio*<sup>4)</sup>, cioè appunto della *utilis* o *extraordinaria actio ex causa interdicti*<sup>4a)</sup> (Vedi nota a pag. seg.).

<sup>3)</sup> Così DIOCLEZIANO e MASSIMIANO stessi nella L. 2 Cod. *de prec.*, VIII, 9 (293). VALENTINIANO I, VALENTE e GRAZIANO nella L. 22 Cod. Th. *quor. app.*, XI, 36 (374). ARCADIO e ONORIO nella L. 9 Cod. Th. *de infirm. his, quae sub tyr.* XV, 14 (395); L. 8 Cod. I. *unde vi*, VIII, 4 (395); L. 6 Cod. Theod. *de denunt.*, II, 4 = L. 4 Cod. I. *de interd.*, VIII, 1 (406). Nella L. 3, § 1 Cod. I. *quor. bon.*, VIII, 2, invece (ARCADIO e ONORIO, 395), le parole « per interdictum Quorum bonorum » sono state inserite da GIUSTINIANO; l'originale, L. un. Cod. Th. *ead.* IV, 21 non le ha.

<sup>4)</sup> Così già DIOCLEZIANO e MASSIMIANO nella L. 3 Cod. *de interd.*, VIII, 1 (293): *prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus (sc. interdictis uti possidetis vel Ultrubi)*; COSTANTINO nella L. 1, § 1, Cod. *si per vim*, VIII, 5 = L. 1 Cod. Th. *unde vi*, IV, 22 (326): *actionem recuperandae possessionis (sc. interdictum Unde vi) indulgemus*; ONORIO e TEODOSIO II nella L. 6 Cod. Th. *ead.* (414): *Momenti actio* (in luogo della quale GIUSTINIANO nella L. 3 Cod. I. *qui legit. pers.*, III, 6 ha messo: *Momentariae possessionis actio = interdictum Unde vi*). Vedi inoltre *actio per interdictum* nella *Interpretatio* alla L. 1, Cod. Th. *unde vi*, IV, 22 (*integra causas actio propona-*

Però senza l'esatto concetto dei *iudicia extraordinaria* si è invano tentato di comprendere, perchè *in extraordinariis iudiciis interdicta proprie locum non habent*. Finchè si cerca quel concetto nella procedura senza formula e senza l'antica divisione del processo tra magistrato e *iudex*, non si può infatti ben dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra l'introduzione di questa procedura e la cessazione della procedura interdittale <sup>5)</sup>. L'essere o no il processo diviso nel modo suddetto non può esercitare assolutamente nessuna influenza decisiva sull'emanazione dell'interdetto del magistrato e sulla procedura, che le tien dietro, nel caso della non osservanza di tale interdetto.

Ciò esprime lo SCHMIDT <sup>6)</sup> in modo assai efficace. « Il mantenimento degli interdetti sarebbe stato conciliabile con la nuova procedura; perocchè quelli erano nella loro forma, non istruzioni pel giudice, ma ammonimenti diretti al convenuto ». Egli stesso poi si contenta di dichiarare l'abolizione degli interdetti una misura poco rilevante, presa per semplificare la procedura. « Se si tien presente il fatto » egli continua « che già nella procedura formulare non v'erano più intime ragioni per il loro mantenimento, che essi anzi erano divenuti già allora niente altro che una inutile forma d'introduzione, che era stata, almeno in alcuni casi <sup>7)</sup>, anche abolita di fatto; si potrà dire, che l'abolizione della forma interdittale in occasione di quella riforma radicale (cioè della introduzione generale della procedura straordinaria nel senso volgare) era qualche cosa di affatto naturale » <sup>7a)</sup>.

---  
 tur); L. 6 *cod.* (*nihil valeat actio contra aetatem minorem*); L. un. Cod. Th. *utrobi*, IV, 23 (*ad momentariam non pertinet actionem*).

<sup>4a)</sup> BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 91 seg, dove però per sbaglio è stato posto « l'*interdictum U. P.* » invece di « *U. V.* »

<sup>5)</sup> Cfr. per quanto segue O. E. HARTMANN, *Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz.) pag. 538 segg.

<sup>6)</sup> Loc. cit., pag. 321.

<sup>7)</sup> Si vorrà qui intendere quei casi, in cui invece dell'interdetto aveva luogo una *executio iure potestatis extraordinaria* in questo senso. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 310 segg. sotto il num V e sopra § 1839 num. 116 (ediz. ted. par' e II pag. 379 segg.).

<sup>7a)</sup> Similmente, BEKKER, *Aktionen*, vol. II, pag. 56 seg.

Anche partendo dal concetto abituale dei *iudicia extraordinaria*, quest'opinione potrebbe essere sostenibile come estremo tentativo di spiegare i fatti in discorso, solo nel caso che fosse certo il suo presupposto indispensabile, cioè l'ipotesi che la *summa sponsionis* già al tempo dell'*ordo iudiciorum* sia stata « determinata in una più mite misura »<sup>8)</sup>, in altri termini, che anche negli interdetti proibitorii, nei quali l'impetrato, non appena veniva messa a suo carico una trasgressione del divieto, non poteva sfuggire alla sponsione penale, questa non abbia più servito a dare maggiore efficacia al comando del pretore. Però se questa ipotesi fosse vera, non si potrebbe allora ben comprendere, come ciononostante siano stati mantenuti gli interdetti fintantochè durò l'*ordo iudiciorum* nel senso ordinario: con la coazione alla irrecusabile obbedienza, riposta nelle sponsioni, sarebbe scomparso il più efficace dei due motivi del loro mantenimento riconosciuti dallo SCHMIDT; è difficile, che il comando personale del magistrato, senza la spinta della sponsione continuasse ancora ad esercitare una particolare pressione<sup>9)</sup>, e giustificasse quindi il mantenimento degli interdetti. Ed ove esso avesse pur tuttavia avuto tale potere, come avvenne allora che nella « procedura straordinaria » essa lo perdettesse, o che non fu più apprezzato?

Il BETHMANN-HOLLWEG<sup>10)</sup> reputa la scomparsa della procedura interdittale « conseguenza necessaria dell'abolizione dell'*ordo iudiciorum privatorum*, cioè della regolare *iudicis datio*, alla fine del terzo secolo; perocchè l'interdetto non era un divieto qualunque del pretore, ma un suo ordine formale, da cui prendeva norma il *iudicium* ». Questa definizione fondata su TROFILO ad § 1 L. *de interd.*, IV, 15: *οὐδέτις προϊτωρος; — ὁ ἄδικουτος τὸν δικαστήν* — secondo questo passo dovrebbe più precisamente dire, che l'interdetto è un ordine del pre-

<sup>8)</sup> SCHMIDT, loc. cit., pag. 319. Cfr. il BEKKER, loc. cit. pag. 57 dopo la nota 10, il quale come primo atto della scomparsa degli interdetti pone la fine della sponsione e della restipulazione, dopochè la concorrenza alternativa tra « singole *extraordinariae cognitiones* » e singoli interdetti aveva già preceduto nella pratica. Per ultimo sarebbe scomparsa come « il più importante » « la domanda e l'emanazione dell'interdetto per la fattispecie ».

<sup>9)</sup> Vedi sopra § 1839, num. 114 (ediz. ted., parte II, pag. 348).

<sup>10)</sup> *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.), vol. III, § 163, pag. 346.

tore, con cui veniva istruito il *iudex*; e da ciò risulterebbe poi certo di per sè, che quando non v'era più un *iudex*, cioè un giudice nominato dal magi-trato, non era più possibile nemmeno un interdetto. Senonchè qui innanzi tutto non si è tenuto conto, che v'erano pur sempre dei *iudices dati*. È vero, che al tempo di GIUSTINIANO questi *iudices dati* non erano più limitati a quella funzione giudiziaria che, giusta l'antica divisione della procedura, era assegnata ai *iudices privati* nominati dopo la contestazione della lite e che invece ora non solo aveva luogo innanzi ad essi la contestazione della lite, ma ad essi spettava anche l'istruzione e decisione sull'esistenza dei requisiti del processo<sup>11)</sup> Però questa differenza dai *iudices privati* della procedura formulare non esclude in nessun modo la possibilità di istruire i *iudices dati* con un interdetto, che doveva già essere emanato per

---

<sup>11)</sup> L. 16 Cod. *de iud.*, III, 1. In questa differente delimitazione delle funzioni del giudice parmi sia riposta la differenza essenziale tra i *iudices privati* della procedura formulare e i *iudices pedanei* della procedura giustiniana. È difficile, che possa servire a chiarire la vera indole di quella differenza, l'uso del termine « giudice giurato » da un lato e « giudice istruttore » dall'altro. Anzi quest'ultimo termine fa nascere la falsa idea, che il *iudex pedaneus* fosse un impiegato giudiziario, mentre anch'esso era un privato. L'essere i *iudices pedanei* nominati tra gli avvocati immatricolati in ciascun distretto di giurisdizione, e il dover questi ultimi sobbarcarsi all'occupazione loro per tal modo imposta (BETHMANN HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), vol. III, pag. 121 segg.) non vuol certo dire, che essi fossero degli impiegati. Del resto la L. 2 Cod. *de libert. et lib. eor.*, VI, 7 (CONSTANTIN. 326) v.: *si in iudicio vel apud pedaneos iudices patroni querella exserta ingratum eum ostendat* —, la quale secondo il PERNICE, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Riv. di st. del dir. della fondazione Savigny), vol. VII, parte rom. pag. 106 alla nota 3 dovrebbe porre fuor di dubbio « che al più tardi a datare da Costantino *iudex pedaneus* è il termine tecnico per l'istruttore » — a mio parere non dice assolutamente niente altro su questo « istruttore », se non che esso esercita una funzione giudiziaria in *iudicio*, e ciò, come mostra il « *vel* » = quantunque, quando anche o simili, in una posizione, che è meno cospicua che quella delle altre persone, che adempiono l'ufficio di giudice, cioè senza dubbio meno cospicua di quella di magistrati giurisdizionali. Così a ragione il BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, vol. III, pag. 119 nota 15, il quale cita inoltre anche la L. 3 Cod. *ubi et ap. quem*, II 46 (47) (JUSTINIAN., nella quale la stessa distinzione è ancora più energicamente accentuata con le parole: *sive tantummodo apud iudicem, cui aliqua iurisdictio est, — sive et apud pedaneos iudices* — Sul *iudex pedaneus* nelle *Pandette* vedi l'Appendice.

la fattispecie, prima che essi venissero incaricati di giudicarla. E in secondo luogo il BETHMANN HOLLWEG ha frainteso le parole del cosiddetto TEOFILO. Esse in tutto il loro costrutto dicono:

ἀμελία πρῶτος μεταξὺ δύο τινῶν — οὐ τίμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ρυθμιζουσα τὸν δικαστὴν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως.

Cioè: l'interdetto è un ordine emanato dal pretore di fronte alle parti, che non decide definitivamente la lite, ma indica al giudice, come essa debba esser decisa. Quanto alla qualità di questo giudice quel passo non contiene neppure un'allusione. Cominciando l'opera sua quando quella del pretore interdicante è finita, quell'indole dell'interdetto non s'opporrebbe alla possibilità, che questo stesso pretore interdicante definisca poscia come giudice la lite iniziata per mezzo dell'interdetto. Infatti precisamente il BETHMANN HOLLWEG, in aperta contraddizione con la sua affermazione, che l'abolizione dell'emanazione formale di interdetti è la conseguenza necessaria dell'abolizione della *iudicis datio* avvenuta alla fine del terzo secolo, ammette senza difficoltà<sup>12)</sup>, che siano stati ancora impetrati ed emanati regolarmente degli interdetti fino al secolo quinto<sup>13)</sup>.

Invece lo sparire della procedura interdittale per effetto della generalizzazione dei *iudicia extraordinaria* si manifesta come cosa affatto ovvia, non appena noi concepiamo tali *iudicia extraordinaria* come tribunali adunati indipendentemente da determinati periodi di sessione, dal *rerum actus, conventus*, cioè in ogni tempo.

Come abbiamo veduto<sup>14)</sup>, l'ufficio della procedura interdittale in confronto coi *iudicia ordinaria* stava in ciò, che essa per le cause in cui poteva essere adibita evitava o compensava l'inconveniente prodotto dalla dilazione della decisione fino al *rerum actus*, — essa lo evitava, quando l'impetrato per sfuggire alla *poena sponsionis* domandava un *arbiter*, o, se non poteva far ciò, non violava l'interdetto, e se lo violava, soddisfaceva l'avversario stragiudizialmente; lo compensava, in quanto l'*agere ex sponsione* dava con la *summa sponsionis*

<sup>12)</sup> Loc. cit. pag. 346 alla nota 20.

<sup>13)</sup> Su questa opinione vedi infra num. 124.

<sup>14)</sup> § 1839, num. 114 (ediz. ted., parte II, pag. 350 segg.).



all'impetrante tenuto a bada senza giusto motivo fino al *rerum actus* un indennizzo per questo ritardo. Quando con lo sparire delle periodiche convocazioni dei tribunali tutte le liti, astrazion fatta dai termini stabiliti per la discussione di date cause, poterono essere immediatamente giudicate, la procedura interdittale perdette ogni ragione d'esistere. Non v'era più nessuna giustificazione per la *poena sponsionis*, perchè anche l'impetrato restio doveva bentosto sottostare alla decisione dell'autorità giudiziaria; e la domanda di un *arbiter* non avrebbe prodotto in quella procedura nessun acceleramento. Ed essendo perciò la domanda di un *arbiter* e la stipulazione della *sponsio* e *restipulatio* di fatto senza scopo, la *poena restipulationis* dovè sembrare un arbitrario mezzo d'intimidazione contro l'impetrante, nè d'altra parte si poteva approvare anche ora la pressione, che poteva venir esercitata da un impetrante non fondato su di un buon diritto sull'avversario col timore della *poena sponsionis*.

122. È quasi inconcepibile, che i Romani potessero anche per un sol momento disconoscere lo stretto nesso tra l'*ordo iudiciorum* nel senso dello HAETMANN e la procedura interdittale, allorchè un *magistratus extraordinarius*, cioè segnatamente un governatore imperiale, cominciò a ordinare *iudicia* indipendentemente da un determinato periodo di affari, da un *rerum actus*, su tutte le cause, che il pretore della capitale avrebbe rimesse all'*ordo*. Nel distretto della giurisdizione di quel magistrato, il vantaggio riposto negli interdetti di fronte alle *actiones ordinariae*, si sarebbe ormai convertito in danno. Se in altri distretti giurisdizionali avevano luogo *iudicia ordinaria*, in questi avrà durato ancora la procedura interdittale. Se noi sapessimo con certezza, che in un luogo qualsiasi, forse in Roma, l'antico *ordo iudiciorum* con quindici giurati presi da una lista generale esisteva ancora nell'anno 293 dopo Cristo, noi potremmo interpretare nel suo senso originario la L. 3 Cod. *de interd.* VIII, 1<sup>15)</sup> appartenente a quell'anno, riferendola, non alla totale scomparsa della procedura interdittale, ma solo alla sua abolizione in quei distretti di giurisdizione, nei quali allora avevano luogo esclusivamente *iudicia extra ordinem*. Però le L. 1 § 1 Cod. *quod legat.*, VIII, 3<sup>16)</sup> e L. 2

<sup>15)</sup> Vedi sopra pag. 704 (ediz. ted., parte II, pag. 408).

<sup>16)</sup> Vedi sopra pag. 703 (ediz. ted., parte II, pag. 406).

Cod. *unde vi*, VIII, 2<sup>17)</sup> del medesimo anno parlando senza distinzione di *secundum interdicti sententiam* e *interdicti exemplo*, ove esse non siano interpolate rapporto a ciò, di cui trattiamo, ci autorizzano a ritenere, che allora l'*ordo iudiciorum* era già scomparso dappertutto<sup>18)</sup>.

A quanto ci è detto da GIUSTINIANO, al suo tempo si procedeva *sine interdictis*, precisamente come se fosse stata data una *utilis actio ex causa interdicti*<sup>19)</sup>; in luogo degli interdetti competevano allora delle *actiones extraordinariae*<sup>20)</sup>; ed in rapporto a quei requisiti di queste azioni, che prima erano richiesti pel momento dell'*interdictum redditum*, decideva ora, come in tutte le altre azioni, il momento della contestazione della lite<sup>20a)</sup>.

§ 4.º I. *de interd.*, IV, 15: — *Uti possidetis interdicto is vincebat, qui INTERDICTI TEMPORE possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem — Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni nec clam nec precario ab adversario possidebat*<sup>20b)</sup>, *hodie tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario LITIS CONTESTATIONIS TEMPORE detinet.*

Dunque è fuor di dubbio, che l'emanazione di un interdetto allora non aveva più luogo. Ora v'è egli ragione di supporre, che questa sia solo una tarda, ultima conseguenza della fine della procedura interdittale, e che invece anche « nei giudizi straordinarii » l'interdetto sia stato ancora regolarmente impetrato ed emanato fino al quinto secolo? e ciò « con gli effetti della contestazione della lite, ivi prima connessi<sup>21)</sup>, fors'anche rafforzati dalla sponsione penale, che doveva esser pagata da chi da ultimo rimaneva soccombente? »<sup>22)</sup>.

<sup>17)</sup> Vedi sopra pag. 703 (ediz. ted., parte II, pag. 406).

<sup>18)</sup> Vedi O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz. rom.), pag. 363.

<sup>19)</sup> § 8 I. *de interd.*, IV, 15 cit. (vedi sopra pag. 704 (ediz. ted., parte II, pag. 408)).

<sup>20)</sup> Rubr. D. XLIII, 1.

<sup>20a)</sup> SCHMIDT, *Interdictenverfahren* (Proced. interd.), pag. 337 sotto il num. 5.

<sup>20b)</sup> GAIO, IV, 150.

<sup>21)</sup> Cfr. sopra § 1838, num. 88.

<sup>22)</sup> Così il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 346 seg.

Per il secondo punto di quella ipotesi, la continuazione della sponzione, il suo rappresentante, il BETHMANN-HOLLWEG non ha nemmeno tentato una dimostrazione. Noi, giusta quanto abbiamo sopra esposto, dobbiamo recisamente rigettarla. L'emanazione formale di un interdetto invece apparisce bensì affatto senza scopo, non appena essa non è più il presupposto di una peculiare procedura; ma eccetto l'importuna e inutile complicazione di ogni forma nuova, non avrebbe avuta nessuna conseguenza addirittura dannosa. Anche il mantenimento degli effetti della *litis contestatio* per questa formalità, sebbene certo non richiesta da bisogni pratici, potrebbe pur sempre dirsi sopportabile. In tutti i casi però le prove di un tale perdurare dell'emanazione di interdetti, spiegabile unicamente con la *vis inertiae*, debbono essere esaminate rigorosamente.

E innanzi tutto non mi par felice l'argomento, che anche la *actionis impetratio* dopo l'abolizione dell'*ordo iudiciorum* ha continuato a durare fino all'anno 428 « come vuota formalità ». Noi sappiamo, è vero, che nel detto anno TEODOSIO II ha resa non necessaria l'*impetratio actionis* abolendo l'*exceptio non impetratae actionis*<sup>23)</sup>; ma resta assolutamente discutibile, se questa *impetratio actionis* nei *iudicia extraordinaria* sia stata una vuota forma. A me sembra invece, che possa trovarsi giustificato il contrario anche partendo da quell'interpretazione dell'*exceptio non impetratae actionis*, che è rappresentata, se non erro, dal BETHMANN HOLLWEG<sup>24)</sup>, e senza dubbio dal KIPP<sup>25)</sup>. Questa interpretazione contesta la possibilità dell'esi-

<sup>23)</sup> L. 1 Cod. Theod. *de ommissa act. impetr.*, II, 3 = L. 2 Cod. Inst. *de formul. et impetr. act. subl.*, II, 57 (58): *Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse considerit.*

<sup>24)</sup> Loc. cit. pag. 248 nota 31.

<sup>25)</sup> *Die Litisdenuntiation*, pag. 190 seg. Secondo il WIEDING, *Der justinianische Libellprocess*, pag. 142 già Jacobus GOTHOFREDUS alla L. 1 Cod. Theod. *de ommissa actionis impetr.*, II, 3 avrebbe avanzata questa opinione; però il suddetto autore reputa invece, che fino alla L. 1 cit., per lo meno in *iudicio maiore*, cioè secondo lui innanzi al *praefectus praetorio*, ai proconsoli, ai vicarii e a tutti gli *illustres* e *spectabiles* sentenzianti *vices sacra* abbia continuato l'emanazione delle formule, e che la L. 1 Cod. Inst. *de form. et imp. act. subl.* II, 57 (58) dell'anno 342 sia stata riferita alla abolizione delle formule d'azione solo dalla compilazione giustiniana.

stenza di quell'*exceptio* nella procedura formulare per la ragione, che qui l'*actio* è stata impetrata precisamente con l'impartizione della formula, e per conseguenza sarebbe stato assurdo inserire nella medesima formula, la cui impartizione conteneva l'*impetratio actionis*, una *exceptio*, che affermava l'omissione di questa *impetratio* <sup>26)</sup>. Perciò l'esistenza dell'*exceptio* in discorso nella procedura senza formule non

<sup>26)</sup> L'opinione di O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsvorfassung* (Ord. giudiz. rom.), pag. 442 e 466 seg., non tocca questa osservazione: essa scorge nell'*impetrare* dell'*exceptio non impetratae actionis*, non l'impartizione definitiva della formula nell'udienza della contestazione della lite, ma « la dichiarazione pronunciata dal magistrato su *postulatio* unilaterale dell'attore, che nulla osta, riguardo ai requisiti procedurali, alla consecutiva, definitiva impartizione della formula *actionis* domandata. Questa *impetratio actionis* provvisoria doveva servire ad evitare, che nell'udienza della contestazione della lite si addivesse ancora a discussioni sul tenore della *formula pura* desiderata. Se l'attore non se ne valeva, il magistrato per questa ragione non denegava già d'ufficio nell'udienza della contestazione della lite la formula poscia desiderata; però il convenuto aveva la facoltà di avanzare l'*exceptio non impetratae actionis* a causa di quell'omissione. Questa *exceptio* avrebbe potuto benissimo venir inserita nella formula e sottoposta così all'esame del *iudex privatus*; però, eccettuati forse pochissimi casi isolati, essa deve aver potuto al bisogno esser subito desunta dai diari del pretore, e perciò condurre alla *denegatio actionis*. Pare che il KIPP, loc. cit. 190 seg. nota 14, non abbia ben a fondo compreso ciò, forse perchè egli non considera, che la teoria suesposta si riferisce solo a *iudicia ordinaria* nel senso dello HARTMANN, cioè a quei *iudicia*, nei quali la *litis contestatio* ha luogo solo nel *rerum actus*, dopochè le altre discussioni sono già state terminate *in iure* più o meno lungo tempo prima. Il concetto dell'*exceptio non impetratae actionis* dello HARTMANN può con una piccola modificazione servire di capitale appoggio all'opinione del WLAŠAK sulla contestazione della lite nella procedura formulare, secondo la quale la concessione o approvazione della formula d'azione da parte del magistrato avrebbe preceduto la contestazione della lite, cioè il definitivo *edere* della formula da parte dell'attore al convenuto e l'accettazione da parte di quest'ultimo (*l'accipere iudicium = formulam*). WLAŠAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozess*, pag. 32. Noi non dovremmo che scorgere l'*impetratio actionis* appunto in questa approvazione della formula premessa alla contestazione della lite; e la sua omissione sarebbe ciò, che veniva attaccato dal convenuto per mezzo della nostra *exceptio*, quando accettava la formula edita dall'attore, ma non impetrata. Del resto anche con questa opinione s'accorderebbe, l'aver il magistrato ancora ritoccato la formula *post acceptum in iudicium*; anzi il fatto della nomina dell'*iudex privatus*, che avviene solo dopo la contestazione della lite, la cui menzione imperativa nella formula non poteva provenire dalle parti, credo che renda questa ipotesi addirittura indispensabile.

può in alcun modo spiegarsi col passaggio di essa dalla procedura formulare: essa non può quindi esser sorta che per la procedura senza formule. E ciò non sarebbe stato senza scopo pratico. Non già che possa realmente scorgersi tale scopo nell'assicurare in tutti i processi un'espressa disposizione del giudice sull'ammissibilità dell'azione <sup>27)</sup>; perocchè una disposizione di questa specie, dove il magistrato giurisdizionale stesso pronunciava la sentenza finale, sarebbe stata per lo meno per quel caso una lungaggine affatto superflua, quando ammetteva l'azione, mentre nel caso contrario non avrebbe affrettato la decisione definitiva della lite. Ma è ben altro invece, se il magistrato doveva deliberare espressamente sull'ammissibilità formale dell'azione soltanto là, dove esso approvandola voleva affidare la causa a un *iudex pedaneus*. Ove ciò avveniva, tutto il contenuto della procedura *in iure* era pur sempre discusso nell'antico modo innanzi al magistrato, con l'unica eccezione della contestazione della lite, la quale ora si compieva innanzi al *iudex delegatus* con una non formale contestazione della domanda dell'attore da parte del convenuto. Se si voleva realmente in questa guisa tener separata la funzione del magistrato giurisdizionale da quella del giudice delegato, avvenendo la nomina del giudice senza speciale formalità, e non facendo il magistrato quindi noto, come prima con la *conceptio formulae*, che egli riconosceva l'esistenza dei requisiti del processo, non restava altro mezzo, che un'eccezione perentoria, che escludeva fin dal principio la definizione della causa per mezzo del *iudex pedaneus*, nel caso che il magistrato non avesse pronunciato una dichiarazione del suddetto tenore. E così intesa questa dichiarazione, cioè la nuova *impetratio actionis*, certo è tutt'altro che una vuota formalità; e perciò la legge che l'abolì ha un'importanza pratica non piccola: è solo per essa che la decisione sull'esistenza dei requisiti del processo è passata dal magistrato al *iudex delegatus* <sup>28)</sup>.

<sup>27)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 248 nota 30. — KIPP, loc. cit. pag. 191.

<sup>28)</sup> È senz'altro evidente, che il concetto dell'*exceptio non impetratae actionis* dello HARTMANN per la procedura formulare s'accorda benissimo con l'esposizione del testo circa questa eccezione per la procedura senza formula innanzi al *iudex delegatus*.

Del resto dobbiamo ancora accennare espressamente, che l'esposizione so-

Però il perdurare dell'*impetratio actionis*, così intesa, non lascia nulla inferire pel mantenimento dell'emanazione dell'interdetto <sup>29)</sup>.

Ancor meno prova pel suo mantenimento la L. 1 Cod. Theod. *unde ei*, IV, 22 = L. 1 Cod. Iust. *si per vim*, VIII, 5 <sup>30)</sup>. Nella *reformatio status* di cui si fa quivi menzione non si tratta punto, come reputa il BETHMANN-HOLLWEG <sup>31)</sup>, della semplice *impetratio interdicti* da parte degli amici o dei familiari del *deiectus* assente, fatta allo scopo di interrompere la prescrizione del *remedium recuperandae possessionis* <sup>32)</sup>, in modo che tutta l'ulteriore discussione resti riservata al

---

pra fatta contiene una prova non insignificante a favore dell'originaria uguaglianza sostanziale della funzione dell'*iudex privatus* nella procedura formulare e quella del *iudex datus* o *pedaneus* o *delegatus* dei *iudicia extraordinaria*. Cfr. l'Appendice alla nota 1 <sup>a</sup>).

<sup>29)</sup> Tutt'altra cosa che ciò, che opina il BETHMANN-HOLLWEG, vuole infatti dire lo SCHMIDT, loc. cit., pag. 336 con le parole: « Nulla di più naturale che l'ipotesi, che questa *impetratio actionis*, fintantochè essa fu una necessità, sia stata in vigore anche per un'azione fondata su di un antico interdetto ». Ciò è incontestabilmente vero; ma questa *impetratio actionis ex causa interdicti* non è nemmeno l'antico *reddere interdictum*.

<sup>30)</sup> L. 1 Cod. Theod. cit. (imp. CONSTANTIN. A. Severo): *Judices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam, et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant, atque ita tueantur absentes. Hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut illibatis atque omnibus integris causae principalis internis, id solum diligenter inquirent, utrum eius, quolibet pacto, qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat. Nec hos, qui deieci sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiunda re secludant, nec si servi sint, eorum reiiciant in iure personas, quia huiusmodi condicionis hominibus causas orare fas non sit; sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen, quolibet tempore reverso, actionem recuperandae possessionis indulsumus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quae supererunt ad disceptationem litigii immutata permanent; iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat, possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri. Dat. X Kal. Nov. Mediolano Constantino A. VII et Constantio Caes. Coss. (326).*

<sup>31)</sup> Loc. cit. pag. 346 seg. nota 20.

<sup>32)</sup> Tanto è vero, che scopo della procedura ordinata nella L. 1 cit. non è

*deictus*. Invece i giudici, previa constatazione del fatto, che all'assente è stato illecitamente sottratto il possesso esercitato mediante un detentore, debbono far restituire il possesso a quel detentore, come se lo stesso possessore espulso avesse intentato il processo (*inquirant — utrum eius, — qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus — retinebat — ut eos momentariae possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset*). Solo questa particolare norma trova qui applicazione, che al possessore espulso non deve nuocere una insufficiente tutela dei suoi diritti <sup>33</sup>).

Affatto disadatta a servir di prova è inoltre la L. 9 Cod. Theod. *de infirmis his, quae sub tyrannis*, XV, 14. Questo editto degli imperatori ARCADIO e ONORIO dell'anno 395 enumera senza ordine nè scelta prestabiliti una quantità di atti giuridici, che debbono rimanere validi, quantunque siano stati eseguiti sotto il dominio di usurpatori. Ora il BETHMANN-HOLLWEG riferisce la seguente proposizione, che si legge in quell'enumerazione: *interdicti beneficia tempora infesta non nutilent* — all'interdetto impetrato in via giudiziaria nel senso da lui affermato. Non contenendo quelle parole nessuna traccia di *impetrare* e *reddere interdictum*, il rapporto in discorso potrà solo esser concepibile, se noi ammettiamo, che il BETHMANN-HOLLWEG si sia ritenuto autorizzato a riferire da altre locuzioni della legge il termine *impetrata* od altro simile all'*interdicti beneficia*. Tali locuzioni potrebbero essere: 1.° *doli ac vis et metus INCHOATA actio in tempus legitimum perseveret*; — 2.° *valeat in integrum restitutionis PETITUM auxilium*; — 3.° *POSTULATA inofficiosi actio et* — 4.° *immodicarum donationum rescissio PETITA servetur*. È senz'altro evidente, che mentre

---

d'interrompere la prescrizione dell'azione, che vien permesso a quei detentori, *post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis litigium inferre*, e inoltre al *dominus quolibet tempore reversus* non deve nuocere il *tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est*.

<sup>33</sup>) Il KIPP, loc. cit. pag. 211 nota 53, ha anche rinunciato a citare la L. 1 Cod. Th. cit. — Non affatto precisamente definisce O. E. HARTMANN, *Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz. rom.), pag. 539 seg. nota 2, il contenuto di quel passo, probabilmente fuorviato dalle parole: *Hos tamen iudices — intra hos terminos ministerii retinemus, ut, illibatis atque omnibus integri causae principalis intermis, id solum diligenter inquirant, utrum eius, — qui peregrinatur, possessio ablata est*. Cfr. in proposito infra nota 4) a.

nella 1.<sup>a</sup> locuzione vien nominata l'istituzione di azione come mezzo di una interruzione permanentemente efficace della prescrizione, nelle altre si insiste sulla domanda dei mezzi processuali ivi indicati, perchè poteva esser dubbia, non tanto la validità delle decisioni, che erano state pronunciate sotto il dominio di usurpatori dai tribunali già prima regolarmente aditi, quanto piuttosto la validità di quei processi, che erano in generale cominciati sotto quell'illegittimo dominio. Quindi è certamente non solo permesso, ma addirittura necessario pensare, anche nella menzione della procedura interdittale, e in quella della *vindicatio* (v.: *valeat vindicatio*), ad azioni, che erano state rese pendenti solo al tempo degli usurpatori <sup>33a</sup>). Senonchè precisamente per il punto, che esclusivamente importa nella nostra presente disamina, cioè per la forma, in cui veniva iniziata un'*actio ex causa interdicti* alla fine del secolo quarto, non si può nulla desumere dalla L. 9 cit. <sup>34</sup>).

Resta finalmente da esaminare l'ultimo dei passi addotti dal BETHMANN HOLLWEG, al quale egli stesso attribuisce il maggior peso: SYMMACHUS, *Relatio*, XXVIII (*Epistolae*, X, 41, secondo altra numerazione X, 48 dell'anno 384 <sup>35</sup>):

*Quid possint iusti principes culpae, praesentio. in causis etenim, quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet. sed consulto nunc obiectum provocationis admisi, ut in examen clementiae vestrae et invasionis indignitas et modus iudicii veniret, domini imperatores. Nam Scirtius, vir perfectissimus, sibi partem Caesarianae massae <sup>36</sup>) crebra aditione conquestus, cum integrationem status, quem ami-*

<sup>33a</sup>) Di fronte alla *vindicatio* intendendosi con *interdictum* di parlare a preferenza dei mezzi di tutela possessoria, ha potuto lo HARTMANN, loc. cit. pagina 539, nota 72, dire che la L. 9 cit. parla del *possessorium* contrapponendolo al *petitorium*.

<sup>34</sup>) KIPP, loc. cit., si è anche astenuto dal farne menzione.

<sup>35</sup>) Secondo G. MEYER, *Q. Aurelii Symmachi relationes*, Lips. 1872, pag. 39 segg. L'edizione di O. SÆEK, *Q. Aurelii Symmachi quae supersunt* (nei *Monumenta Germaniae historica. Auctor. antiq. tom. VI p. prior*), Berol. 1883, 4.<sup>o</sup> pag. 302 seg., per le sue congetture arbitrarie e fatte senza le necessarie nozioni del diritto (vedi infra note 40 e 44) è in questo passo affatto inseribile.

<sup>36</sup>) Ciò significa nel latino di quel tempo un insieme di fondi.



serat, impetrasset, heredes Thesei, qui reluctarentur, obiecti sunt tunc <sup>36a)</sup> vero Artemisius Olybrii clarissimi atque illustris viri actor executori <sup>36b)</sup>, ut ipse professus est, obolavit. § 2. Et cum ad pervenendum possessionis statum loci habitatores ad esse iussissem, in iniuriam legum Rufino officiali iussa curanti qui deducebantur abrepti sunt. gesta indicabunt, facti incivilis auctores. Interea distuli vindictam iudiciorum et rursus officio negotium dedi, ut necessarios evocaret. § 3. Tunc cessantibus actoribus clarissimae domus ceterisque subtractis ad contradicendum Thesei surrogantur heredes, uno tantum exhibito, qui se assereret libertum esse defuncti. is interrogatus, quo abissent incolae praediorum, delituisse nonnullos, Scirtii vero mancipia ad urbanam villam, quae est clarissimi et illustris viri Olybrii, translata respondit. cetera ut a liberto Thesei dicta praetereo, licet in eum praescriptio ista <sup>37)</sup> non competat, cum a patre minorum beneficium libertatis acceperit. § 4. His ita positus Praenestini curiales, quorum in regione Caesariana possessio tacet, missis apparitoribus exhibentur. tunc demum v. o. et spectabilis Olybrii procurator emergit. adest etiam defensor minorum tandem cogentibus iudiciis postulatus. Scirtio adversus duos pugna proponitur, quamvis patrociniis clarissimae domus et successorum Thesei quadam specie dissiderent. § 5. Itur in quaestionem possessionis; quas partium variis agitata conflictibus ad interrogationem testium tunc transiit. admoveri singillatim, ut mos est, iubeo curiales. nominum et dignitatis ab uno quoque posco responsa. tunc locorum iustos possessores requiro. dehinc percontor, quis annuas functiones aut indicta solverit. cum secundum Scirtium testimonia cuncta procederent, atque eam possessionem cum Theseo tenuisse

<sup>36a)</sup> Il *Codex Monacensis saec. XI* (T) legge: *duro vero*, il *Codex Mettensis saec. XI* (M): *ruro vero*, l'edizione di Sigismondo Galen, Basilea 1549 (F): *tum vero*.

<sup>36b)</sup> *Exequturi* (M), *exequtiri* (T), *executori* (F).

<sup>37)</sup> L'obbiezione cioè, che lo schiavo manomesso, quand'anche lo volesse, non è ammesso a deporre testimonianza contro il suo manumissore. PAUL. V, 15, 3. Soltanto per l'accusa *ex lege Julia de vi publica et privata* ciò era prescritto anche riguardo allo schiavo manomesso dai genitori dell'accusato. COLL. IX, 2, 2. Qui non v'era però questa accusa. Credo sia pur sempre discutibile, se la L. 2 Cod. Th. *de libert.* IV, 10 e l. 4 Cod. Th. *ne praeter crim. maiest.*, IX, 6 dell'anno 423 abbiano generalizzato la norma della *lex Julia*, come opina il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., pag. 368 nota 39.

constaret, quando aut per quos delectus esset, examino. secundum fere vel tertium mensem manare consentiunt, ut eum clarissimae atque illustris domus homines expulerent. § 6. Auditis optimatum testimoniis de novo cum defensoribus admitto iurgantes. quaesita et responsa intimantur. ibi Tarpeius v. c. procurator illustris viri Olybrii asseruit, ei sex uncias praediorum Thaei morte quaesitas, contra Scirtius de sex uncias, quas minores etiam se consentiente retinebant, non erat infitias nec sua interesse dicebat, actores clarissimae domus an heredes Thaei eadem parte fruere. § 7. Tunc actionibus copulatis Scirtium urgere coeperunt, quod secundum mandatum clarissimae memoriae feminae Farianae sex uncias Thaeo per epistolam reddidisset, sex vero alias in eius liberos contulisset spontanea largitate. ad haec. Scirtius idem litteris familiaribus quod donationibus in Thaeum vel parvulos transfusum esse dicebat ipsius petitu, ut actorum fides beneficium roboraret. et re vera cum posteriora gesta pro indiviso sex uncias massae in eos conlatas esse testentur, intelleximus partem donatoris exceptam. cur enim pro indiviso daret, si nihil resederat, quod ipse retineret? § 8. Sed haec cum ad proprietatis causam dicerem pertinere, recitata est a defensoribus constitutio, quae iudicibus tribuit copiam, non imponit necessitatem, ut, quotiens de possessione successionis iudicant, continuo, si casus tulerit, etiam de iure cognoscant. qua actione confessi sunt, ad aliam se causam malle transire. praeterea non solus Scirtius proprietatis quaestione videbatur urgendus, cum ipsi quoque inter se super hac parte quodammodo dissiderent. § 9. Quare de possessione secundum documenta Scirtii et principalium testimonia iudicavi: adversariis eius sex uncias retentione et iure firmatis. principalem vero causam salvo actionibus partium futuro examini reservavi. § 10. Et mox sententiae exemplar emisi, cum eius editionem procurator spectabilis viri continuo postulasset. Tunc Scirtius optulit sanctiones, quibus doceret, in reformatione momenti nullum esse appellationibus locum. postridie procurator clarissimi et illustris viri ac defensor minorum, qui putabantur in iudicio discrepare, concordiam suam iunctis provocationibus iudicarunt. § 11. Haec est omnis summa luctaminis. nunc oraculum numinis vestri fortuna litis expectat. gesta et supplementa partis utriusque subieci: quibus instructa perennitas vestra exemplo unius causae securitati omnium dignabitur commodare.

Il BETHMANN-HOLLWEG nel suo minuto esame<sup>38)</sup> della vertenza, qui esposta dal *praefectus urbi* SIMMACO, parte dal concetto, che si tratti di un processo civile. Perciò nelle parole: *Scirzius — cum integrationem status, quem amiserat, impetrasset* — egli scorge la domanda del mandato per reintegrazione nel possesso perduto, ciò che per lui equivale all'*impetratio* dell'*interdictum Unde vi*<sup>39)</sup>. Egli non può negare, che per questa presunta *impetratio* dell'interdetto, la quale, conservata per amor della forma, serviva solo all'iniziamento del processo, non era più necessaria la presenza del convenuto. E mentre da un lato essa ha già con ciò cambiato essenzialmente la sua indole primitiva, resta dall'altro lato incomprendibile, come potesse essa servire a iniziare la procedura. Un'emanazione orale, assente colui, al quale veniva diretta, sarebbe stata addirittura insulsa. Un mandato scritto avrebbe dovuto esser diretto a un individuo precisamente determinato. Ora, quando ebbe luogo l'*impetratio* di Scirzio (*cum — impetrasset*), gli eredi di Teseo furono additati come parte contraria: il mandato quindi non avrebbe potuto esser diretto che a questi eredi o piuttosto al loro tutore. Però, se ciò fosse avvenuto, il fatto, che all'*executor* si era presentato l'*actor* di Olibrio, non avrebbe dovuto avere alcuna influenza sul corso della procedura tra Scirzio e il tutore<sup>40)</sup>. Del resto le parole: *cum — impetrasset* —

<sup>38)</sup> Loc. cit. Appendice II, pag. 363-372.

<sup>39)</sup> Pag. 367 alla nota 36 e nota 36, pag. 346 nota 20.

<sup>40)</sup> Il SEEK congettura qui: *heredes Thesei — obiecti sunt; dum revera Artemisius — executoro — obviavit*. Ma l'*obviare* di Artemisio ha luogo solo, dopo che gli eredi di Teseo erano stati già da lungo tempo messi innanzi come avversari di Scirzio: il « *dum* » è quindi affatto disadatto a designare il rapporto di tempo dei due fatti; inoltre questi non formano punto una contrapposizione logica, come verrebbe ad esprimere il « *revera* », poichè l'« *obiecti sunt* » è non meno vero dell'« *obviavit* ». Nella seconda congettura poi il SEEK non tien conto del fatto, che ogni esecuzione presuppone una condanna, e qui senza dubbio una condanna non è ancora avvenuta. *Executor* invece non è vero, che designi un funzionario subordinato del tribunale incaricato dell'esecuzione forzata, bensì un funzionario subordinato del tribunale in generale, in quanto esso compie un affare affidatogli dal tribunale, per esempio, la citazione. BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 157 alla nota 172. Cfr. del resto il BARON, *Der Denuntiationsprozess*, pag. 163 segg., il quale però non tien conto di questo passo.

*heredes Thesei qui reluctarentur obiecti sunt* — a mio avviso dicono affatto chiaramente, che quel mettere avanti gli eredi avvenne solo dopo che aveva avuto luogo l'*impetratio*. Perciò era interamente escluso l'indirizzare quel presunto mandato impetrato al loro tutore. Ed infatti dal seguito di quella relazione risulta, che al tutore, almeno allora, non è stata fatta una notificazione d'ufficio: esso comparisce assai più tardi (§ 4). Qui adunque non si può punto pensare a un mandato nel senso in discorso (*mandatum cum clausula*).

Senonchè la vertenza narrata da SIMMACO in realtà non è un processo civile, ma un semplice affare di polizia <sup>40a</sup>). Innanzi tutto soltanto così si spiega il fatto, che l'intervento di SIMMACO è causato *crebra auditione* <sup>40b</sup>); dietro una domanda formalmente valida in un processo civile egli avrebbe dovuto dar subito le disposizioni necessarie. In secondo luogo uno dei caratteri essenziali dell'azione civile è, che essa è diretta contro una persona determinata: nel nostro caso abbiamo trovato il contrario. Lo svolgimento della vertenza dev'essere stato il seguente. Dopochè le ripetute lagnanze di Scirzio per la sottrazione di possesso sofferta, il cui autore probabilmente non poteva egli stesso additare con certezza, hanno indotto il *praefectus urbi* a intervenire per reintegrarlo nello stato di possesso, questi incarica un funzionario suo subordinato di constatare le condizioni di fatto e reintegrare eventualmente Scirzio nel possesso. Quel funzionario trova sul luogo dapprima gli eredi di Teseo, che si atteggiavano a legittimi possessori del fondo. Soltanto più tardi, forse in una seconda o ulteriore apparizione dell'*executor* sul fondo, gli si presenta con uguale contegno l'*actor* di Olibrio. Tutto ciò mostra, che qui si

<sup>40a</sup>) Gioverà qui accennare, che la L. 1 Cod. Theod. *unde vi*, IV, 22 (=L. 1 Cod. Iust. *si per vim*, VIII, 5) di COSTANTINO 326 (vedi sopra pagina 715 (ediz. ted., parte II, pag. 423 seg.), nota 30) pel caso dello spossessamento di un assente prescrive l'intervento d'ufficio del giudice, che può designarsi solo come procedimento di polizia. Un consimile procedimento suppone lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 343 nella L. 2 i. f. Cod. Theod. *unde vi* dell'anno 381 (vedi infra num. 125 nota 69).

<sup>40b</sup>) Anche prescindendo dalla dimostrazione, che qui segue nel testo, ritengo col WIEDING, *Der iustinianische Libellprocess*, pag. 278, escluso, che possa scorgersi nelle parole « *crebra aditione conquestus* » un accenno a più citazioni dell'avversario, alcune delle quali anche private.

procede d'ufficio, nel modo che di fronte a una *vis* poteva riscontrarsi solo in atti di polizia <sup>40)</sup>; e lo stesso carattere si manifesta con particolare evidenza nell'esecuzione della prova per testimonii. SIMMACO ordina, che *ad pernosendum possessionis statum* gli abitanti del luogo compariscano alla sua presenza; ma mentre in obbedienza a tale ordine l'ufficiale Rufino vuol condurli a lui, essi vengono strappati alle sue mani. Ciò non s'accorda punto con un processo civile. In un processo di tal genere spetta alla parte, che fornisce la prova, il pensare a presentare i suoi testimonii; e fino a GRUSTRIANO era lasciato completamente al libero arbitrio dei testimonii, il deporre la testimonianza e il comparire a tale scopo in tribunale <sup>41)</sup>.

Nè la procedura della prova ha mai luogo prima della contestazione della lite: « delle affermazioni contraddittorie delle parti raccolte nella contestazione della lite e decomposte nei loro elementi, viene ordinato per mezzo di interlocuzioni prima all'una e poi all'altra parte, secondo le regole sull'onere della prova, di provare ciò, che a ciascuna spetta di provare » <sup>42)</sup>. Ora nel momento suddetto si era in ogni caso ancora assai lontani dalla contestazione della lite: solo assai più tardi (*tunc. demum* § 4) compariscono degli avversarii di Scirzio capaci di stare in giudizio. Andato a vuoto quel tentativo di eseguire la prova SIMMACO incarica di nuovo i suoi dipendenti di andare a prendere dei testimonii. Ora gli *actores* di Olibrio non compariscono; gli altri familiari sono allontanati; in luogo di quegli *actores* vengono mezzi innanzi come parte contraria gli eredi minori di Teseo. Come unica persona in grado di dare informazioni viene presentato agli impiegati di SIMMACO un presunto liberto di Teseo. Questi conferma la latitanza degli abitatori del fondo e il trasferimento degli schiavi di Scirzio all'abitazione di Olibrio in città. Non risulta, se l'audizione di questo testimonio abbia avuto luogo innanzi agli impiegati, o, come è più verosimile, innanzi a SIMMACO stesso; in tutti i casi però essa è avvenuta d'ufficio. È del pari indubi-

---

<sup>40</sup> c) Il *crimen vis* era un *crimen publicum*; in questo non aveva luogo un processo ufficiale inquisitorio.

<sup>41</sup>) L. 16 pr. (rest.) Cod. *de testib.* IV, 20.

<sup>42</sup>) BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 273.

tato, che gli altri testimonii cercati invano non erano proposti da Scirzio: essi dovevano venir esaminati d'ufficio. — Dopo ciò SIMMACO ordina, che per mezzo degli *apparitores* vengano condotti innanzi a lui i curiali della vicina città di Preneste. Nulla è detto di una domanda fatta da Scirzio a tale scopo <sup>43</sup>); in realtà una tale domanda in quella condizione di cose sarebbe, come abbiamo esposto sopra, affatto inconcepibile quale atto di procedura civile, e tutt'al più possibile quale straordinaria preghiera nella procedura di polizia. Ora, e non prima, vien fuori il procuratore di Olibrio e appare il tutore degli eredi minori di Teseo, finalmente indotti a presentarsi dalle imminenti decisioni (*tandem cogentibus iudiciis postulatus*) <sup>44</sup>). Essendo stati vani i ripetuti sforzi illegali degli avversarii di Scirzio di mandare a vuoto l'istruzione ordinata da SIMMACO, e dovendo perciò effettuarsi la constatazione delle circostanze di fatto e la decisione, la quale minaccia di rivolgersi tanto contro Olibrio, quanto contro gli eredi di Teseo (*cogentibus iudiciis*), non resta ad essi altra via, che far valere dal canto loro dei diritti di indole privata, che facciano apparire giustificato il loro contegno verso Scirzio. Innanzi tutto il procuratore di Olibrio e il tutore dei detti eredi sollevano insieme delle pretese al possesso del fondo controverso, quantunque non siano d'accordo circa il modo, in cui il possesso va diviso tra loro. Su tale questione viene a più riprese discusso; ciononostante la procedura rimane procedura di polizia, e non si trasforma, in seguito alla difesa cercata nel diritto privato, in un processo civile. Su

<sup>43</sup>) Ciò è riconosciuto anche dal BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 277.

<sup>44</sup>) *Judicium* nel senso di sentenza finale, vedi per esempio: *Interpretatio ad L. 2 Cod. Theod. unde vi, IV, 22* (v.: *qui, iudicis ordinatione suppressa, iudicium se habere dicens*) messo in correlazione con la L. 2 cit. (v.: *qui, iudicis interlocutione suppressa, sub specie iudicati, etc.*). Arbitraria in sè e inammissibile quanto alla lingua è la traduzione del BETHMANN-HOLLWEG, pag. 368: « dopo molti inviti del tribunale ». Il SEEK poi contrariamente a tutti i manoscritti stacca le parole. *tandem — postulatus* dal loro rapporto col *defensor minorum* e le pone dopo: *Olybrù procurator emergit*, mutando il *iudicis* in *indiciis*. Se non può far torto a un filologo, se gli manca il concetto preciso della situazione giuridica, sempre difficile, non è però certo da approvare, che egli con così ingenuo arbitrio cerchi di appagare sè e gli altri con false supposizioni.

di ciò l'audizione dei testimonii, che ormai ha luogo, non può lasciar nessun dubbio. I curiali fatti venire d'ufficio da Preneste sono interrogati sulla questione del possesso, senza che nessuna delle parti li abbia neppur ora proposti come testimonii, anzi in assenza, o, ancor più precisamente, con esclusione della presenza delle parti <sup>45</sup>). La deposizione dei testimonii comunicata alle parti di nuovo ammesse alla presenza di SIMMACO convince gli avversarii di Scirzio, che essi allegando il loro possesso non possono stornare una decisione ad essi sfavorevole: essi si appigliano ora al mezzo di accampare un diritto di proprietà (*actionibus copulatis Scirtium urgere coeperunt* § 7). In appoggio dell'ammissibilità di questa difesa citano una costituzione *quae iudicibus tribuit copiam, non imponit necessitatem, ut quotiens de possessione successionis iudicant, continuo, si casus tulerit, etiam de iure cognoscant*. Non è certo esatto l'intendere questa costituzione nel senso ampio, che le dà il BETHMANN-HOLLWEG <sup>46</sup>), cioè che con la decisione sul possesso, ove la cosa lo comporti, possa andar sempre congiunta la decisione sulla proprietà: nel far ciò non si tien conto della qualificazione aggiunta a *possessio* con la parola *successionis*. Queste parole non possono significare altro che « possesso di

<sup>45</sup>) Il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., pag. 277 seg. nota 36, concede che le parole: *Auditis optimalium testimoniis denuo defensores admitto iurgantes* — ammettano tale interpretazione, ma crede di doverla respingere a cagione del fatto, che nel diritto giustiniano è certa la presenza delle parti o dei loro rappresentanti all'interrogatorio dei testimoni, ed è perciò d'opinione, che quelle parole debbano riferirsi solo all'interruzione della discussione delle parti durante l'interrogatorio dei testimoni. Però ciò facendo egli non tien conto delle parole che seguono: *quaesita et responsa partibus intimantur*. Se le parti fossero state presenti all'interrogatorio dei testimonii, sarebbe stata affatto superflua una notificazione delle domande rivolte a questi e delle risposte da essi date. Appunto perciò il BETHMANN-HOLLWEG non avrebbe dovuto riferire a un processo civile l'esposizione dell'interrogatorio dei testimonii qui fatta da Simmaco.

<sup>46</sup>) Loc. cit., pag. 370 § 8 e pag. 372 alla nota 44. Bene ora anche il KIPP, *Festgabe zu Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum* (Dono pel giubileo cinquantenario del dottorato del Windscheid), pag. 87 alla nota 52 seg. Egli, è vero, nel caso della nostra *relatio* reputa quella norma « non osservabile, perchè la lite non s'aggravava sull'eredità »; egli la limita alla congiunzione della lite sul possesso della massa ereditaria con quella sul diritto di successione (*ius successionis*).

un'eredità » <sup>46a</sup>). In altri termini quando è controverso, se qualcuno abbia preso il possesso di cose appartenenti a un'eredità, si può in certi casi risolvere nello stesso tempo la questione, se egli è od era autorizzato a prender tale possesso quale erede o legatario. Se ora noi teniamo presente, che il procuratore di Olibrio afferma, che a quest'ultimo sono state *sex uncias praediorum morte Thesei quaesitas* (§ 6), e che gli eredi di Teseo fondano il possesso almeno di una metà del fondo controverso sul loro diritto di successione, troveremo quel significato di *possessio successionis* adeguato allo stato delle cose. SIMMACO peraltro non prende ad esaminare la questione sulla proprietà, perchè questa non è solo pendente tra Scirzio da un lato e i suoi avversari dall'altro, ma è oggetto di dissensione anche tra questi avversari stessi. Egli adunque sentenza soltanto sulla questione del possesso, o ciò in conformità dei documenti presentati da Scirzio e delle deposizioni dei curiali di Preneste; egli ordina, che il possesso del fondo controverso nella metà ideale, a cui Scirzio limita la sua condanna, venga a questo rimesso, e riserva la questione della proprietà a un ulteriore esame.

Come si vede, tutta la relazione non contiene dunque nulla, che esca dall'orbita della procedura di polizia.

Nè del resto v'è qui nulla, che ci costringa a scorgere nella *momenti reformatio*, di cui qui si tratta (§§ 1 e 10), l'interdetto *Unde vi* o l'*actio extraordinaria* ad esso subentrata.

Innanzitutto, come ha dimostrato in modo convincente il BRUNS <sup>47</sup>), nell'uso della lingua del quarto e quinto secolo <sup>48</sup>) *momentum* significa « semplicemente il possesso momentaneo », non un'azione possessoria, e segnatamente non l'interdetto *Unde vi* in particolare.

<sup>46 a</sup>) *Successio* = massa ereditaria, per esempio nella L. 21 Cod. *de pact.* II, 3. KIPF. *Festgabe*, pag. 87, nota 53. Cfr. anche L. 4 Cod. *in quib. caus. cessat longi temp. praescr.* VII, 34.

<sup>47</sup>) *Die Besitzklagen* (Le azioni possessorie), pag. 88 segg.

<sup>48</sup>) L. 1 Cod. Theod. *si de momento fuerit appellatum*, XI, 37 dell'anno 386; L. 1 Cod. Iust. *si de momentaria possessione fuerit appellatum*, VII, 69 (v.: *Uum de possessione et (eius ins. Cod. Iust.) momento causa dicitur (dicatur Cod. Iust.)*); L. 4 Cod. Theod. *unde vi*, IV, 22 dell'anno 389 (v.: *ad repetendum momentum*); L. 6 eod. dell'anno 414 = L. 3 Cod. Iust. *qui legit. pers.* III, 6



Nemmeno la frase *momenti reformatio* ha quest'ultimo significato: essa dice precisamente lo stesso che l'espressione *possessionis reformatio*; e questa nella L. 1 Cod. Theod. *si de nom.*, XI, 37 = L. 1 Cod. Iust. *si de mom. poss.*, VII, 69 dell'anno 389 (infra num. 53) designa affatto generalmente la decisione del giudice sul possesso come tale <sup>48a</sup>).

Perciò non si può neppur concedere, che il *momenti reformationem postulare* (§ 1) debba significare « la domanda di restituzione per mezzo dell'interdetto *Unde vi*, del possesso sottratto » <sup>48b</sup>): esso significa invece, « domandare la decisione del giudice nel possesso come tale ».

In secondo luogo nemmeno l'esclusione dell'appello dalla *momenti reformatio*, di cui è fatta menzione due volte, deve farci ritenere che con tale *momenti reformatio* si voglia designare quell'interdetto. Perciò è affatto indimostrato, che appunto solo nell'*Unde vi* l'appello non fosse permesso <sup>49</sup>). S'intende di per sè, che il passo citato potrebbe servire a provare tale assunto, quando risultasse per altra via, che esso trattava dell'*Unde vi*. Gli altri due passi addotti a favore di quest'opinione, SIMMACO, Ep. X, 53 e 58 = *Relat.* 33 e 38, parlano di tutt'altre cose.

---

(v.: *Momenti actio* (*Momentariae possessionis actio* Cod. Iust.)). Cfr. anche L. 1 Cod. Theod. *unde vi*, IV, 22 dell'anno 326 = L. 1 Cod. Iust. *si per vim*, VIII, 5 (v.: *ut eos momentariae — possessioni restituant*); L. 1 Cod. Iust. *ubi de poss.* III, 16 dell'anno 366 (v.: *Ubi — momentaria possessio postulanda est*); L. 8 § 1 Cod. Theod. *de iurisd.*, II, 1 dell'anno 395 = L. 8 Cod. Iust. *unde vi*, VIII, 4 (v.: *momentariae — possessionis interdictum*); L. 6 Cod. Theod. *de denunt.* II, 4 dell'anno 406 (v.: *momentariam possessionem pervasione violatam*).

<sup>48a</sup>) BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 99 sotto il num. 6. L. 1 Cod. Theod. *utrubi* IV, 23 dell'anno 400: *bonae fidei possessori — oportet — celeri reformatione succurri*. Cfr. anche ISIDOR. *Origin.*, V, 24, 25 e 33 (BRUNS, loc. cit. pag. 89 seg.): *Momentum dictum a temporis brevitate, ut statim salvo negotio reformetur*, etc. — *Interdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur*.

<sup>48b</sup>) Cfr. BRUNS, loc. cit. pag. 78 sotto il num. V, dove tra l'altro anche per il nostro passo viene affermato questo significato. Nella L. 1 Cod. *ubi de poss.*, III, 16, il BRUNS riferisce parimenti la « *momentaria possessio postulanda* » all'*Unde vi*, invece l'« *ubi vis facta dicitur* » all'*interdictum retinendae possessionis* ».

<sup>49</sup>) Come insegna il BETHMAN-HOLLEWEG, loc. cit. pag. 327 nota 8, pag. 348 nota 26.

La *Relatio* 33 (Ep. X, 53)<sup>50)</sup> dell'anno 335 (SEEK) non parla di una elezione; non è punto chiaro, quale base materiale abbia la lite qui esposta. Nè è ivi detto, che l'appellante, Teodosio, sia comparso come attore; anzi pare, che abbia all'opposto avuto la posizione del convenuto, che è stato condannato in *eremodicio*<sup>51)</sup>. Infatti egli non è comparso nell'udienza, che ha preceduto la sentenza di prima istanza, e in seguito a ciò è stato privato del suo patrimonio (*Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates* § 3)<sup>51a)</sup>; l'avversario Costanzo ha ormai ottenuto il pos-

---

<sup>50)</sup> *In causis appellationum malo ius potestatis infringere, quam interpretationum dubia sustinere, praesertim conatus haud iniquas iudicationis, cui nonnihil honoris eveniet, si aeternitatis vestrae oraculo roboretur, domini imperatores. § 2: Tuli igitur Constantium suarium tenere provocantem, cum ex rescripto numinis vestri statum, quem Theodosio absentem ademerat, reformassem. mola enim vestra clementia supplicationis querelis brevi examine iussit inquiri, an Theodosio extra conflictum locato ac deinde, ne rebus excideret, provocante possessionem corporum Constantius esset indeptus. allegata igitur praeceptione divina primo cognitionem totius negotii, quamvis speciatim mihi tranquillitatis vestrae delegatione mandatam, viri clarissimi vicarii praesentiae reservavi. siquidem videbatur haec causa ceteris provocacionibus esse coniuncta, quae v. c. prodecessore meo negabantur admissae et alterum mecum sumpserant cognoscere. § 3: Dehinc ubi eam partem, quae ad illius temporis iudicem pertinebat, vestro relinquitis examini, appellationis inquisitione discreta, cum iam participem iudicii non haberem, turbatae possessionis querelam rescripto obsecutus audivi. et quia Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates, nec ulla precum mendacia Constantius delegebat, executus sum circa germanum supplicatoris heredem caeleste iudicium reformato statu, quem claruit mox proposita appellatione defensum, licet cultus subditus quaestioni libellos, quos Theodosius publicavit, apud se resedissem memoraverit, nihilo minus oboediens imperatis statui, ut fides gestorum superiorum ad augusta sorinia mitteretur. § 4: Hinc orta est provocatio, cuius vel iustitia vel contumacia sacro expendetur arbitrio. interea constitutionis memor sequestrari mobilia fructusque praecepi, ne medii temporis usurpatio abutatur indebitis. omnium gestorum fida documenta cum supplementis partium relationi ex more sociata sunt, ut diu fluctanti causae tandem stabilem terminum divino ore ponatis. Cfr. il commento di questa relazione in MÜLLER, *Sequestration und Arrest im römischen Rechte* (Dei sequestri nel diritto romano) § 106, pag. 287 segg., col quale io sono in sostanza d'accordo.*

<sup>51)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 307 alla nota 33.

<sup>51 a)</sup> Ciò non vuol in alcun modo dire: « fu constatato, che Teodosio non era stato presente a quella discussione in tribunale, nella quale egli si lagnò, che gli era stato tolto il suo patrimonio ». Perocchè, se egli ne era assente, non poteva essersi lagnato in essa.

sesso delle cose, di cui si tratta, per mezzo dell'esecuzione forzata (*statum, quem Theodosio absentis* — intendi dal tribunale — *ademerat*; — *Theodosio extra conflictum locato*, cioè perchè non era comparso alla discussione della lite, — *possessionem corporum Constantius esset indeptus* § 2). Teodosio aveva bensì prodotto appello, senza dubbio allegando, che egli era mancato all'udienza senza propria colpa (*Theodosio extra conflictum locato ac deinde, ne rebus excideret, provocante* § 2)<sup>51b)</sup>; però i libelli del ricorso in appello erano stati dimenticati nella cancelleria del *iudex a quo*, del penultimo predecessore di SIMMACO (*statum, quem claruit mox proposita appellatione defensum, licet cultus (cornicularius s. cognitionalis SEEK) subditus quaestioni libellos, quos Theodosius publicavit, apud se resedissee memoraverit* § 3). Se si fosse trattato realmente dell'interdetto *Unde vi* di Teodosio contro Costanzo, ciò basterebbe a confutare nel modo più reciso l'opinione del BETHMANN-HOLLWEG, secondo la quale in quest'azione l'appello, beninteso anche quello dell'attore respinto<sup>51bb)</sup>, non sarebbe stato permesso. — Ora Teodosio si era rivolto agli imperatori, e questi avevano ordinato, che, ove i fatti affermati da Teodosio risultassero veri, SIMMACO dovesse ripristinare lo stato di possesso esistente prima di quella sentenza di prima istanza. Dall'istruzione fatta (*turbatae possessionis*<sup>51c)</sup> *querelam rescripto obsecutus audiri* § 3) risulta la verità di quei fatti, e SIMMACO in obbedienza al rescripto ristabilisce il pristino stato (*cum ex rescripto numinis vestri statum, quem Theodosio absentis ademerat (sc. Constantius) reformassem* § 1 — *executus sum — caeleste iudicium reformato statu* § 3). Contro questa sentenza interpone a sua volta appello Costanzo, e ciò, a detta di SIMMACO, *temere* (§ 1). Il BETHMANN-HOLLWEG<sup>52)</sup>, se ben lo intendo, scorge la leggerezza, qui rilevata nel provocare, che Costanzo fa, contro l'interdetto *Unde*

<sup>51 b)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., pag. 311 alla nota 55.

<sup>51 bb)</sup> Cfr. il KIPP, *Festgabe*, pag. 88 seg., il quale dubita dell'ammissibilità dell'appello dell'attore nel *Quorum bonorum* per i motivi del divieto dell'appello dati nella L. 22 Cod. Theod. *quor. appell.* XI, 36.

<sup>51 c)</sup> È un'affermazione affatto indimostrata del BRUNS, loc. cit., pag. 98. che *turbare possessionem* significhi sempre una lesione violenta del possesso. sia mediante turbativa, che mediante sottrazione.

<sup>52)</sup> Loc. cit. pag. 348 nota 26, pag. 327 nota 8.

vi. Ma come potrebbe allora l'ammissione della provocazione essere un *ius potestatis infringere*? (§ 1), e da quel punto di vista potrebbe SIMMACO, ammettendo la provocazione contro l'interdetto, trattarla come un appello contro l'esecuzione? <sup>53)</sup> Piuttosto l'appello era inammissibile, perchè era diretto contro la decisione di un rescritto imperiale, quantunque il rapporto di fatto posto a base di questa decisione fosse risultato pienamente inattaccabile (*Theodosium iudicio non interfuisse constabat — nec ulla precum mendacia Constantius detegebat* § 3) <sup>54)</sup>. Se SIMMACO ammetteva purtuttavia la provocazione, egli, che aveva in luogo dell'imperatore ripetuto senza condizioni la decisione pronunciata condizionatamente, poteva certo parlare di un *ius potestatis infringere*; ma la provocazione, non essendovi altro grado d'istanza per la causa stessa, poteva formalmente esser trattata solo come provocazione contro l'esecuzione. Finalmente risulta evidente anche la ragione, per cui SIMMACO ammetteva la provocazione. Il suo penultimo antecessore aveva ricusato di ammettere molti appelli; le lagnanze portate in seguito a ciò dinnanzi agli imperatori erano state, probabilmente con una disposizione generale, rinviate al comune esame di SIMMACO e del *vicarius in urbe* <sup>55)</sup>; e gli imperatori si erano riservata la decisione su quelli di tali appelli, che erano prodotti contro sentenze di quello stesso antico *praefectus urbi* (*eam partem, quam ad illius temporis iudicem pertinebat, vestro retinuistis examini* § 3). SIMMACO in principio era stato d'avviso, che anche il caso, di cui parliamo, dovesse essere annoverato tra questi, sebbene gliene fosse stato assegnato particolarmente l'esame (§ 2). Più tardi però lo aveva definito egli stesso conformemente al rescritto particolare (§ 3), ma stimava pur sempre di aver potuto errare a questo riguardo nell'interpretazione dei rescritti imperiali (*interpretationum dubia* § 1), in altri termini, che anche il caso da lui definito avrebbe dovuto esser riservato alla decisione imperiale. Del resto è quasi

<sup>53)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., pag. 337 alla nota 83 giusta la L. 25 Cod. Theod. *quor. app.*, XI, 36 dell'anno 378. Appunto a questa legge accenna la nostra *relatio* § 4 con le parole: *constitutionis memor*. Erroneamente il SEEK cita la L. 21, § 3 D. *de app.*, XLIX, 1.

<sup>54)</sup> Cfr. L. 3 D. *quando app.*, XLIX, 4; L. 1, § 1 D. *de app.*, XLIX, 1.

<sup>55)</sup> BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 64 nota 39.

superfluo osservare, che il contegno, che Costanzo avrebbe dovuto tenere, sarebbe stato di continuare la lite dopo l'annullamento della sentenza contumaciale da lui ottenuta contro Teodosio, nello stato, in cui si trovava prima di questa sentenza, in altri termini di ripetere e dimostrare le affermazioni contenute nella sua azione.

La *Relatio* 38 (Epp. X, 53)<sup>56</sup> poi riguarda, è vero, un caso della deiezione; ma, in primo luogo contro questa non si procede qui con un'azione privata, quale sarebbe l'interdetto *Unde vi*, ma in via penale; e in secondo luogo l'appello interposto dall'accusato è punito, non perchè l'appello in materia di deiezione fosse vietato, ma perchè l'appello è stato prodotto prima della sentenza definitiva (*appellatio praeiudicialis* § 3. *praeiudicialem multam statuit* § 2)<sup>57</sup>.

Noi siamo perciò pienamente liberi di interpretare secondo il suo senso naturale la norma di diritto esposta in SYMMACHUS, *Rel.* 23, che vieta l'appello *in reformatione momenti*; e dobbiamo quindi riferirla, non soltanto a ogni decisione di diritto civile sul possesso come tale, cioè sì agli *interdicta retinendae possessionis*, che all'*Unde vi*, ma anche a ogni decisione in materia di polizia, com'è appunto in quella *relatio*. E nella stessa ampiezza va intesa anche la L. un. Cod. Theod. *si de momento fuerit appellatum*, XI, 37<sup>58</sup>) dell'anno 386 =

<sup>56</sup>) *In negotiis tempore ac iudicatione finitis cessare aequum est longae orationis excursum, ne et numinis vestri salutare actus oneret sermo prolixior et sine argumento rerum loquacitas morosa displiceat, divini imperatores.* § 2: *Cum in iudicio moderatoris Apuli inter Marcellum, qui se deiectum possessione questus est, itemque Venantium stratorem, ut ipse confirmat eiusque germanam Batrochiam causa violentiae diceretur, provocatio a reis inconsulta processit, quod provincialis cognitor promissis litteris ad vicariam potestatem susceptam retineret examen. tunc auditorii sacri iudex rectoris affatu super appellatione consultus et praeiudicialem multam statuit a provocantibus inferendam et ipsum quaesitorem crimini dedit cum executione vindictae.* § 3: *Post haec obreptionibus partium nonnulla gesta sunt, ut indicatio consummata traheretur. nam et vir spectabilis decessor meus cum multam didicisset exactam, quam decreto sacri auditorii appellatio praeiudicialis agnoverat, statuit causam criminis ad se debere transferri, et ego idem secutus partes in examen accivi, etc.*

<sup>57</sup>) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 326 nota 2.

<sup>58</sup>) VALENTINIANUS, THEODOSIUS et ARCARDIUS *ad Eusignium P. P.* *Cum de possessione et momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum, atque ita demum ad nostram scientiam referatur. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.*

L. un. Cod. Iust. *si de momentaria poss. fuerit appellatum*, VII, 69, la quale, in antitesi con le costituzioni mentovate in SIMMACO, permette l'appello contro le decisioni sul possesso, ma gli nega effetto sospensivo<sup>59</sup>).

L'ultimo risultato della nostra ricerca è adunque questo, che SYMMACH. Rel. 28 non concerne punto l'*Unde vi*, e che quindi dalle parole: *cum integrationem status, quem amiserat, impetrasset* — non si deve in verun modo dedurre, che alla fine del quarto secolo esistesse una speciale *impetratio* e una formale emanazione degli interdetti<sup>60</sup>). Così viene a cadere anche l'ultima parvenza di prova di due altri passi, che ultimamente il KIPP<sup>61</sup>) ha addotto a dimostrare, che per lo meno nell'impero d'occidente ancora nel quarto secolo aveva regolarmente luogo l'emanazione degli interdetti. Essi sono L. 2 (sostanzialmente modificata come L. 6 Cod. Iust. *unde vi*, VIII, 4) e L. 5 pr. Cod. Theod. *Unde vi*, IV, 22 = L. 2 Cod. Iust. *si per vim*, VIII, 5.

Secondo la prima costituzione datata da Treviri l'anno 381 non deve perdere per pena tutto il suo diritto di azione colui, il quale *iudicis interlocutione suppressa sub specie iudicati ius alienum improba temeritate pervasit*; secondo l'altra datata da Milano l'anno 397 *Nec imperiale rescriptum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris interpellare possessionis statum eo, qui rem tenet, adsente permittitur, quia negotiorum merita partium assertione panduntur*. Il KIPP ora opina, che il resto del contenuto delle due leggi renda necessario intendere per interlocuzione un ordiue circa il possesso<sup>62</sup>), e che

<sup>59</sup>) Cfr. il BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 99 sotto il num. 6, il quale riferisce la legge in discorso per lo meno a tutte le azioni possessorie.

<sup>60</sup>) S'intende di per sè, che cadono così anche le considerazioni, che il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., pag. 372 deriva da quella *relatio* sui consorti di lite e l'intervento. — Già il WIEDING, *Der justinianische Libellprozess*, pagina 27 seg., aveva dubitato della verità della spiegazione del BETHMANN-HOLLWEG, senza però poterne dare una migliore. Parimenti O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung*, pag. 539 nota 32, il quale però erroneamente riferì SYMMACH. Epp. X, 48 (rel. 28 cit.) alla contrapposizione del *possessorium* al *petitorium*, come osserva a ragione il KIPP, *Die Litisdenuntiation*, pag. 211 nota 53.

<sup>61</sup>) Loc. cit.

<sup>62</sup>) Per la L. 5 cit. deve ciò concedersi — vedi anche BRUNS, *Besitzklagen*,

questo debba presumersi sia l'*interdictum redditum Unde vi*, il quale secondo SYMMACH. Rel. 28 sarebbe stato dato prima di ogni discussione. Quest'affermazione in ogni caso assolutamente arbitraria non abbisogna di un'ulteriore confutazione<sup>63</sup>). E poi non potevano anche in altri processi, per esempio anche nella *rei vindicatio*, aver luogo in assenza dell'avversario, con l'esclusione di questo, delle interlocuzioni, che contenevano disposizioni sul possesso?

Ciò posto noi possiamo a buon diritto affermare, che con lo sparire della peculiare procedura interdittale sia nello stesso tempo stata abolita l'emanazione speciale dell'interdetto da parte del magistrato, e, come s'intende di per sè, ogni effetto giuridico, che per lo innanzi era andato congiunto a tale emanazione.

Un'ultima conferma del fatto, che negli *extraordinaria iudicia* gli antichi interdetti sono diventati delle azioni ordinarie, è riposta in quanto abbiamo già sopra detto dell'essere competenti per essi alla fine del quarto secolo anche i magistrati municipali entro i limiti della loro generale competenza<sup>64</sup>). Se nell'*actio ex causa interdicti* avesse avuto luogo ancora un'emanazione espressa dell'interdetto, sarebbe già stata un'innovazione poco spiegabile, il poter questa esser fatta da quei magistrati.

123. Avendo avuto la procedura interdittale di fronte alle *actiones ordinariae* il vantaggio della celerità<sup>65</sup>), è agevole comprendere, che si cercò, per quanto era possibile, di conservare questo vantaggio anche alle *actiones extraordinariae* che avevano luogo *ex causa interdicti*.

---

pag. 107 —; però non arrivo a capire, come possa contenere una disposizione circa il possesso anche la *interlocutio suppressa* nella L. 2 cit.

<sup>63</sup>) Non mi riesce chiaro, come possa il KIPP addurre in appoggio di essa anche la forma del comando di restituzione condizionato (*mandatum cum clausula*), che aveva presa l'interdetto *unde vi* in Italia sotto TEODOSIO, CASIODOR, *Var.*, IV, 39, 40, 44; V, 12. Non v'è dubbio, che questo mandato aveva effetto solo dal momento, ch'era stato notificato all'impetrato; l'*impetratio interdicti* nel senso dell'opinione qui combattuta dovrebbe invece aver effetto in forza del suo solo verificarsi, anche nell'assenza dell'avversario.

<sup>64</sup>) Vedi sopra § 1833, num. 2, pag. 13 (ediz. ted., parte I, pag. 16) alla nota 32.

<sup>65</sup>) Vedi sopra § 1839, num. 114.

Per le *actiones ordinariae* la ragione di sgradito indugio della decisione era stata l'organizzazione del *rerum actus*: mercè la procedura interdittale questo indugio, o veniva evitato, o trovava il più possibile un compenso pei suoi effetti dannosi. Per la procedura regolare dopo la scomparsa dell'*ordo iudiciorum privatorum* la forma introduttiva della *litis denuntiatio* coi suoi lunghi termini legali era una nuova causa d'indugio. Perciò è quasi di per sè evidente, che le antiche cause interdittali vennero tenute esenti da queste ambagi.

Infatti ciò è anche in più modi attestato.

La più antica notizia ne è stata con molto acume scoperta dal KIPP<sup>66</sup>) in SYMMACHUS, Rel. 16 (*Ep. X, 29 al. 36*) dell'anno 384.

*Profiteor ultro, quod scio clementiam vestram posse rescribere. verecunde potius quam iure suscepi provocationem non exstante sententia, ne existimarer offensus liberae quidem, sed immaturae vocis obiectu. nam cum inter proximos Euphasii c. m. viri itemque heredes scriptos, qui olim beneficio praetoris corporibus defruuntur, super testamenti iure actio verteretur, et sententiam de possessione impatienter exigerent, quibus ab intestato bonorum possessio minime competeat, quia heredibus scriptis secundum tabulas docebatur indulta, Priscianus et Polemonianus ad denuntiationem dilato negotio provocarunt. § 2 etc.*

Qui i parenti del *de cuius* contro gli eredi testamentarii, che si trovavano già da lungo tempo in possesso delle cose ereditarie dopo l'agnizione della *bonorum possessio secundum tabulas* (*qui olim beneficio praetoris corporibus defruuntur — scriptis heredibus secundum tabulas docebatur indulta sc. bonorum possessio*) insieme con l'interdetto *Quorum bonorum* hanno esercitata la *hereditatis petitio* (*super testamenti iure actio verteretur*); quest'ultima pel caso, che essi nulla ottenessero col primo. Nella loro impazienza essi hanno innanzi tutto domandato la decisione sulla *bonorum possessio*, naturalmente domandata anche da parte loro (*sententiam de possessione impatienter exigerent*). Questa ora è stata pronunciata in senso ad essi sfavorevole, e

---

<sup>66</sup>) *Die Litisdenuntiation*, pag. 297 nota 8. Vedi ora il suo minuto esame della rel. 16 in *Festgabe zu B. Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum*, Halle 1883, pag. 67 segg., specialmente pag. 86.



senza dubbio non perchè SIMMACO considerasse come dimostrati i requisiti edittali della *bonorum possessio secundum tabulas*, e negasse quindi un diritto degli attori alla *bonorum possessio intestati* <sup>66a</sup>), ma per la ragione che allora la prova fornita dai convenuti possessori, di aver domandata la *bonorum possessio* in base di un testamento scritto esternamente non vizioso, — nello stesso modo che già nell'epoca classica la *missio ex edicto Hadriani* <sup>66b</sup>) — escludeva per altri pretendenti il diritto, perseguibile mediante il *Quorum bonorum*, al possesso provvisorio delle cose dell'eredità <sup>66c</sup>); in altri termini, per esprimerci come la L. 1 Cod. *quor. bon.* VIII, 2, tali pretendenti non venivano punto ammessi *ad hereditatem vel bonorum possessionem* <sup>66d</sup>). Solo con questa interpretazione può spiegarsi, come il rigetto del *Quorum bonorum* potesse avvenire per mezzo di una decisione interlocutoria: con questa veniva deciso, non sul diritto della *bonorum possessio*, ma unicamente sulla distribuzione delle parti per la lite circa un diritto di successione definitivo. In forza della medesima decisione interlocutoria SIMMACO ha differito fino alla *litis denuntiatio* la discussione sulla *hereditatis petitio* proposta in modo eventuale. Contro questa decisione interlocutoria gli attori hanno dunque provocato troppo presto. Da ciò risulta, che il *Quorum bonorum* era stato iniziato senza *litis denuntiatio* <sup>66e</sup>).

<sup>66a</sup>) Perocchè la *relatio* non dice punto, che i requisiti edittali della *bonorum possessio secundum tabulas* siano realmente dimostrati, ma soltanto che la *bonorum possessio scriptis heredibus secundum tabulas indulta*, cioè che è stata domandata da essi. Perciò da un altro canto le parole: *quibus* (agli attori) *ab intestato bonorum possessio minime competebat* — non possono significare, che agli attori non spetti quella *bonorum possessio*. KIPP, *Festgabe*, pag. 90.

<sup>66b</sup>) Vedi sopra § 1835 a num. 23 pag. 112 (ediz. ted. parte I pag. 145) alla nota 98.

<sup>66c</sup>) Questo è il vero significato delle parole: *quibus ab intestato bonorum possessio minime competebat*. KIPP, *Festgabe*, pag. 91 seg.

<sup>66d</sup>) KIPP, *Festgabe*, pag. 89 segg. L'affermazione del testo vale anche per il *bonorum possessor contra tabulas*: egli poteva ritogliere con l'*hereditatis petitio possessoria* l'eredità allo *scriptus heres*, che aveva domandato la *bonorum possessio secundum tabulas*. Però non mi sembra una felice espressione di questo concetto quella del LEIST, Continuazione di questo *Commentario*, libro XXXVII (ediz. ted. parte II, pag. 404), il quale dice, che l'*hereditatis petitio* e il *Quorum bonorum possessor contra tabulas* sono in sostanza divenuti tutt'uno.

<sup>66e</sup>) Il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 240 nota 24, vuol riferire a ciò

Inoltre l'esenzione dalla *litis denuntiatio* si desume per l'interdetto *Unde vi* dalla

L. 5 Cod. Theod. *de denunt.* II, 4 (VALENTINIANUS, TEODOSIUS ET ARCADIVS a. 389):

*Universa quidem negotia, quae ex rescriptorum auctoritate sortiantur exordium, ad cursum temporum pertinere, decretum est: ante omnia vero procurandum est, ne pervasionibus improborum protelandae cognitionis praebetur occasio. Idcirco, si quis possessione deiectus auxilium nostri poscat oraculi, nullis eum temporum, quae ex rescriptorum editione defluunt, moris esse ludendum, hac lege decernimus, ne iuris suffragium, quod in celeri reformatione consistit, beneficiorum imperialium decreta suspendat.*

Qui è espressa l'esenzione dal termine dell'*editio rescripti* per lo cause di deiezione iniziate mediante supplica rivolta all'imperatore<sup>67)</sup>. Bene osserva in proposito il KIPP<sup>68)</sup>: « Si dovrà ammettere, che in quel tempo l'esenzione dell'interdetto *Unde vi* dalla *litis denuntiatio* era già riconosciuta, e restava solo da precisare l'analoga applicazione di questa norma alla procedura dei rescritti. Perocchè altrimenti sarebbe incomprendibile, perchè la legge parla solo di questa, non potendosi supporre, che il termine abolito per essa dovesse continuare a sussistere nella procedura ordinaria »<sup>69)</sup>.

anche la L. un. § 2 Cod. Theod. *quor. bon.* IV, 21 (*omnibus frustrationibus amputatis*) dell'anno 395; parimenti SCHMIDT, loc. cit. pag. 334 alla nota 21, BARON, *Der Denuntiationsprocess*, pag. 156 nota 1. A ragione osserva però il KIPP, *Die Litisdenuntiation*, pag. 298 seg. nota 8, che l'espressione citata esclude soltanto il richiamo alla proprietà. LEIST, Continuazione di questo *Commentario*, libro XXXVII (ediz. ted. parte II, pag. 424. Cfr. infra alla nota 76. Anche lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 346, allegando GOTOFREDO, riconosce, che l'espressione in discorso concerne « unicamente l'obbiezione del convenuto, essere egli il proprietario »; non è quindi facile comprendere, come egli possa a pag. 334 alla nota 21 riferirla col BETHMANN-HOLLWEG all'esclusione della *denuntiatio*.

<sup>67)</sup> Cfr. in proposito KIPP, loc. cit. pag. 188 segg. e § 31.

<sup>68)</sup> Loc. cit. pag. 297.

<sup>69)</sup> Similmente SCHMIDT, loc. cit. pag. 334 alla nota 20.

Possiamo dunque certamente riferire all'esenzione dalla *litis denuntiatio* le L. 3 Cod. Theod. *ad leg. Iul. de vi publ. et priv.* IX, 10 (*amissas possessionis iura reparentur, eademque prolinus restituta violentus — in totius litis terminum*

Troviamo poi espressamente esclusa la *litis denuntiatio* coi suoi termini per l'*Utrubi* nella

L. un. Cod. Theod. *utrubi* IV, 23 (ARCADIUS et HONORIUS a. 400):

*Si coloni, quos bona fide quisque possedit, ad alios fugae vitio transeuntes, necessitatem condicionis propriae declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, non expectatis temporibus nec denuntiatione solenni, quae locum in his negotiis non habebunt.*

Quand'anche quest'editto nel suo insieme concerna soltanto il caso speciale di coloni fuggitivi, pur tuttavia la proposizione finale sembra interdire la *litis denuntiatio*, se non in ogni azione possessoria (in *his negotiis*), per lo meno nell'*Utru'* i<sup>70</sup>).

Finalmente un editto degli stessi imperatori dell'anno 406, ponendo insieme tutte le cause esentate dalla *litis denuntiatio*, enuncia quest'esenzione per tutti gli interdetti.

L. 6 Cod. Th. *de denunt.* II, 4.

*Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est seu fideicommissi dirigat actionem aut momen-*

---

*diferatur* (dell'anno 319, L. 2 Cod. Theod. *unde vi* IV, 22 (*illico quidem possessio ei, a quo ablata est, reddatur*) dell'anno 381, L. 8 § 1 Cod. Theod. *de iurisd.* II, 1 (*Momentariae etiam possessionis interdictum, — ut mox audiri mereatur*) dell'anno 395 e L. 4 Cod. Th. *unde vi*, IV, 22 (*celeri redhibitione consulere, nec iudicium dilatione suspendi*) dell'anno 396, che parlano in generale dell'acceleramento nell'*unde vi*. Diversamente il BETHMANN-HOLLWEG, il quale riferisce quei passi a ogni altro acceleramento possibile. Da lui dissente lo SCHMIDT, il quale loc. cit., pag. 341 segg. spiega il «*protinus*» della L. 2 Cod. Theod. IX, 10 nel senso, che l'interdetto *unde vi* vien deciso prima che sia pronunciata la sentenza penale, nella L. 2 Cod. Th. IV, 22 riferisce l'«*illico*» a ciò, che la restituzione deve venir ordinata subito in occasione dell'istruzione criminale, senza che debba prima aspettarsi l'azione privata della parte lesa; il «*mox audiri mereatur*» della L. 8 Cod. Theod. II, 1 secondo lui non significherebbe nulla di particolare, ma sarebbe solo una ragione della disposizione, che gli affari di poco momento debbono venir sbrigati nel proprio paese e non esser recati davanti al *rector provinciae*. Per la L. 4 Cod. Th. IV, 22 invece anche lo SCHMIDT sostiene la relazione all'abolizione della *denuntiatio*.

<sup>70</sup>) Così intende anche l'INTERPRETATIO: *quia initium litis ad momentariam non pertinet actionem.*

*tariam possessionem pervasione violatam vel QUODLIBET INTERDICTUM efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quorum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri.*

È certo innegabile, che il contenuto particolare di taluni interdetti, per es. del *Quorum bonorum*, dell'*Unde vi*, degli interdetti a tutela del possesso in generale, rende desiderabile uno speciale acceleramento. Ma ciò però non può punto dirsi di tutti gli interdetti, per esempio del *Salvianum*, dell'interdetto *de precario* e di altri. Se ora noi troviamo pur tuttavia dismesse per tutti gli interdetti le ambagi della *litis denuntiatio*, ciò non si può spiegare che col fatto, che nell'antico diritto tutti gli interdetti come tali avevano portato con sè il vantaggio dell'acceleramento (nel senso sopra indicato).

Oltre questo mezzo generale di acceleramento per tutti gli interdetti v'erano per alcuni di essi anche altri mezzi speciali. Così in primo luogo per l'*Unde vi* in seguito alla norma, che per colui che è stato spossessato mentre era assente, il detentore può comparire nonostante mancanza di procura, anzi nonostante mancanza di capacità di stare in giudizio, giusta la L. 1 Cod. Theod. *Unde vi* IV, 22 <sup>70a</sup>) dell'anno 326 (ripetuta nella L. 4 *eod.* dell'anno 396 e L. 6 *eod.* dell'anno 414) <sup>71</sup>); inoltre per il medesimo interdetto e per la decisione sul possesso in generale, quindi anche per gli interdetti *retinendae possessionis* <sup>71a</sup>), con la competenza elettiva, non tanto del *forum delicti commissi* <sup>71b</sup>), quanto piuttosto del *forum rei sitae*, secondo la L. unica Codice Iust. *ubi de poss.* III, 16 dell'anno 366 <sup>71c</sup>). In secondo luogo pel *Quorum bonorum* con l'esclu-

<sup>70 a</sup>) Vedi sopra nota 30 (ediz. ted. parte II, pag. 423 seg.).

<sup>71</sup>) BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit., pag. 348 alla nota 29.

<sup>71 a</sup>) Vedi sopra num. 122 alla nota 48 <sup>b</sup> (ediz. ted. parte II, pagina 430).

<sup>71 b</sup>) Come ritiene il BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 348 alla nota 30 conformemente all'opinione dominante.

<sup>71 c</sup>) Vedi sopra § 1833 num. 2 nota 36 pag. 14 (ediz. ted. parte I, pag. 18).

sione dell'appello, e ciò accennando espressamente allo scopo dell'acceleramento, secondo la L. 22 Cod. Theod. *quor. app.* XI, 36 dell'anno 374 <sup>72</sup>). Secondo SYMMACH. *Rel.* 28 §§ 1 e 10 <sup>73</sup>) nell'anno 384 l'appello era parimenti escluso nella *reformatio momenti*, cioè negli antichi interdetti *retinendae possessionis* e *Unde vi* <sup>74</sup>); la L. un. Cod. Theod. *si de nom.* XI, 37 dell'anno 336 qui, è vero, la permette, ma gli nega l'effetto sospensivo. Spesso si considera come un acceleramento pel *Quorum bonorum* anche la norma della L. un. § 2 Cod. Theod. *quor. bon.* IV, 21 dell'anno 395, la quale dice: *omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora hereditaria transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa*, scorgendo in essa una prova della natura sommaria del sunnominato interdetto <sup>75</sup>). In un altro luogo <sup>76</sup>) abbiamo tentato di dimostrare, che questa opinione è errata, e che la L. un. cit. contiene invece la norma di diritto civile, giusta la quale il *Quorum bonorum* non può più essere ricusato all'appoggio di un titolo singolare del possesso del convenuto, ma ha per oggetto la consegna di tutte le cose possedute dal *de cuius* alla sua morte, unicamente per la ragione, che il *de cuius* le ha possedute.

Appunto l'antitesi di questi mezzi speciali di acceleramento dati per alcuni interdetti determinati con l'esonazione dalla *litis denuntiatio* introdotta per tutti mostra chiaramente, che quest'ultimo privilegio deriva dall'indole dell'antica procedura interdittale in generale.

I mezzi di acceleramento speciali per l'interdetto *Unde vi* e la *reformatio momenti* sono passati nel Codice di GIUSTINIANO <sup>77</sup>), mentre

<sup>72</sup>) VALENT., VALENS ET GRATIAN.: *In interdicto Quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis.*

<sup>73</sup>) Vedi sopra num. 122 (ediz. ted. parte II, pag. 427 e 431).

<sup>74</sup>) Vedi ivi (ediz. ted. pag. 445 seg.).

<sup>75</sup>) Così già la GLOSSA ad L. 3 Cod. I. *quor. bon.* VIII, 2 (= L. un. Cod. Theod. cit.).

<sup>76</sup>) *Archiv für di civil. Prax.* (Archivio per la pratica civile), vol. LXX, pag. 42 segg. Cfr. sopra § 1835 num. 11 pag. 63 (ediz. ted. parte I, pag. 82) alla nota 5.

<sup>77</sup>) a) Rappresentanza della persona privata del possesso in sua assenza L. 1 Cod. I. *si per vim* VIII, 5 = L. 1 Cod. Theod. *unde vi* IV, 22 cit. (vedi

in esso non è fatta menzione dell'esclusione dell'appello nel *Quorum bonorum* <sup>78</sup>). Il mezzo di acceleramento generale, invece che per tutte le *actiones ex causa interdicti* si aveva nell'esenzione dalla *litis denunciatio*, è scomparso con lo sparire di questo istituto.

In sua vece però il Codice di GIUSTINIANO prescrive un mezzo di acceleramento non precisamente designato <sup>79</sup>).

Esso fa ciò per l'*Unde vi* e l'*Utrubi*, non solo accogliendo invariate da tre costituzioni del Codice Teodosiano, relative a questi interdetti, le espressioni indeterminate *non audiri mereatur* <sup>80</sup>), *protinus* <sup>81</sup>) e *celeri reformatione succurri* <sup>82</sup>), le quali si riferivano colà all'esenzione dalla *litis denunciatio*, ma anche inserendo rispetto all'*Unde vi* nel testo della L. 1 Cod. Theod. *unde vi* IV, 22, divenuta in esso L. 1 Cod. I. *si per vim* VIII, 5, le parole *sine ulla cunctatione*. Certo nulla ci autorizza a stimare quest'aggiunta una « frase priva d'importanza » <sup>83</sup>).

sopra nota 30 (ediz. ted. parte II pag. 423 seg.)). L. 3 Cod. I. *qui legit. pers.* III, 6 = L. 6 Cod. Theod. *unde vi* IV, 22 cit.;

b) *Forum rei sitae* L. un. Cod. I. *ubi de poss.* III, 16 cit. (sopra pag. 14 (ediz. ted. parte I pag. 18) nota 36).

c) Esclusione dell'effetto sospensivo dell'appello L. un. Cod. I. *si de moment. poss.* VII, 69 = L. un. Cod. Theod. *si de mom.* 11, 37 cit. (sopra nota 58 (ediz. ted. parte II, pag. 446)).

<sup>78</sup>) Possiamo qui astenerci dal ricercare, se si debba, come fa il LEIST, Continuazione di questo *Commentario* lib. XXXVIII (ediz. ted. parte II, pag. 430) nota 48, « secondo la probabile intenzione di GIUSTINIANO applicare analogamente anche per l'interdetto » l'esclusione dell'appello, che ha luogo per la *missio ex edicto Hadriani* secondo la L. 7 pr. D. *de app. recip.* XLIX, 5 e la L. 6 Cod. *quor. app. non recip.* VII, 65. Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 347 e sopra pag. 84 (ediz. ted. parte I pag. 111 sotto seg.).

<sup>79</sup>) Cfr. per quanto segue BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 347 nota 24. La L. 3 Cod. I. *quor. bon.* (dalla L. un. Cod. Theod. *ead.* IV, 21) ivi parimenti citata non tratta certo di ciò. Vedi sopra nota 66 e e alla nota 75 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 456).

<sup>80</sup>) L. 8 Cod. I. *unde vi* VIII, 4 dalla L. 8 § 1 Cod. Theod. *de iurisd.* II, 1 (vedi sopra nota 69).

<sup>81</sup>) L. 7 § 1 Cod. I. *ad leg. Iul. de vi* IX, 12 = L. 3 Cod. Theod. *ead.* IX, 10 (vedi sopra nota 69).

<sup>82</sup>) L. 14 Cod. I. *de agricol.* XI, 48 (47) dalla L. 1 Cod. Theod. *utrubi* IV, 23 (vedi sopra pag. 736) (ediz. ted. parte II, pag. 454), dove nello stesso tempo sono cancellate le parole: *non expectatis temporibus nec denuntiatione solenni*.

<sup>83</sup>) L'opinione opposta dello SCHMIDT, pag. 348, peraltro punto fondata,

E siamo inoltre costretti a scorgere col BETHMANN-HOLLWEG la stessa norma per tutti gli interdetti nella L. 4 Cod. *de interd.* VIII, 1. Questa legge tratta dalla L. 6 Cod. Theod. *de de nunt.* II, 4, dice:

*Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus* <sup>84)</sup> *intra ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur exprimere.*

È vero, che lo SCHMIDT <sup>85)</sup> opina, che « i compilatori danno unicamente un ragguaglio storico: prima, essi dicono, v'erano delle ambagi, che sono state abolite ». Ma, se in tutti i casi è arrischiato, il considerare il contenuto di una costituzione accolta nel Codice Giustiniano come un ragguaglio storico dato da GIUSTINIANO, ciò è certo del tutto inammissibile quando il presunto ragguaglio storico è così oscuro, e si palesa così privo di scopo in qualsiasi ipotesi, come qui sarebbe. Che cosa potevano intendere i contemporanei di GIUSTINIANO per le « antiche ambagi » ivi mentovate? L'istituto della *litis denuntiatio* nominato nel tenore originario della norma riferita nella raccolta giustiniana era affatto estinto tranne tracce inintelligibili: se l'imperatore avesse voluto istruire contemporanei e posteri della sua abolizione, avrebbe per lo meno dovuto nominarlo, — invece egli ne cancella il nome! <sup>86)</sup>. E se qualcuno dei suoi contemporanei nonostante avesse, forse in seguito a notizia avutane d'altra fonte che dalla compilazione, riconosciuto realmente nelle *veteres ambages* la *litis denuntiatio* abolita, esso sarebbe nello stesso tempo caduto inevitabilmente nell'errore di credere, che solo gli interdetti fossero per il passato vincolati a quella forma introduttiva del processo, e non le rimanenti azioni, se pure non nel malinteso ancor peggiore, che essa prima avesse luogo in tutte le azioni, ed ora fosse abolita

---

si spiega benissimo col fatto, che quello scrittore non ricono ce, quanto corrisponda all'essenza degli antichi interdetti una procedura accelerata.

<sup>84)</sup> Invece del *ruptis denuntiationum ambagibus* del Codice teodosiano.

<sup>85)</sup> Loc. cit. pag. 347.

<sup>86)</sup> Istruttiva a tal riguardo è la L. 2 Cod. *de form. et impetr. act. subl.* II, 57, la quale, riproducendo parola per parola la L. 1 Cod. Theod. *de ommissa actionis impetratione* II, 3, contiene l'una menzione della *exceptio non impetratae actionis* abolita da questa costituzione. Vedi sopra num. 122 alla nota 23 segg. (ediz. ted. parte II, pag. 419).

soltanto negli interdetti. Perocchè il fatto, che la L. 4 fa rilevare quelle *veteres ambages* esclusivamente in rapporto agli interdetti, ci impone addirittura di limitare l'interpretazione di questa legge nell'uno o nell'altro senso agli interdetti<sup>87)</sup>. Del resto sarebbe stato più semplice intendere per *veteres ambages* lo stesso, che intende la GLOSSA<sup>88)</sup> desumendo esclusivamente dalla compilazione i mezzi della sua interpretazione, cioè le *formas et conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat*<sup>89)</sup>, in altri termini l'emanazione degli interdetti fatta dal magistrato. Ma non era oïd già stato detto in modo assai più chiaro, sì nel pr. e § 8 I. *de interd.* IV, 15, che nelle ultime parole della L. 3 Cod. *eod.*, che precede immediatamente<sup>90)</sup>. A che scopo dunque una ripetizione così poco trasparente? Avesse almeno la nostra L. 4 potuto rappresentare l'abolizione delle antiche ambagi come un merito di GIUSTINIANO! — E questa stessa ragione appunto vieta anche una interpretazione puramente storica, la quale, come vorrebbe lo SCHMIDT<sup>91)</sup>, si limita a far dire alla L. 4, che prima v'erano delle ambagi qualsiasi, non conosciute nei loro particolari, le quali sono abolite.

Un aspetto essenzialmente diverso invece acquista la L. 4, non appena essa viene precisamente all'opposto considerata come una disposizione pratica. Allora la principale importanza spetta alle parole: *intra ipsa cognitionum auspicia*. Queste vengono, è vero, poste in maggior rilievo da quelle, che precedono, ma non ne hanno alcun bisogno, tanto è vero che quelle potrebbero venir del tutto omesse.

---

<sup>87)</sup> Lo SCHMIDT, loc. cit. pag. 317, dice: « L'affermazione, che soltanto gli interdetti siano liberati da esse (cioè dalle antiche ambagi), non viene punto avanzata, e sarebbe del resto erronea ». Ma se si evita lo scoglio di questa interpretazione, qui a ragione detta erronea, non si urta allora senza scampo nell'altro dell'interpretazione, secondo la quale quelle ambagi avrebbero avuto luogo solo negli interdetti?

<sup>88)</sup> Ad h. l. v. *ambagibus* i. e. *solemnitate verborum sublata*. Così anche il WALTER, *Geschichte des Röm. Rechts* (Storia del dir. rom.), parte II § 770 nota 45. Cfr. WIEDING, *Der iustinianische Libellprocess*, pag. 490.

<sup>89)</sup> Pr. I. *de interd.* IV, 15.

<sup>90)</sup> *Interdicta autem, licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.*

<sup>91)</sup> Vedi sopra nota 87.



senza nuocere al significato, e certo sono state ivi incluse per la sola ragione, che esse stavano nel testo originario. Così si spiega, come esse in seguito alla necessaria sostituzione della parola *veteribus* in sostanza esatta, ma affatto indeterminata, al termine *denuntiationum*, che si riferiva a un istituto scomparso, siano divenute piuttosto prive di significato; per GIUSTINIANO era assolutamente indifferente, che cosa intenderebbero i lettori per quelle *veteres ambages*. Ciò che invece gli importava, era, che in ogni azione interdittale, tralasciate le antiche ambagi, quali ch'esse si fossero, venissero presentate *intra ipsa cognitionum auspicia* le affermazioni necessarie a fondare l'azione. *Ipsa cognitionum auspicia* designa il principio della funzione del giudice, che prende a occuparsi di una causa<sup>91a)</sup>; la disposizione intende adunque stabilire, che la discussione dell'azione deve aver luogo il più presto possibile dopo la presentazione del libello.

Senza dubbio era volere di GIUSTINIANO, che anche il corso ulteriore della procedura venisse accelerato il più possibile. Però la maniera di questa accelerazione per ogni data fattispecie era rimessa all'arbitrio del giudice; qui non si è sviluppata nessuna particolare forma di procedura<sup>92)</sup>. Così potè il titolo delle Istituzioni *De interdictis* IV, 15 tacere di ciò, tanto più che la nostra L. 4 Cod. cit. notava a suo luogo quanto è necessario<sup>92a)</sup>.

Perdurava dunque pur sempre un vantaggio nella procedura delle antiche cause interdittali. E ciò spiega, come la compilazione a tutela della riparazione della via dia ancora a chi ha il diritto di servitù, oltre la *confessoria actio*, anche l'*interdictum de itinere reficiendo* a scelta. Senza quell'acceleramento quest'ultimo mezzo procedurale sarebbe non solo superfluo, ma addirittura dannoso, richiedendo esso, oltre la piena prova del diritto di servitù, la dimostrazione del suo esercizio non vizioso nell'ultimo anno<sup>93)</sup>.

<sup>91 a)</sup> Cfr. L. 2 § 2 Cod. Theod. *ad leg. Corn. de falso*, IX, 19: *anni — cuius exordium testatae apud iudicem competentem actionis nascetur auspiciam.*

<sup>92)</sup> Vedi BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. pag. 348 seg.

<sup>92 a)</sup> Ciò parmi elimini l'obbiezione dello SCHMIDT, loc. cit. pag. 349.

<sup>93)</sup> L. 3 § 11 D. *de it. actiq. priv.* XLIII, 19. Vedi sopra § 1839 num. 115 alla nota 81 a) pag. 678 (ediz. ted. parte II, pag. 373 seg.). — HEIMBACH nel *Rechtlexicon* (Dizionario giurid.) del WEISKE, vol. V, pag. 556 alla nota 290 seg.

D'altra parte però questo vantaggio delle azioni interdittali non è così notevole, da distogliere GIUSTINIANO dal fondere l'*interdictum fraudatorium* con l'*actio Pauliana*, con la quale aveva del tutto comuni requisiti e scopi <sup>94)</sup>, in un'unica *actio in factum*.

E se l'interpolazione, che ha fatto del *Salvianum* un mezzo processuale provvisorio <sup>95)</sup>, proviene da deliberata intenzione, questa si spiega forse con lo sforzo di ristabilire una rilevante differenza tra quest'*actio ex causa interdicti* e la *Serviana*, le quali, malgrado quell'indeterminato acceleramento delle azioni interdittali, nel loro campo comune di applicazione non si distinguevano in pratica quasi punto.

Vedremo fra poco <sup>96)</sup>, come accanto alla procedura accelerata delle azioni straordinarie interdittali potè affermarsi l'*executio iure potestatis* per un certo numero di interdetti proibitorii <sup>97)</sup>.

124. Circa il contenuto delle *actiones extraordinariae ex causa* di interdetti imperativi non v'è controversia. Se ne toglie, che un interdetto di tale specie aveva designato soltanto nel suo insieme l'obbligo dell'impetrato, mentre la condanna in seguito a tale azione contiene l'obbligo del convenuto nei suoi particolari, questa condanna ha in sostanza lo stesso oggetto, che aveva pel passato il comando dell'interdetto. Però mentre l'interdetto, essendo emanato prima della constatazione dei suoi requisiti, acquistava forza obbligatoria solo quando quei requisiti venivano poscia dimostrati, la condanna nell'*actio ex causa* di un interdetto imperativo ha luogo incondizionatamente, potendo essa venir pronunciata, solo dopochè il giudice si è convinto dell'esistenza dei suoi requisiti.

Ora, come noi sappiamo <sup>98)</sup>, si il *iudicium secutorium* che l'*actio arbi-*

<sup>94)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 29 alla nota 51 segg. pag. 126 (edizione ted. parte I, pag. 167 segg.). § 1839 num. 115 alla nota 58 pag. 671 (ediz. ted. parte II, pag. 364).

<sup>95)</sup> Vedi sopra § 1835 a num. 29, pag. 125 (ediz. ted. parte I, pag. 167 seg.) alla nota 47 segg.

<sup>96)</sup> Vedi infra num. 126.

<sup>97)</sup> Vedi L. 1 §§ 1 seg. D. *de migr.* XLIII, 32; L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4; L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4; L. 1 § 2 D. *si ventris nom.* XXV, 5 (sopra pag. 683) (ediz. ted. parte II, pag. 380 seg.).

<sup>98)</sup> Vedi sopra § 1837 b num. 79 pag. 384 (ediz. ted. parte I, pag. 513) messo in correlazione col § 1838 b num. 92 pag. 490 (ediz. ted. parte II, pagina 127). Num. 93 pag. 496 (ediz. ted. parte II, pag. 134 seg.).

*traria* di un interdetto imperativo abbracciavano interamente il contenuto di quest'ultimo. Quindi può anche dirsi, che l'*actio ex causa* di un tale interdetto ha lo stesso contenuto, che aveva il suo *iudicium secutorium* o la sua *actio arbitraria*. Pur tuttavia sarebbe un errore il credere, che dopo l'abolizione dell'antica procedura interdittale al comando espresso pel passato personalmente nell'interdetto si sia semplicemente sostituito il comando sottinteso della norma di diritto, su cui poggiava l'interdetto, di modo che l'*actio ex causa interdicti* in realtà non sia altro, che l'antico *iudicium secutorium* o l'antica *actio arbitraria ex interdicto reddito*. Partendo da questo concetto si arriverebbe per conseguenza logica a far incominciare tutti gli effetti dell'*interdictum redditum*, ove essi, come la consunzione processuale, non richieggano per natura loro una discussione in tribunale, dal momento in cui cominciano a sussistere i requisiti di quel comando sottinteso. Segnatamente dovrebbe, già col primo verificarsi dell'obbligo alla restituzione, il debito di chi è obbligato a restituire, aumentare, conformemente alla norma generale, nello stesso modo in cui avveniva pel passato *ex interdicto reddito*<sup>99</sup>). Se nessuno ha ancora, a quanto io veggo, dedotto effettivamente da quella strana premessa tale conclusione, ciò si spiega solo col fatto, che non si è svolto quella premessa per via di logica argomentazione, ma la si è in certo modo desunta come sottintesa da una inesatta interpretazione del § 8 I. *de interd.* IV, 15. Infatti le parole:

*perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset —,*

vengono intese come se esse invece dicessero:

*perinde atque si interdictum redditum fuisset.*

Se fosse questo il loro significato, certo si potrebbe dire con ragione, che l'*actio extraordinaria ex causa interdicti* prese il luogo del *iudicium secutorium* o dell'*actio arbitraria ex interdicto*. In realtà però quelle parole dicono, che vien giudicato senza interdetto nello stesso modo, che se fosse stata data un'azione usuale pel motivo, pel quale

<sup>99</sup>) Vedi sopra § 1838 num. 83 pag. 443 (ediz. ted. pag. 63 seg.) alla nota 7.

prima veniva emanato un interdetto. E ciò può « solo significare, che per la *causa* dell'interdetto non vi è più bisogno di domandare un interdetto, ma si può senz'altro esercitare l'azione. Allora la nuova azione ha preso il posto dell'antica azione diretta a ottenere l'interdetto, non all'azione derivante dall'interdetto. Pel resto è necessario *perinde iudicari* secondo il caso pratico »<sup>100</sup>).

Se quella erronea interpretazione del § 8 cit. I. *de interd.* è rimasta senza conseguenze pratiche rispetto alle *actiones ex causa* di interdetti imperativi, essa è però stata assai fatale rispetto alle *actiones ex causa* di interdetti proibitorii.

Qui essa ha condotto alla seguente affermazione:

« in base a quei passi dell'editto, che istituiscono degli interdetti proibitorii, non si può più sollevare un'azione prima della lesione, ma solo dopo di questa »<sup>1)</sup>:

« nel diritto più recente non vi sono più interdetti proibitorii, essi hanno tutti preso un carattere restitutorio »<sup>2)</sup>.

Certo è assolutamente vero ciò che osserva qui lo SCHMIDT<sup>3)</sup>: « l'interdetto non vien più pronunciato; l'azione deve esser trattata come se il passo dell'editto dicesse: *si quis dicitur — —, in factum iudicium dabo*. Se fosse altrimenti, avrebbe dovuto esser detto espressamente in qualche luogo del *corpus iuris*, soprattutto sarebbe stato allora compito affatto irrecusabile dei compilatori delle Istituzioni il pensare a questa importante peculiarità nel paragrafo otto citato. Oltredichè nell'ipotesi contraria la rubrica delle pandette menzionata sarebbe errata nella sua generalità »<sup>4)</sup>.

Però tale argomentazione perde ogni valore di prova rispetto al presunto contenuto delle azioni in discorso, non appena noi riem-

<sup>100</sup>) BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pag. 53 seg.

<sup>1)</sup> SCHMIDT, loc. cit. pag. 328.

<sup>2)</sup> Ivi pag. 329. A questa affermazione certo s'attaglia ciò, che il WINDSCHIED, *Pandekten*, vol. I § 159 nota 3, erroneamente obietta contro il BRUNS, che cioè secondo essa con lo sparire dell'*ordo iudiciorum* si è mutato il contenuto del diritto dell'attore, mentre il § 8 cit. I. evidentemente vuol soltanto dire, che lo sparire dell'*ordo* ha un'importanza unicamente processuale.

<sup>3)</sup> Ivi pag. 328.

<sup>4)</sup> L'ultima proposizione forma la nota 4 della pag. 328.

piano nel solo modo ammissibile la lacuna lasciata dallo SCHMIDT in quella ipotetica clausola edittale. Lo SCHMIDT evidentemente l'immagina riempita con l'accenno a un fatto già appartenente al passato per es.: *si quis dicitur quid in loco publico fecisse inve eum immississe qua ex re quid illi damni datum sit etc.*<sup>4a</sup>). Ma l'interdetto, a cui dev'essere stata sostituita questa azione, diceva: *Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re etc.*, — si riferiva dunque al futuro; l'azione data per la causa dell'interdetto può quindi esser promessa solo pel caso, *si quis dicitur quid in loco publico factururus inve eum immissurus esse, etc.*

Ne risulta precisamente il contrario dell'affermazione da noi combattuta: l'azione non presuppone punto la violazione di un divieto; essa anzi ha per iscopo d'impedire questa violazione.

S'intende di per sè, che non deve perciò credersi, che nella procedura giustiniana la condanna fosse redatta in forma di divieto: il corso dell'*actio ex causa* di un interdetto proibitorio si svolgeva piuttosto in questo modo. Il giudice, se riconosceva come fondato il timore dell'attore, che venisse commesso un atto, che doveva appunto esser vietato, invitava il convenuto a promettere all'attore l'astensione da quell'atto, e pel caso, ch'egli lo commettesse, una determinata somma di danaro. Se il convenuto obbediva a tale invito, veniva assolto, se non obbediva, egli non poteva certo esser condannato a prestare la cauzione ricercata, non condannandosi nemmeno al tempo di GIUSTINIANO ad un *facere* in questo senso, e tale sarebbe il *cavere*<sup>5</sup>); invece la condanna aveva per oggetto la *litis aestimatio*, il cui ammontare veniva determinato dall'attore con *iusiurandum in litem*<sup>6</sup>).

Una cauzione di questa specie aveva luogo, non solo in quei casi,

<sup>4 a</sup>) In modo affatto simile il BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter* (Il diritto del possesso nel medio evo), pag. 51 nota 1, aveva prima affermato che nel diritto giustiniano rispetto all'*uti possidetis* era come se l'editto del pretore avesse detto addirittura come in altre azioni: *Si quis possidenti vim fecerit, iudicium dabo*. Nello stesso senso per esempio, l'ECK, *Die sog. doppel-scitigen Klagen* (Le azioni cosiddette bilaterali), pag. 59 alla nota 203.

<sup>5</sup>) L. 13 § 1 D. *de re. iud.* XLII, 1.

<sup>6</sup>) Arg. L. 7 i. f. D. *si serv.* VIII, 5.

nei quali già nel *iudicium secutorium* del diritto classico l'impetrato non poteva evitare la condanna se non prestando una cauzione <sup>7)</sup>, ma in tutte le azioni *ex causa* di interdetti proibitorii — a meno che dopo sollevata l'azione fosse già avvenuta la violazione del divieto, e una seconda violazione non fosse da temere, cosicchè l'azione era esaurita con la prestazione del risarcimento pel danno arrecato.

In questa generale necessità della cauzione v'è certamente una differenza tra la nuova azione e l'antica procedura interdittale; ma essa si giustifica di per sè, perchè richiesta dal cambiamento del corso del processo. Fintantochè l'interdetto veniva emanato senza la prova dei requisiti edittali, l'imposizione di una cauzione, sia pure di una cauzione verbale, sarebbe stata un'ingiusta vessazione per l'impetrato; solo quando era stata dimostrata una contravvenzione all'interdetto, e v'era nello stesso tempo il timore, che tale contravvenzione si ripetesse, quella imposizione era fondata: il suo luogo era dunque solo nel *iudicium secutorium*. Ora invece la condanna nell'azione *ex causa* di un interdetto proibitorio presuppone sempre la dimostrazione, che v'è ragione di temere una violazione del divieto espresso nell'editto, che stava dietro all'interdetto: il convenuto non può quindi lagnarsi, se egli è stato invitato ad allontanare questo timore. Non può far meraviglia, che la compilazione di GIUSTINIANO non faccia rilevare quella differenza: da un lato essa risulta di per sè manifesta, dall'altro lato non avrebbe potuto essere indicata nelle Pandette senza molte interpolazioni <sup>7a)</sup>.

Del resto ove tra la contestazione della lite e la sentenza avvenga la temuta violazione del divieto espresso nell'editto, il contenuto dell'azione, precisamente come nella *negatoria* e nella *confessoria in rem actio* <sup>8)</sup>, si allarga, e comprende il diritto a risarcimento dei danni

7) Vedi sopra § 1838 e num. 104 pag. 599 seg. (ediz. ted. parte II, pagina 270 segg.).

7 a) Questa opinione mi sembra renda meglio giustizia a GIUSTINIANO che non quella del WETZELL, *System* § 46 dopo la nota 39, « che le cauzioni del convenuto nella procedura giustiniana non hanno un terreno favorevole ».

8) IHERING, *Das Schuldmoment* (L'elemento della colpa), pag. 26 alla nota 4 a. Se nell'accenno alla natura di queste azioni quali *actiones arbitrarie* nel WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. I § 198 nota 5, è contenuta una contraria

cagionati da questa violazione <sup>8a</sup>). E quando questa consiste nella permanenza di uno stato di cose prodotto dal convenuto, l'azione, di nuovo analogamente alla *negatoria* e alla *confessoria*, ha per oggetto anche la cessazione di quello stato di cose <sup>9</sup>). In altri termini l'*actio extraordinaria ex causa* di un interdetto proibitorio, oltre il contenuto dell'interdetto, abbraccia eventualmente anche il contenuto del *iudicium secutorium* di quell'interdetto. In questo caso adunque tutto il cambiamento di fronte all'antico diritto concerne esclusivamente la procedura; i compilatori non potevano in alcun modo essere da esso indotti a dar più ampie spiegazioni.

Affatto opposta è invece l'opinione dominante: secondo questa l'*actio ex causa interdicti* rimpiazza unicamente l'antico *iudicium secutorium*, e non abbraccia in nessun punto il contenuto dell'interdetto stesso. Ma questa sarebbe una così profonda modificazione del diritto positivo, che la nessuna sua menzione nelle Istituzioni di GIUSTINIANO sarebbe incomprensibile.

E secondo l'opinione dominante la modificazione dell'antico diritto andrebbe ancora più in là, se fosse per di più vero, che ogni azione *ex causa* di un interdetto proibitorio, essendo un'azione motivata da un atto vietato dall'editto, è un'azione *ex delicto* <sup>10</sup>). Se così fosse, gli eredi di colui che ha commesso tale atto, nel diritto giustiniano sarebbero obbligati *in quantum ad eos pervenit*, mentre giusta la norma della procedura interdittale essi sarebbero in massima responsabili di quell'atto, solo quando esso è stato commesso dopo l'istituzione dell'azione *ex causa interdicti*, o ha prodotto uno stato di cose, la cui esistenza è contraria al divieto <sup>11</sup>). Sarebbe invero sommamente strano, che la modificazione della procedura avesse avuto per conseguenza

---

opinione, questo vien confutato dal fatto, che, come LENEL, *Ed. perp.* pagina 152 ha provato, esse in realtà non erano arbitrarie, a meno che non si riferissero all'*ususfructus* ivi pag. 149. Sull'argomento cfr. infra alla nota 38.

<sup>8 a</sup>) Di diversa opinione è il BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie), pagina 56 seg., il quale dà l'azione anche pel risarcimento di un danno antecedente.

<sup>9</sup>) Cfr. infra alla nota 39.

<sup>10</sup>) SCHMIDT, loc. cit. pag. 329 seg.

<sup>11</sup>) Cfr. sopra § 1338 num. 88 pag. 447 seg. (ediz. ted. parte II pag. 69 seg.) alla nota 17 segg.

una tale trasformazione del diritto positivo! Si rifletta inoltre, che gli interdetti *retinendae possessionis* non sono stati nemmeno di natura obbligatoria, ma erano mezzi procedurali reali<sup>12)</sup>: come potrebbero essi essere azioni *ex delicto*?

Non credo, che a respingere tali obiezioni basti l'osservazione, che nel diritto giustiniano non v'è più nessun bisogno pratico di un'azione prima del fatto, come lo SCHMIDT<sup>13)</sup> cerca di dimostrare. Nel diritto classico, egli dice, certo l'ammissibilità dell'*actio* con *condemnatio* presupponeva, che fosse stato emanato prima del fatto un interdetto, che obbligava all'omissione; ma ora si ha l'azione senza precedente interdetto; e quindi è interamente inutile adire il giudice prima del fatto, a meno che non si voglia ammettere una condanna prima della violazione. È vero, che si è tentato di far ciò affermando, che la sentenza ha per oggetto una cauzione. Ma una cauzione verbale, egli continua, mancherebbe di ogni importanza pratica, avendosi ora l'azione dopo il fatto; la pretesa di una cauzione reale per contro è assolutamente inammissibile, perocchè il requisito da molti affermato della minaccia per un interdetto proibitorio non è attestato dalle fonti<sup>14)</sup>, e quella pretesa verrebbe quindi a significare, che potrebbero venir domandate a piacere da ognuno cauzioni reali.

Ora, se bisogna convenire, che non si può parlare di una cauzione reale, è però anche certo, che lo SCHMIDT disconosce completamente la grande importanza, che avrebbe il diritto a una cauzione verbale *ex causa interdicti* prima del fatto, anche allorquando realmente dopo il fatto abbia luogo senz'altro un'azione per risarcimento di danni.

Quest'importanza si manifesta specialmente là, dove la cauzione promette l'astensione da una certa specie di atti sotto una pena determinata per ogni contravvenzione. L'azione di risarcimento esige per ciascun caso la prova precisa del danno; la cauzione rende tale prova superflua; oltre di che la pena promessa per lo più oltrepassa in misura non indifferente l'ammontare del danno. È dunque innegabile, che un rapporto è tutelato in modo assai più efficace, quando ogni

12) Vedi sopra § 1839 a num. 117 (ediz. ted. parte II pag. 398 segg.).

13) Loc. cit. pag. 328 seg.

14) Vedi sopra § 1837 num. 65 pag. 283 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 379 seg.).



sua violazione è posta sotto la sanzione di una pena di quella specie, che non lo sia quando non può domandarsi che il risarcimento del danno patito. E a tali diritti a risarcimento si resterebbe invariabilmente limitati se l'*actio ex causa* di un interdetto proibitorio non tendesse fin dal principio ad impedire future violazioni: sarebbe poi assolutamente inammissibile l'ottenere con la prima o con una susseguente azione di risarcimento, oltre il risarcimento del danno, anche una cauzione per le future violazioni. Anche là, dove essa promette la pena, non per ogni contravvenzione, ma unicamente per una singola turbativa temuta, la cauzione verbale offre un innegabile vantaggio, e non solamente rendendo anche qui, nel caso di quella turbativa, non necessaria la prova dell'ammontare del danno, e spesso assicurando più che il risarcimento del danno reale; ma, come aveva fatto per l'addietro l'interdetto, prevenendo non di rado con successo la turbativa. Nè è del tutto indifferente, che per es. il tentativo del locatore, di prender possesso delle cose del conduttore a lui pignorate, debba esser respinto in materiale flagranza, affinchè egli possa domandare il risarcimento mediante l'*actio ex causa Salviani*. o che per mezzo di quest'azione il conduttore, già ove esista fondato timore della sua opposizione, venga costretto a una cauzione, che sia atta a distoglierlo da una reale opposizione. Come facilmente si viene altrimenti a serie vie di fatto!

Ed è oltre a ciò falso, che senza precedente istituzione di azione *ex causa* di un interdetto proibitorio possa domandarsi risarcimento di un danno, che è derivato dalla violazione del divieto tutelato da un tale interdetto. Anche nella compilazione le azioni *ex causa* di interdetti proibitorii sono rimaste proibitorie, precisamente quali erano quegli interdetti stessi; non sono punto divenute restitutorie.

Ciò è attestato innanzi tutto con la massima evidenza dal § 1 I. *de interd.* IV, 15:

*Summa autem divisio interdictorum haec est*<sup>15)</sup>, *quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria. prohibitoria sunt, quibus vetat ali-*

---

<sup>15)</sup> Si osservi, che qui è mantenuta la forma del presente usata da GAIO, IV, 142, mentre il *principium* parla dell'essenza originaria degli interdetti con la forma dell'imperfetto: *Erant autem interdicta formae et conceptiones ver-*

*quid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferendi, quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripave eius aliquid fieri, quo peius navigetur*<sup>15a</sup>). *restitutoria sunt, quibus restitui aliquid iubet, ecc.*

Analogamente a questo numerosi passi della compilazione designano come scopo di singoli interdetti proibitorli appunto un *prohibere, vetare, prospicere ne fiat* o simili, un *pertinere ad ea, quae nondum facta sunt*<sup>16</sup>).

La differenza fondamentale tra le azioni *ex causa* di interdetti proibitorii e quelle *ex causa* di interdetti restitutorii si pronuncia con particolare evidenza in alcuni casi, nei quali per l'addietro aveva avuto luogo un interdetto dell'una o dell'altra classe secondo le di-

---

*borum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat (GAI. IV, 139: et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet). Quod tum maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur (GAI. loc. cit.: quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur).*

<sup>15 a</sup>) Cfr. anche ΤΗΕΟΡΗ. ad h. l. (sopra pag. 265 (ediz. ted. parte I pagina 355).

<sup>16</sup>) L. 1 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8: — *praetor prohibet aedificare et interdictum proponit. L. 2 eod. § 2: propter quod (sc. ad prohibendum) si quod forte opus in publico fiet, — hoc interdictum propositum est. § 7: Si quis — reficere voluit, hoc interdicto locum esse — a'l prohibendum eum reficere. § 19: in loco — sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur. L. 1 § 1 D. *de loco publ. fruendo* XLIII, 9: *Interdictum hoc — tuetur — vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, quid id (publicum ins. M.) fruendum conduserit. L. 1 § 12 D. ne quid in flum. publ.* XLIII, 13: *superius (interdictum) — prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. — s quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum. L. 1 § 4 D. uti poss XLIII, 17: huius rei causa redditur (sc. interdictum Uti possidetis), ne vis fiat ei, qui possidet. — Hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio. L. un. Cod. eod. VIII. 6: *Uti possidetis fundum — rector provinciae vim fieri prohibebit. L. 1 § 5 D. de cloac. XLIII, 23: Hoc interdictum — prohibitorium est, quo prohibetur vicinus vim facere, quo minus cloaca purgetur et reficiatur. § 9: Idem LABEO etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. L. 2 eod.: interdicendum — ne facienti cloacam vis fiat. L. 20 § 10 D. de O. N. N. XXXIX, 1: Hoc interdictum (sc. ne vis fiat aedificanti) prohibitorium est, ne quis prohibeat facere volentem eum, qui satisdedit. L. 9 D. de relig. XI, 7: *Liberum est ei, qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre — interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri.****

verse circostanze. Questi casi concernono la tutela delle vie pubbliche, dei *loca sacra*, della navigazione su fiumi pubblici, del corso dell'acqua di fiumi pubblici, e finalmente delle cloache pubbliche<sup>17)</sup>. Il fatto, che la compilazione ha mantenuto quella duplice specie di azioni, può comprendersi solo se le azioni *ex causa* degli interdetti proibitorii riguardanti tali materie tendono a impedire gli atti vietati, e non sono dirette invece a risarcimento di danni per un atto eseguito prima dell'istituzione dell'azione, nè alla demolizione di opere contrarie al divieto, mentre quest'ultimo scopo è perseguito esclusivamente mediante le azioni *ex causa* degli interdetti restitutorii. E così infatti troviamo attestato espressamente per lo meno per le azioni a tutela dei corsi d'acqua nella L. 1 § 12 D. *ne quid in flum. publ.* XLIII, 13<sup>18)</sup>.

Lo SCHMIDT<sup>19)</sup> ha tentato con sommo acume di spiegare la duplicità delle azioni anche partendo dal suo concetto delle *actiones* derivanti da interdetti proibitorii. « Uno sguardo agli interdetti in discorso », egli dice, « ci mostra, che le *actiones* da darsi in seguito alle forme proibitorie possono esser dirette soltanto contro colui che ha commesso l'atto, senza guardare, se egli ha ciò che ha fatto; le *actiones* provenienti dalle forme restitutorie invece soltanto contro colui che ha la cosa, senza guardare, se egli è colui che ha commesso l'atto o no. Perciò nessuna delle due forme è abolita nemmeno nel diritto più recente. Se colui che ha commesso l'atto, detiene ancora ciò che ha fatto, basta contro di lui l'interdetto restitutorio, se egli non detiene più, secondo la teoria si promuove contro di lui il giudizio in base all'interdetto proibitorio. Perciò dogmaticamente la cosa prende per esempio nel caso del fr. 2 § 20, 35 *ne quid in loco publico fiat* la seguente configurazione: se su di una strada pubblica è stata fatta un'opera che la danneggia, si può agire 1.° contro il detentore dell'opera, 2.° contro colui che la ha fatta, ancorchè egli non la detenga. Il se-

17) Vedi sopra § 1837 num. 61 nota 59 pag. 268 (ediz. ted. parte I pag. 359).

18) Vedi sopra pag. 267 (ediz. ted. parte I, pag. 358).

19) Loc. cit. pag. 330 seg. sotto il num. 1. Nello stesso senso WINDSCHEID, *Pandekten*, § 467 nota 5. Ai rimanenti interdetti popolari proibitorii il WINDSCHEID dà per oggetto, anche nella loro odierna applicazione, un divieto. Su che cosa egli fondi questa distinzione, non si comprende.

condo caso non esisterebbe, se l'interdetto proibitorio non fosse stato accolto nelle Pandette ».

Qui però lo SCHMIDT dimentica, che come il vero detentore risponde anche colui, *qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet*. Ciò ci è attestato precisamente per l'interdetto restitutorio *de via publica* <sup>20)</sup>, come pure per l'interdetto restitutorio a tutela del corso dell'acqua <sup>21)</sup>; anzi il primo vien dato *utiliter* contro colui che, fatta l'opera, l'ha abbandonata *bona fide* <sup>22)</sup>. E in forza della regola: *semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet* <sup>23)</sup> possiamo ammettere lo stesso anche per gli altri interdetti restitutorii di questa specie. Come *dolo desinens habere* l'autore dell'opera, che se ne spoglia, risponderà, se non sempre, bensì in molti casi: egli sa pur bene, o almeno dovrebbe sapere, se egli è obbligato a rimuoverle a proprie spese. È dunque difficile, che vi fosse il bisogno di mantenere a cagione dell'autore dell'opera, che non possiede, le azioni derivanti dai corrispondenti interdetti proibitorii, se esse fossero state senza utilità; — secondo il concetto degli interdetti proibitorii dello stesso SCHMIDT <sup>24)</sup> nel diritto classico per un'opera già fatta, mancava un mezzo procedurale contro l'autore dell'opera, che non la possiede, in quei medesimi casi, nei quali secondo la nostra opinione è ancora così oggigiorno <sup>24a)</sup>.

In modo sommamente ingegnoso lo SCHMIDT <sup>25)</sup> ha trovato un appoggio per la sua argomentazione nella maniera in cui sono trattati nella compilazione i due interdetti *de loco sacro*. Quello restitutorio è nominato in vari luoghi delle Pandette, e non solo nella L. 2 § 19 D. *ne*

<sup>20)</sup> L. 2 § 42 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (vedi sopra § 1837 num. 58 pag. 253 (ediz. ted. parte I, pag. 337)).

<sup>21)</sup> L. un. § 13 D. *ne quid in flum.* XLIII, 13 (vedi sopra pag. 252 (ediz. ted. parte I, pag. 336)).

<sup>22)</sup> L. 2 § 39 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (vedi sopra pag. 253 (ediz. ted. parte I, pag. 337 seg.)).

<sup>23)</sup> L. 157 § 1 D. *de R. J. L.* 17 (vedi sopra pag. 253 (ediz. ted. parte I, pag. 337)).

<sup>24)</sup> Loc. cit. pag. 57 seg.

<sup>24 a)</sup> A che altrimenti l'*utile interdictum restitutorium* contro l'autore dell'atto che abbandona la cosa, se esso fosse già stato tenuto dal *prohibitorium*?

<sup>25)</sup> Loc. cit. pag. 330 nota 9.

*quid in loco publ.* XLIII, 8<sup>26</sup>), ma anche nella L. 2 § 1 D. *de interd.* XLIII, 1<sup>27</sup>) e nella L. 1 § 1 D. *de O. N. N.*, XXXIX, 1<sup>28</sup>); invece nel titolo *ne quid in loco sacro fiat*, D. XLIII, 6 non ve n'è alcun accenno, di modo che sembrerebbe, che GIUSTINIANO non l'abbia più stimato praticamente necessario. Ora lo SCHMIDT opina, che, se l'interdetto fosse stato diretto unicamente contro chi aveva commesso l'atto vietato, cioè fosse stato concepito con le parole *quod in loco sacro fecisti* e non *quod factum habes* (ciò che del resto, come egli stesso espressamente osserva, non si può dimostrare), dovrebbe cercarsi appunto in ciò la ragione sufficiente della sua abolizione; allora infatti esso sarebbe affatto superfluo pel diritto giustiniano, perchè già contenuto nel passo dell'editto, che offre l'interdetto proibitorio. Però non solo non si può dimostrare, che l'interdetto restitutorio *de loco sacro* conteneva le parole *quod fecisti*; ma dalla concordanza dei tre passi, che ne fanno menzione, parmi risulti con piena certezza, che esso, come gli interdetti restitutori negli altri casi, conteneva le parole *quod factum est*. Già per ciò il motivo della sua tacita abolizione nella compilazione non può scorgersi là, dove lo suppone lo SCHMIDT. Se esso realmente è stato abolito, ciò trova forse la sua più semplice spiegazione nel fatto, che il suo compito era adempiuto in modo più sicuro e completo dall'intervento d'ufficio di coloro, ai quali era stata affidata la custodia di edifici e luoghi sacri<sup>29</sup>), mentre ad impedire che si turbasse la pace di queste cose si stimò sempre opportuna la cooperazione del pubblico, e perciò si lasciò sussistere l'azione *ex causa* dell'interdetto proibitorio. Se questa opinione è giusta, la scomparsa dell'azione *ex causa* dell'interdetto restitutorio verrebbe quindi ad attestare precisamente il contrario,

26) — *in loco — sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur.*

27) *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est « ne quid in loco sacro fiat » vel « quod factum est, restituitur », etc.*

28) — *si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, — erit transeundum ad interdictum — « quod in loco sacro religioso — factum erit ».*

29) L. 1 § 3 D. *ne quid in loco sacro* XLIII, 6: *Sed et cura aedium locorumque sacrorum (Sed et cura locorum sacrorum scr. M.) mandata est his, qui aedes sacras curant ».*

cioè che l'azione *ex causa* dell'interdetto proibitorio mantenuta aveva per oggetto il divieto di future violazioni.

Una irrecusabile testimonianza ne abbiamo poi nell'essere passata nella compilazione la concorrenza dell'azione derivante dagli interdetti proibitorii. *Ne vis fiat ei qui immissus est* per il *legatorum vel fideicommissorum nomine missus* e la *ventris nomine missa* con l'*actio in factum* per avvenuto impedimento dell'effettuazione della *missio*<sup>30</sup>). Il vantaggio, che aveva offerto l'antica procedura interdittale mercè la *poena sponsionis*<sup>31</sup>), è scomparso; una prerogativa dell'*actio ex causa interdicti* può scorgersi unicamente nel fatto, che essa in massima ottiene l'astensione dall'impedimento per l'avvenire<sup>31a</sup>).

Ciò risulta con la maggior chiarezza desiderabile appunto come essenza dell'azione *ex causa* di un interdetto proibitorio nella L. 9 D. *de relig.* XI, 7<sup>32</sup>), nella quale la differenza tra l'interdetto *de mortuo inferendo*, cioè nella compilazione l'azione, che ne ha preso il posto, e l'*actio in factum* avente per oggetto il risarcimento dei danni per l'impedito seppellimento viene trattata e con ciò riconosciuta come pratica. Se qui vien detto, che colui, che patisce l'impedimento, può o *statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, o alio inferre et postea in factum agere*, ciò nel senso della compilazione deve indiscutibilmente voler dire unicamente, che l'*actio ex causa interdicti* deve proporsi prima del seppellimento, cioè allo scopo di proibirne l'impedimento; mentre all'opposto vien detto dell'*actio in factum*: *per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse*.

« Una vera difficoltà » finalmente presenta per l'opinione dello SCHMIDT<sup>33</sup>) il significato dell'interdetto *ne quid in loco publico* nella compilazione. « Qui » dice lo SCHMIDT « nell'antico diritto veniva espressamente ricusato un interdetto restitutorio, perchè nessuno deve

<sup>30</sup>) L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4; L. 3 pr. D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4 messa in correlazione con L. 1 § 2 *eod.*; L. 3 § 2 *eod.* Vedi sopra § 1839 num. 115 pag. 666 (ediz. ted. parte II, pag. 358 segg.).

<sup>31</sup>) Vedi *ivi* pag. 677 ediz. ted. pag. 372).

<sup>31 a</sup>) Cfr. sopra § 1837 num. 67 pag. 298 (ediz. ted. parte I pag. 399) alla nota 47 a a.

<sup>32</sup>) Vedi sopra pag. 397 (ediz. ted. parte II, pag. 2).

<sup>33</sup>) *Loc. cit.* pag. 332 seg. sotto il num. 3.

esser costretto a demolire degli edifici, che egli senza ricevere ammonimenti ha eseguiti sul terreno pubblico<sup>34</sup>). Ora nel diritto più recente si avrebbe come conseguenza logica, che anche questo passo dell'editto concernente un interdetto proibitorio darebbe luogo dopo il fatto senz'altro a un'azione. Ma a ciò contraddice recisamente l'intenzione dei compilatori. Essi manifestamente non senza ponderazione hanno incluso quel passo nelle Pandette; ed anche i *Basilici* (LVIII, 8, 8) espongono lo stesso senza alcuna modificazione. Quale sia il risultato pel diritto giustiniano, è cosa che, tacendo assolutamente le fonti, non può appurarsi con certezza. Non si può pensare in alcun modo, che l'interdetto venisse pronunciato dal magistrato. Io suppongo, che la pratica civile abbia spiegato il *nemine prohibente* del fr. 2 § 17 e fr. 7 nel senso, che il privato, che vuol intentare un giudizio, doveva far pervenire anche a chi costruiva un divieto ammonitorio, come nell'interdetto *Quod vi* ».

Certo le parole *nemine* o *nullo prohibente* nei frammenti citati vanno riferite anche alla *prohibitio*, che fondava il *Quod vi*, e così pure all'*operis novi nuntiatio*<sup>35</sup>). Ma se esse dovessero riferirsi esclusivamente a questi due divieti privati, non rimarrebbe alcun posto per un'azione derivante dall'interdetto *Ne quid in loco publico fiat*, diretta unicamente al ristabilimento del pristino stato: perocchè, come da un lato tale azione, accanto alle azioni *ex causa* degli interdetti restitutorii *Quod vi* e *demolitorium* cagionate dalla inosservanza di questo divieto, le quali indubbiamente hanno lo scopo suindicato, sarebbe assolutamente senza scopo, così dall'altro lato non v'è la minima circostanza, che attesti, che, contrariamente a ciò che avviene in tutti gli altri interdetti proibitorii, potesse di un divieto stragiudiziale farsi un presupposto di quell'azione senza scopo. Eppure non può contestarsi, che sì la L. 2 § 17 cit., che la L. 7 cit. D. XLIII, 8 pel caso della *prohibitio* in base all'interdetto *Ne quid in loco publico fiat*, danno il diritto alla demolizione della costruzione eseguita con-

<sup>34</sup>) L. 2 pr. § 17, L. 7 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 (vedi sopra pag. 266 (ediz. ted. parte I pag. 356 seg.).

<sup>35</sup>) Vedi sopra § 1837 num. 61, pag. 266 (ediz. ted. parte I, pag. 356 alla nota 54 »).

trariamente al divieto, il primo frammento in virtù di un irrefutabile *argumentum a contrario*, negando esso precisamente l'azione derivante da questo interdetto pel caso opposto, in cui nessuno ha proibito, per la ragione, *quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium*, e il secondo dando luogo alla procedura di questo interdetto nel senso originario, cioè alla *sponsio, an adversus edictum praetoris factum sit*, e al *iudicium secutorium*, quando la costruzione era stata proibita, cioè quando prima di essa era stato emanato l'interdetto<sup>36)</sup>, il che nel senso di GIUSTINIANO non vuol dire assolutamente altro che: se prima della costruzione fatta su di un fondo pubblico è stata proposta l'azione *ex causa* dell'interdetto *Ne quid in loco publico fiat*, questa consegue anche la demolizione di ciò, che è stato costruito, dopo che essa venne proposta<sup>37)</sup>.

Anche i nostri frammenti dunque attestano, che le azioni *ex causa* di interdetti proibitorii sono in prima linea dirette a impedire quello che veniva proibito mediante gli interdetti stessi.

Nello stesso tempo la L. 7 cit. prova, che l'azione *ex causa* di un interdetto proibitorio abbraccia anche il contenuto dell'antico *iudicium secutorium* di un tale interdetto, — pel caso che dopo la contestazione della lite avvenga qualche cosa, che essa deve impedire.

E così pel diritto giustiniano hanno trovato la loro spiegazione quei passi, i quali come requisito per un *prohibitorium interdicto teneri, conveniri posse*, per un *interdictum prohibitorium competere, locum habere* o simili additano una *vis* già avvenuta, un *factum prohibitum esse* e così via. Conformemente al loro significato primitivo, per questa *vis facta*, ecc. deve intendersi o un atto, che ha avuto luogo dopo la contestazione della lite in seguito a un'azione *ex causa interdicti*<sup>38)</sup>,

<sup>36)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 61 pag. 267 (ediz. ted. parte I, pag. 357).

<sup>37)</sup> Mi riesce affatto incomprensibile, come possa lo PFERSCHÉ, loc. cit. pag. 134, affermare: « i passi (L. 2 § 17 e L. 7 D. XLIII, 8 cit.) sono rimasti nella compilazione, perchè non hanno nulla che fare con l'emanazione dell'interdetto, e si riferiscono alla *nuntiatio novi operis* in uso anche nel diritto dell'epoca più tarda ».

<sup>38)</sup> Cfr. sopra § 1837 num. 60 pag. 261 (ediz. ted. parte I, pag. 319 segg.) alla nota 45 a) segg.



o un atto, che è stato bensì commesso dall'impetrato prima della contestazione della lite, ma la cui continuazione è considerata come una *vis*, un *aedificare, prohibere, immittere adversus edictum* <sup>39)</sup>.

Concludendo dunque: nonostante l'abolizione dell'antico *ordo et exitus interdictorum*, GIUSTINIANO potè a buon diritto dire anche rispetto agli interdetti proibitorii: *perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*.

125. Numerosi passi della compilazione, che noi abbiamo già presi in esame nel § 1836 *b* come prove degli *interdicta duplicia* del diritto classico, ci fanno sapere, che nel diritto di GIUSTINIANO continuò a sussistere la duplicità per le azioni *ex causa* di quegli interdetti <sup>40)</sup>.

Come abbiamo veduto <sup>41)</sup>, l'essenza della duplicità in quegli interdetti era riposta nella posizione giuridicamente uguale delle due parti contendenti, la quale si fondava sul diritto sostanzialmente uguale in ambedue. Ora era bensì scomparsa la forma, in cui pel passato si era manifestata questa *par utriusque condicio*, cioè il *pari sermone cum utroque loqui* del pretore, come pure la doppia sponzione per la *vis adversus edictum* secondo l'affermazione dell'avversario commessa da ambedue le parti, e tutto quello, che ha potuto appartenervi, per esempio la *fructus licitatio* nell'*Uti possidetis*. Invece è innegabile, che la base materiale della duplicità continuava a sussistere; quindi la sola questione, che può farsi, è, in quale forma il diritto romano dell'epoca più tarda permetteva ancora l'applicazione processuale.

Se l'azione *ex causa* degli *interdicta duplicia*, la cui istituzione aveva preso il luogo dell'emanazione dell'interdetto, analogamente alla norma odierna delle azioni, avesse dovuto limitare la sua domanda al giu-

<sup>39)</sup> Vedi sopra § 1837 num. 63 pag. 276 (ediz. ted. parte I, pag. 369 segg.).

<sup>40)</sup> Sono i seguenti: § 7 I. *de interd.* IV, 15 (pag. 204 (ediz. ted. parte I, pag. 272 seg.); L. 3 § 1 D. *uti poss.* XLIII, 17 (pag. 208 (ediz. ted. parte I, pag. 277); L. 37 § 1 D. *de O. et A.* XLIV, 7 (pag. 208 (ediz. ted. parte I, pag. 277 nota 10 a)); L. 1 § 2 D. *de superfic.* XLIII, 18 (pag. 210 (ediz. ted. parte I, pag. 279)); L. 4 D. *uti poss.* XLIII, 17 (pag. 214 (ediz. ted. parte I, pag. 286)); L. 1 § 26 D. *de aq. coll.* XLIII, 20 (pag. 214 seg. (ediz. ted. parte I, pag. 285 seg.)).

<sup>41)</sup> § 1836 *b* num. 47 alla nota 8 pag. 207 (ediz. ted. parte I pag. 276 seg.).

dice alla condanna dell'avversario, quest'ultimo solo con l'azione riconvenzionale avrebbe potuto ottenere una condanna dell'attore. Ma, come nell'azione *ex causa* di un *interdictum prohibitorium simplex* la domanda dell'azione senza dubbio aveva per oggetto di far sì che il giudice, previa istruzione, proibisse all'avversario incondizionatamente quello, che prima il pretore gli proibiva nell'interdetto sotto condizione, così, a nostro credere, nell'azione *ex causa* di un *interdictum duplex* la domanda dell'azione tendeva a che il giudice proibisse incondizionatamente a quella parte, presso la quale egli considerava come provati i requisiti necessari, quello, che prima veniva proibito con interdetto ugualmente a ciascuna delle parti pel caso dell'esistenza di quei requisiti. In questo modo restava, come negli altri casi, all'avversario la possibilità di ottenere senza azione riconvenzionale la condanna dell'attore <sup>41a</sup>).

L'attuazione della doppia posizione delle parti si era svolta ora in modo notevolmente più semplice di prima. Nella stessa maniera che nelle azioni *ex causa* degli *interdicta prohibitoria simplicia* la decisione del giudice non presupponeva punto l'affermazione di una *vis adversus edictum facta*, così non era ciò necessario neppure nelle azioni *ex causa* di interdetti bilaterali. In ambedue le classi di interdetti il fondato timore di una violazione del divieto edittale, su cui si fondava l'interdetto, giustificava la domanda della decisione del giudice. Perciò nessuna delle parti aveva bisogno pel fine della bilateralità della procedura per esempio nell'*Uti possidetis*, di dar corpo alla sua pretesa al possesso con un atto, che potesse esser designato dall'avversario come una *vis adversus edictum facta*; la decisione giudiziaria contro ciascuna delle parti appariva abbastanza fondata con l'affermazione da essa fatta innanzi al tribunale, di essere possessore non vizioso di fronte all'altra, senza poter provare questa affermazione: già in questa affermazione era riposta la minaccia all'avversario, che faceva la stessa affermazione, di disturbarlo nel suo possesso.

---

<sup>41 a</sup>) Di questa possibilità non ha tenuto conto il KRÜGER, *Kritische Versuche* (Saggi critici), pag. 109 seg.; e nemmeno il WENDT, *Das Faustrecht u. s. w.* (Il dir. della forza, ecc.) nei *Jahrbücher für die Dogmatik* (Annali di Dogmatica) dello IHERING, vol. XXI, pag. 213 seg.

La scomparsa della doppia sponzione, come quella delle sponzioni *ex causa* degli interdetti unilaterali, si spiega senz'altro con l'abolizione dell'antico *ordo iudiciorum*; imperocchè la somma della sponzione offriva all'avversario vincitore un compenso per l'indugio della decisione, che portava con sè l'organizzazione del *rerum actus*, propria di quell'*ordo* <sup>42)</sup>.

Non così di per sè stessa evidente è la ragione, per la quale nell'*Uti possidetis* è scomparsa anche la *fructus licitatio*. Però non parmi vi possa esser dubbio, che essa, per lo meno per la massima parte, vada parimenti cercata nell'abolizione dell'*ordo iudiciorum*. Nell'antica procedura il differimento della decisione fino al *rerum actus* aveva richiesto in tutti i casi uno stato interinale, e con tanto maggiore urgenza, dappoichè la possibilità di una decisione del giudice sulla base dell'*interdictum duplex* non si verificava, se non dopo che ambedue le parti in rapporto al possesso controverso avevano compiuto un atto, che veniva considerato dall'avversario come una *vis adversus edictum facta*. Qui il pericolo di vie di fatto era così prevedibile, che un regolamento dello stato interinale da parte dell'autorità fino alla emanazione della sentenza, che aveva luogo solo in un certo termine più o meno lungo, era addirittura necessario. Ora invece tutto il procedimento ulteriore poteva svolgersi senza interruzioni; e non dipendendo più il cominciare del suo corso da atti di possesso delle due parti, ma unicamente dall'affermazione di ciascuna delle due parti di essere possessore non vizioso di fronte all'altra, nel maggior numero dei casi non v'era timore di vie di fatto. Dove sorgesse in un dato caso tale timore, si poteva facilmente provvedere col diretto intervento del tribunale in modo acconcio, per esempio con l'ordine di un sequestro. Divenuta adunque superflua la *fructus licitatio* per il regolamento della procedura, la *summa licitationis* doveva apparire pel *minus licitans* vincitore un guadagno immeritato, e pel *plus licitans* soccombente una pena ingiustificata; il mantenimento della licitazione perciò tanto più doveva sembrare ingiusto, poichè di fronte alla possibilità di una decisione immediata della

---

<sup>42)</sup> Vedi sopra § 1838 d num. 99 pag. 551 (ediz. ted. parte II, pag. 206 segg.).

questione del possesso la durata del possesso provvisorio sarebbe stata affatto insignificante.

Se ora il convenuto da parte sua afferma di essere possessore non vizioso di fronte all'attore, il processo si aggira bensì sulla questione, a chi dei due spetti il possesso, ma non è in verun modo un semplice *praeiudicium*. Perocchè in tutti i casi il soccombente è tenuto a dar *cautio de non amplius turbando*, e a seconda ch'egli lo fa o no, viene assoluto o condannato nell'interesse pecuniario del vincitore. E ove il soccombente dopo l'istituzione dell'azione abbia fatto qualche cosa, che apparisca quale turbativa del possesso dell'avversario, egli viene nello stesso tempo condannato al risarcimento dei danni.

Dei due pretendenti al possesso viene anche ora considerata quale possessore degno di tutela quella parte, alla quale l'avversario, che possiede di fatto, ha sottratto *vitio* il possesso. Senonchè, mentre il diritto classico gli faceva sperare la restituzione del possesso illimitatamente, fintantochè l'avversario conservava il possesso di fatto, l'effetto recuperatorio dell'*actio ex causa* dell'*Uti possidetis* si prescrive ora in 30 anni. Questa è la conseguenza dell'aver la compilazione riferito all'azione *ex causa* dell'interdetto stesso, ciò che originariamente si riferiva alla *sponsio* e all'*agere ex interdicto reddito*. La prescrizione di un anno, che ne risulta, del diritto alla rimozione di uno stato di cose prodotto dall'avversario prima dell'istituzione dell'azione, la cui continuazione contiene una turbativa del possesso, viene esclusa dal fatto, che l'avversario, che possiede *vitio* dall'attore, fintantochè possiede, è arricchito da questo possesso. Egli resterebbe obbligato senza limite di tempo, se la prescrizione teodosiana delle azioni non segnasse quivi un fine<sup>43</sup>).

Se il convenuto per una ragione qualsiasi non si avvale della facoltà fattagli dal contenuto della domanda dell'azione, di sollevare egli stesso una pretesa al possesso, senza proporre un'azione riconvenzionale, il processo non diventa *iudicium duplex*. Però non v'è bisogno di sollevare una nuova azione *ex causa* dell'*interdictum secun-*

---

<sup>43</sup> Cfr. in proposito sopra § 1837 b num. 77 pag. 375 (ediz. ted. parte I. pag. 501) num. 79 pag. 385 (ediz. ted. parte I pag. 514 seg.) e num. 80 pagina 392 (ediz. ted. parte I, pag. 522).

*darium* opportuno; la domanda dell'azione in seguito alla rinunzia del convenuto a pretendere il possesso si limita invece senz'altro alla condanna del convenuto, ove sia del caso. Del resto s'intende di per sè, che il convenuto, il quale non solleva dal canto suo pretese al possesso, non può allegare la viziosità del possesso dell'avversario, come non poteva farlo nell'interdetto secondario <sup>44</sup>). È dunque affatto escluso, che di fronte a un convenuto, che non accompagna pretesa al possesso, l'attore sia respinto per la ragione, che possiede da quello *vizio*, e così venga « in certo qual modo sanzionata una guerra eterna » del convenuto contro l'attore <sup>45</sup>).

126. Se l'*actio ex causa* di un interdetto proibitorio fosse l'azione di risarcimento per una trasgressione avvenuta prima dell'istituzione dell'azione, non potrebbe comprendersi, come accanto ad essa si sia affermata in un certo numero di casi una *extraordinaria exsecutio iure potestatis* <sup>46</sup>): in tutti e due i mezzi processuali il convenuto sarebbe stato condannato alla restituzione delle cose illecitamente sottratte all'attore; in tutti e due quella restituzione avrebbe potuto essere effettuata col prendere senz'altro le cose <sup>47</sup>). È vero, che l'*exsecutio iure potestatis* era di competenza solo di un altro magistrato, mentre la *cognitio* sull'*actio ex causa interdicti* non solo era, a seconda del valore, di competenza anche di un alto magistrato, ma poteva essere altresì affidata a un *iudex pedaneus*. Ma questa differenza nella competenza dei due mezzi processuali, di fronte al loro contenuto completamente uguale, non giustificherebbe in verun modo il fatto, che per la *missio legatorum nomine* ambedue sono stati mantenuti a scelta del *missus* <sup>48</sup>), e che nello stesso tempo l'*exsecutio extraordinaria* viene raccomandata come il mezzo migliore <sup>49</sup>); ed inoltre non poteva spie-

<sup>44</sup>) Vedi sopra § 1836 c num. 54 pag. 223 (ediz. ted. parte I, pag. 297).

<sup>45</sup>) Cfr. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten* (l' trattato delle Pandette) § 172 nota 2.

<sup>46</sup>) L. 1 §§ 1 seg. D. *de migr.* XLIII, 32; L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4; L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat* XLIII, 4; L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.* XXV, 5 (vedi sopra pag. 683 (ediz. ted. parte II, pag. 380)).

<sup>47</sup>) L. 68 i. f. D. *de R. V.* VI, 1.

<sup>48</sup>) L. 5 § 27 cit. D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4; L. 3 § 1 cit. D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4.

<sup>49</sup>) L. 3 cit. pr. D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4. Vedi sopra § 1839 num. 116 pag. 685 seg. (ediz. ted. parte II, pag. 383 seg.).

gare, perchè l'*actio ex causa interdicti* contro colui, al quale una *ventris nomine missa* ha trasmesso dolosamente il possesso, meriti la preferenza sull'*extraordinaria executio* come la via migliore e più giusta <sup>50)</sup>, o perchè viceversa questa *executio* abbia in pratica fatto andare in disuso l'azione *ex causa interdicti de migrando* <sup>51)</sup>.

Tutto ciò diviene affatto comprensibile, se l'azione *ex causa* di un interdetto proibitorio in massima ha per oggetto soltanto il divieto di ciò, che è contrario all'interdetto, e abbraccia il risarcimento del danno unicamente in quanto questo danno è stato prodotto da una trasgressione commessa dopo l'istituzione dell'azione. In realtà l'*actio extraordinaria ex causa interdicti* da un lato e l'*executio extraordinaria iure potestatis* dall'altro sono mezzi processuali essenzialmente diversi nello scopo e nell'effetto. Dunque il continuare a sussistere quest'ultimo mezzo processuale accanto al primo è un'altra prova convincente del fatto, che, a prescindere dalla modificazione della procedura, l'*actio ex causa* di un interdetto proibitorio ha conservata la stessa natura, che aveva l'antico interdetto.

127. Dobbiamo da ultimo far menzione del modo in cui vengono trattati gli interdetti popolari nel diritto giustiniano.

Se la condanna in seguito al *iudicium secutorium* o all'*actio arbitraria* dell'antico interdetto avesse potuto abbracciare soltanto l'interesse personale dell'attore, gli interdetti popolari avrebbero senza dubbio perduto la loro base indispensabile con lo sparire della *sponsio ex interdicto*. Essi sarebbero rimasti applicabili esclusivamente per colui, il quale era personalmente minacciato o danneggiato dal fatto contrario all'editto, al cui divieto o alla cui rimozione è diretto l'interdetto. Perocchè soltanto costui si trovava in grado, di ottenere una condanna dell'avversario nel suo interesse. Perciò le azioni *ex causa* degli interdetti popolari ora non sarebbero state altro, che mezzi processuali ordinari, mercè i quali alcuno cerca tutela contro la minaccia, o risarcimento per il danno contenuti in un atto in sè illecito <sup>52)</sup>.

<sup>50)</sup> L. 1 § 2 cit. D. *si ventr. nom.* XXV, 5.

<sup>51)</sup> L. 1 § 2 cit. D. *de migr.* XLIII, 32.

<sup>52)</sup> Così ho esposto ciò io stesso nella notizia del mio scritto: *Ueber das*

Certo dovrebbe allora essere addirittura incomprensibile, come le Pandette di GIUSTINIANO senza alcuna difficoltà non solo riportino invariata la dottrina degli interdetti popolari nel suo insieme, ma osservino espressamente, che un tale interdetto *civis ex populo competit*<sup>53</sup>), *quolibet postulante interdicitur*<sup>54</sup>), *dabitur omnibus*<sup>55</sup>).

Ma ogni difficoltà sparisce, non appena ci ricordiamo, che negli interdetti popolari la condanna aveva per oggetto l'intero ammontare delle spese, che sarebbero necessarie per la rimozione di quanto era stato fatto contrariamente all'editto, e il risarcimento dell'intero danno cagionato dalla condotta dell'impetrato contraria all'editto<sup>56</sup>). Dal che si vede, come gli interdetti popolari fossero pratici anche senza la procedura delle sponzioni. Nelle azioni *ex causa* di interdetti popolari proibitorii ora, nel caso che il convenuto non prestasse la cauzione, a cui era ora tenuto, la condanna era diretta a tutto l'ammontare del danno, che poteva derivare da un atto contrario al divieto, oggetto dell'azione. Così noi possiamo desumere dal mantenimento degli interdetti popolari presso GIUSTINIANO una nuova e valida prova, che l'oggetto della condanna era l'interesse nel senso da noi affermato.

Senza dubbio non si può negare, che senza il pericolo, che la procedura della sponzione faceva temere con la *restipulatio* all'attore soccombente, si poteva facilmente abusare degli interdetti popolari a scopo di illecite vessazioni.

---

*im Königreiche Hannover geltende Recht der Entwässerung und der Bewässerung* (Sul diritto relativo alla derivazione d'acqua ed all'irrigazione vigente nel regno di Hannover) nelle *Göttingische gelehrte Anzeigen* (Notizie scientifiche di Gottinga) 1862 capo XXIX, pag. 1127 seg.

<sup>53</sup>) L. 1 § 9 D. *ne quid in flum. publ.* XLIII, 13 (vedi sopra pag. 32 (ediz. ted. parte I, pag. 42) nota 5).

<sup>54</sup>) L. 1 D. *de loc. et itin. publ.* XLIII, 7 (vedi sopra loc. cit.).

<sup>55</sup>) L. 1 § 3 D. *de via publ.* XLIII, 11 (vedi loc. cit.).

<sup>56</sup>) Vedi sopra § 1835 num. 7 pag. 38 (ediz. ted. parte I, pag. 48).

## § 1840 a.

*Le azioni ex causa degli interdetti dalla Glossa fino ad oggi.*

123. Ci rimane da far rilevare almeno in brevi tratti le modificazioni essenziali sofferte dalle azioni *ex causa* degli interdetti a datare dal rinascimento scientifico del diritto romano.

A tale riguardo cinque punti richiedono la nostra attenzione, cioè:

- 1.° l'acceleramento della procedura in certi interdetti,
- 2.° il contenuto delle azioni *ex causa* degli interdetti proibitorii,
- 3.° il rapporto tra l'*persecutio iure potestatis* e quest'ultime azioni,
- 4.° il trattamento degli *interdicta duplicia*, e finalmente
- 5.° il modo in cui venivano trattati gli interdetti popolari.

A facilitare l'esame tratteremo di ciascuno di questi punti separatamente.

1.° Acceleramento della procedura.

Com'è agevole comprendere alla GLOSSA non è sfuggito l'accento all'acceleramento della procedura, fatto da varii passi del Codice rispetto alle azioni interdittali da essi mentovate<sup>1)</sup>. Essa osserva alla L. 8 (*momentariae*) Cod. *unde vi* VIII, 4 ad v. *mox*) *i. e. ante causam proprietatis. Vel mox i. e. sine solemnitate*<sup>2)</sup>. *Vel i. e. DILATIONE ALIQUA DEBEAT AUDIRI ille, qui proponit, ut infra ad leg. Iul. de vi* (IX, 12) L. S: *QUIS* (7 § 1), ecc. *Sed quam utilitatem habet hodie hoc interdictum, cum sufficiat constitutio. SI QUIS IN TANTUM?* (L. 7 Codice *cod.*). *Respon. quia in ea appellatur, hic non*<sup>3)</sup>. *Item CITIUS EXPEDITUR IN INTERDICTO, QUAM IN CONSTITUTIONE, ecc.*

<sup>1)</sup> Vedi sopra § 1840 num. 123 pag. 739 (ediz. ted. parte II, pag. 457) alla nota 80 segg.

<sup>2)</sup> Cfr. gl. *NON HABET* alla L. 3 Cod. *de interd.* VIII, 1 e gl. *AMBAGIBUS* alla L. 4 *cod.* vedi sopra § 1840 num. 123 nota 88, pag. 741 (ediz. ted. parte II pag. 460).

<sup>3)</sup> Ciò è fondato su una erronea interpretazione della L. un. Cod. *si de mom. poss.* VII, 69 (vedi sopra nota 58 (edizione tedesca parte II, pag. 446)), la quale non esclude punto l'appello, ma gli toglie solo l'effetto sospensivo.



Però la GLOSSA non stima punto quell'acceleramento una particolarità del fatto storico, che qui si tratta dell'azione *ex causa* dell'interdetto *Unde vi*; essa invece trova la ragione dell'acceleramento unicamente nel contenuto dell'azione, senza guardare di che specie essa sia. Ciò risulta dalla Gl. RESTITUANTUR alla L. 1 Cod. *si per vim VIII, 5: conditione ex hac lege vel per interdictum Unde vi, sic nota, deiectum vel spoliatum sine mora restitui, ut infra ad leg. Iul. de vi publ.* (IX, 12) L. SI QUIS (VII, § 1) e dalla Gl. SUCCURRI alla L. 14 Cod. *de agricol.*, XI, 48 (47): *ut ei restitatur possessio statim. Sed qua actione? Respon. conditione ex lege vel officio iudicis vel actione in factum ex aequitate huius legis. — sed et Utrubi et Uti possidetis habet locum forte, quando possessionem retinet.*

Assai più importante è divenuto, l'aver la GLOSSA ammesso pel *Quorum bonorum* una cognizione sommaria.

Gl. PETITURUS *ad* L. 1 Cod. *quor. bon.* VIII, 2: *per interdictum Quorum bonorum: ut infra subiicit: IN QUO SUMMATIM COGNOSCITUR, an sit heres vel bonorum possessor.*

E per quel *summatim cognoscere* essa intende una procedura, nella quale l'attore deve dare piena prova dei fatti, che fondano la sua domanda, la difesa invece è limitata a fatti liquidi <sup>4</sup>).

Gl. FILIUM ESSE alla L. 1 cit.: *Tu dico, quod plene et nunc probat.* e Gl. NON EXCLUSA alla L. 3 *eod.*: *quia uxor aliquas res viri possidebat tanquam suas, quae in consanguineum transferuntur salva repetitione viro: nisi ipse vir in continenti de dominio probare vellet, cum convenitur, secundum quosdam. Alii indistincte eum non audiunt in petitorio, quo minus in petitem transferatur possessio prius, ut diximus supra LOCATI (IV, 65). L. SI QUIS CONDUCTIONIS (25) et supra DE EDICTO D. HADRIANI TOLLENDO (VI, 33) L. 2.*

Però mentre la GLOSSA limitava quella *summaria cognitio* al *Quorum bonorum*, BARTOLO la estende a tutti gli interdetti possessorii, in questo senso.

---

Vedi sopra § 1840 num. 123 pag. 738 (ediz. ted. parte II, pag. 457) nota 77 sotto la lettera c. Cfr. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprozess* (Sistema della procedura civile ordinaria), § 55 nota 30.

<sup>4</sup>) BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse* (Introduzione alla teoria dei procedimenti sommarii) § 48 pag. 202 segg. § 51 pagina 218 seg.).

BARTOL. ad L. 8 (*momentaneae*) Cod. *unde vi* VIII, 4 num. 2: — *quaero, quid est hoc dictum « mox audiri »? Certe prout intelligitur primo modo in interdicto recuperandae possessionis, intelligitur « mox » h. e. non obstante aliqua exceptione, quia spoliatus ante omnia est restituendus. Item proceditur summarim. Prout intelligitur secundo modo in interdicto adipiscendae vel retinendae possessionis, intelligitur « mox » i. e. summarim, quia non admittitur aliqua exceptio, quae requirit altiore indagine, et dico plene supra QUOR. BON. (VIII, 2) L. 1<sup>5</sup>), et vide gl. ad idem facit supra eod. L. MEMINEBINT (L. 6 Cod. *unde vi* VIII, 4) in eo, quod dicit « illico ».*

BARTOLO ha esposto diffusamente questo concetto della *summaria cognitio* come una *prima-facie-cognitio*, in antitesi con la teoria della prova per certificato rappresentata da lui medesimo in commentarii antecedenti<sup>6</sup>), nel suo *Tractatus ad extravagantem Henrici VII. AD REPRIMENDUM S. V. SUMMARIAE* sotto i n. 11-13<sup>7</sup>):

*Si vero non ita favorabiles essent<sup>8</sup>), licet possint per aliud iudicium reparari, tunc, quantumcunque sint summariae, in eis plena probatio requiritur ex parte agentis. Dicuntur autem summariae respectu defendentis, quia si accusatores (actorem) diceret per calumniam postulare vel aliquam exceptionem opponeret (reus, quae requireret altiore indagine, differretur exceptionis probatio (sc. in aliud iudicium), ne impediretur actoris intentio (sc. in hoc summario iudicio). Et idem dico in omnibus possessoriis iudiciis, quae dico summarie examinari, ut C. unde vi L. MOMENTARIAE (L. 8 Cod. VIII, 4) et not. Cod. quor. bon. L. 1 in gl. (Gl. PETITURUS nella L. 1 Cod. VIII. 2) et possunt per iudicium petitorium reparari. Nam in eis dico, quod requiritur ex parte agentis plena probatio, ut dicta L. 1 Cod. quor. bon., ubi expresse dicitur. Circa vero exceptionem adversarii et circa dilationes poterit ver-*

<sup>5</sup>) Vedi infra pag. 748 (ediz. ted. parte II pag. 495 seg.).

<sup>6</sup>) Vedi infra loc. cit.

<sup>7</sup>) Secondo l'edizione del BRIEGLER in *Joann. Fazioli et Bartoli de Sazoferato de summaria cognitione commentarii* (Erlangen 1843) pag. 36, con le aggiunte ivi inserite dall'op. cit. del BRIEGLER, pag. 219.

<sup>8</sup>) Cioè come una specie di mezzi procedurali sommarii particolarmente favorita, « nei quali non deve essere richiesta nemmeno la prova completa o la liquidità *prima facie* del motivo dell'azione ». BRIEGLER, loc. cit.

sari dicta summaria cognitio; et summaria dicitur hoc casu, quasi prima facie hoc videatur, cum iura partium non perfecte discutiantur.

Poi è detto ivi al num. 19: *Secunda est regula, quod ubi causa agitur, super quae sententia lata non parit magnum praeiudicium, vel parit tale, quod per aliud iudicium potest reparari, absque alia appellatione vel restitutione vel simili remedio, tunc est procedendum summarie. Istud probatur in omnibus exemplis positis in dicta L. SCIENDUM (L. 3 § 9 D. ad exh. X, 4) in glossa, eo quod supra dixi de iudiciis possessoris.*

Accanto al concetto della *summaria cognitio* negli interdetti come una *prima-facie-cognitio* v'era però un'altra teoria della prova per certificato, quella cioè di IOHANNES FAXIOLI o FAXIOLUS (nato a Pisa nel 1223 ed ivi morto nel 1286) nel suo trattato *De summaria cognitione*. Questa teoria ha influito sulla dottrina più tardi dominante, parte mercè l'inclusione di quel trattato nella seconda edizione dello *speculum iudiciale* compilato da Guglielmo DURANTIS<sup>9)</sup> (I, 1 *de off. omn. iud.* § 7 e IV, 1 *de lib. conc.*)<sup>10)</sup>, venuto alla luce negli anni susseguenti alla morte del FAXIOLUS, parte con l'aver innanzi tutto trovato un seguace in BARTOLO. Questi alla L. 1 Cod. cit. nota 6 insegnava: *in interdicto Quorum bonorum plenae probationes non requiruntur, immo fit cognitio summaria, ut hic not. in glo. II (Gl. PETITURUS) et infra dicam. num. 10: Item differunt (sc. hereditatis petitio et interdictum Quorum bonorum) in modo probandi. nam in hoc interdicto fit summaria cognitio. Ita tenet glossa hic in princi. (ad v. PETITURUS) quam vide. Et istud est maioris utilitatis, quam sit in hoc interdicto. nam in petitione hereditatis requiruntur probationes verae et liquidae, in isto interdicto sufficerent probationes non ita clarae, quia semiplenae vel praesumptivae concluderent. Et est ratio, quia, cum ista causa sit modici praeiudicii, quia venit retractanda in petitorio, merito admittitur summaria cognitio et semiplena probatio. arg. L. 3 § *ibid.* (13) D. ad exhib. (X, 4). Facit ad hoc quod videbitis infra tit. 2 L. MOMENTARIAE (8 Cod. unde vi VIII, 4). Sed contra hoc videtur, quod hic dicitur in glossa magna ibi: « tu dic, quod pleni*

<sup>9)</sup> BRIEGLEB, loc. cit. pag. 385 seg.

<sup>10)</sup> WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses* (Sistema della procedura civile ordinaria), § 29 nota \*.

*et nunc probat ». Et sic videtur velle, quod requiratur plena probatio. In hac ergo eadem lege videtur glossa sibi contradicere, nam in secunda glossa dicit « summatim » hic dicit « plene ». Intellige illud quod hic dicitur « plene », non quod requiratur plena probatio omnino, sicut in petitione hereditatis, sed ideo hoc dicit, ut ostendat probationes factas, cum agnovit bonorum possessionem, non sufficere. Pro cuius declaratione potes dicere tria verba, scilicet quod quaedam est probatio legis debilis nec plena, ut illa, quae fit parte absente nec citata, nec in figura iudicii, et illa fiebat, cum petebatur bonorum possessio olim coram iudice, licet hodie sufficiat agnitio tantum. Quaedam est alia probatio summaria, et fit parte citata et lite contestata, et ista fit in hoc interdicto, quae potest dici plena respectu illius, quae fit parte non citata. Ita loquitur glossa magna hic. Quaedam est alia probatio plenior, ut quae fit parte citata et probationibus ad liquidum exquisitis, et istud fit — in petitione hereditatis etc.*

Che BARTOLO estendesse anche questa teoria della prova per certificato a tutti gli interdetti possessorii, lo prova la sua interpretazione alla L. 2 Cod. *ubi in rem actio* III, 19 *ad v. SIN VERO POST: Quandoque fit praesumptio in possessione, et non in proprietate, et tunc debet constare de iure actoris summatim, h. e. per praesumptiones et indicia vel semiplenam probationem etc.*

Tutte e due queste teorie sono scientificamente insostenibili.

La teoria della *prima-facie-cognitio* si fonda sull'opinione erronea, che certe eccezioni, di fronte agli interdetti, che vanno ad esse soggetti, non siano escluse in generale per ragioni di diritto, ma siano soltanto inammissibili in dati casi pratici per la ragione puramente processuale della non liquidità. Tra queste vengono annoverate di fronte al *Quorum bonorum* il titolo singolare allegato dal possessore citato in giudizio <sup>11)</sup>, di fronte al *Quod legatorum* il legato addotto dal legatario convenuto <sup>12)</sup>. In realtà la L. 3 Cod. *quor. bon.* VIII, 2

<sup>11)</sup> Vedi in proposito il mio articolo nell'*Archiv für die Civilistische Praxis* (Archivio per la pratica civile) vol. LXX, pag. 42 segg.

<sup>12)</sup> BARTOL. ad L. 3 Cod. *quor. bon.* VIII, 2 nota 1: *Exceptio dominii, quae requirit altiorum indaginem, non obstat agenti interdicto adipiscendae possessionis, sed ei debet per iudicium reservari. hoc dicit. Oppon. de regula « dolo facis »*

ha dato al *bonorum possessor* il diritto incondizionato alla restituzione da parte di ogni possessore di cose, che il *de cuius* possedeva alla sua morte: in altri termini è unicamente per la ragione, che il *de cuius* nel detto momento aveva il possesso delle cose, che gli ha dato il diritto di ottenerle<sup>13</sup>); un'eccezione fondata sulla proprietà di quelle cose di fronte a questo diritto è per la natura di esso inammissibile: essa ne frustrerebbe lo scopo. Parimenti di fronte al *Quod legatorum* l'addurre come eccezione il legato come tale è inammissibile per la ragione, che così si distruggerebbe tutta l'importanza di quell'interdetto. Disconoscendo ciò, ed estendendo quell'errore a tutti gli interdetti possessorii in questo senso, cioè a tutti quelli, che hanno per effetto una decisione puramente provvisoria, si venne logicamente ad ammettere senza difficoltà, che di fronte all'interdetto *retinendae possessionis*, si potesse allegare il diritto di proprietà (cioè che non poteva farsi in alcun modo nella lite sul possesso), non appena esso può esser subito dimostrato: *petitorium liquidum absorbet possessorium*. ~~Viceversa~~ il punto di vista puramente processuale per decidere, se una eccezione sia o no ammissibile, avrebbe potuto farsi, che nell'interdetto *retinendae possessionis* l'*Exceptio vitiosae possessionis* restasse esclusa, ove essa non fosse *in continenti liquida*. Ciò però avrebbe trasformato nella sua essenza la tutela del possesso del diritto romano. Perciò non si fece che richiedere pel cosiddetto *Summariissimum* la liquidità di quelle eccezioni<sup>14</sup>), mentre nel *possessorium ordinarium* in forza di argomenti estremamente sottili si soleva

---

D. *de doli exc.* (XLIV, 4) *et reg. iur.* in VI (V, 13) C. *dolo* (Dovrebbe dire: *et reg. iur.* (L, 17) l. I. *dolo* (3 pr. et 173 § 3) *dicunt quidam, quod illa regula non habet locum in possessoriiis. Ita nota gl. in L. 1 infra tituli 1 (scil. quod legat. Cod. VIII, 3 ad v. vel retentione). et ibi dicam. hic glossa dicit melius, quod in possessoriiis habet locum illa exceptio « dolo facis », si aliquis est paratus in continenti probare, secus si illa exceptio requirit altiore indagine, quia tunc reservatur. Ita loquitur hic et hoc probat textus manifeste, ibi omnibus frustrationibus, etc., quasi dicat, reiectis omnibus, quae dilationem inducant et frustratoriam, etc.*

<sup>13</sup>) Vedi *Archiv für die Civil. Prax.*, loc. cit.

<sup>14</sup>) POSTIUS, *Tractatus mandati de manutenendo observ.* XLII n. 137. — BRUNS, *Das Recht des Besizes im Mittelalter* (Il diritto del possesso nel medio evo), pag. 271 alla nota 2.

illogicamente farne astrazione<sup>15</sup>). Perocchè egli è di per sè chiaro, che il *praeiudicium*, per esempio nel *Quorum bonorum*, allorquando il possessore non può dimostrare la sua proprietà fondata su di un titolo singolare, è per lui altrettanto grande, che nell'*Uti possidetis* in pari caso.

La teoria della prova per certificato è già confutata in quanto alla connessione storica della sua applicazione a degli interdetti (al *Quorum bonorum*), dalla L. 1 i. f. Cod. *quor. bonor.* VIII, 2:

---

<sup>15</sup>) Rob. MARANTA († 1530) *Praxis s. de ordine iudiciorum tractatus, qui vulgo speculum aureum, etc. nuncupatur. Iudiciorum IX distinctio n. 43. — quaedam est causa possessorii, quae est modici momenti, quae potest de facili reparari in petitorio, et ista dicitur causa vilis et modici praeiudicii: et in ista sufficerent semiplenae (sufficere semiplenas scr.?) probationes, potest poni exemplum in possessione Carboniana, prout declarat BARTOLUS in L. 3 § causae (4) D. de Carb. ed. (XXXVII, 10). Similiter in interdicto Quorum bonorum, quod modici praeiudicii, unde sufficiunt semiplenae probationes secundum BARTOLUM in L. 1 in col. fin. C. quor. bon. (VIII, 2). Idem in possessione, quae datur ventris nomine, L. sicuti 1 § si ea 14 et ibi BARTOL., D. de ventre in poss. (XXXVII, 9), fecit L. 3 § sciendum (9) et ibi gloss. D. ad exh. (X, 4). Quedam est causa possessionis, quae parat plenum praeiudicium, quae non est reparabilis per petitorium, ut quia deficit petitorium, vel quia est impossibilis probationis, et ista dicitur causa magna et magni praeiudicii: ET IN HAC REQUIRITUR ORDO IURIS ET PLENA PROBATIO. — Andr. GAILL., *practicarum observationum*, lib. I obs. VI n. 2 segg. *Ordinarium possessorium est, in quo iuris ordine servato proceditur, principaliter atque absolute de possessione partium disceptatur, pleneque probationes requiruntur: secundum magis Communem opinionem, quae etiam Camera sequitur: Tametsi plurimi relint, in possessorio imperfectas probationes per unum testem vel famam sufficere, eo quod sit modici praeiudicii et reparari possit in petitorio. Sed certe hoc possessorium non est modici praeiudicii, quia sententia lata definitiva, nec aliam post se super possessione expectat sententiam, ideoque magni momenti est propter commodum possessionis, quo fit etiam, ut plenarium dicatur quia plenum et perpetuum praeiudicium in iudicio possessorio adfert: licet in petitorio, ut dicitur, reparari possit, etc. — Bened. CARPZOV, *processus iuris, etc. tit I articul. V n. 31 (§ III). Vehementer quidem differentiam Possessorii ordinarii et summarii impugnat Petr. FRIDER, Mindan. eamque confictam, falsam, fuocatam et magis Doctorum somnio quam ullibi in iure fundatam asserit, attamen faletur ipsemet, differentiam illam praxi hodierna et observantia forensti, nemine fere Doctorum dissentiente, approbatam esse in Tract. de interdict. cap. 13 n. 24 et segg., in quo asserto cum communi Pragmaticorum schola acquiescimus. Estque ordinarium illud, in quo, iuris ordine servato, per exhibitionem libelli, litis contestationem et probationem ordinariam de possessione litigatorum disceptatur, etc.***

*interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris*<sup>16)</sup>.

Lo stesso risulta dalla L. 1 § 4 D. *de it. actuq. priv.* XLIII, 19<sup>17)</sup> rispetto all'interdetto *de itinere actuque privato* parimenti possessorio.

Malgrado la loro scientifica insostenibilità però ciascuna di queste teorie ha la pretesa di essere stata riconosciuta dal diritto consuetudinario, sebbene con varie differenze nei particolari<sup>18)</sup>. Perciò noi non potremmo sottrarci all'ingrato compito di esaminare in questo luogo, in base ai più ampi studii possibili della letteratura, quale delle due sia quella realmente accettata, se il Codice di procedura civile dell'impero non avesse tolto a tale ricerca ogni importanza pratica.

Una *prima-facie-cognitio* è affatto ignota al Codice di procedura<sup>19)</sup>; una sentenza su semplice certificato è da esso ammessa soltanto per il sequestro e le disposizioni provvisorie<sup>20)</sup>. Ove adunque la teoria della *prima-facie cognitio* per gli interdetti possessorii in questo senso

<sup>16)</sup> Vedi sopra § 1838 e num. 102 pag. 575 (ediz. ted. parte II, pag. 235).

<sup>17)</sup> Vedi *ivi*.

<sup>18)</sup> Riguardo alla teoria della prova per certificato quello che va più lontano di tutti è il PUCHTA, *Pandekten*, § 85, il quale afferma, che la pratica di tutti gli interdetti, da lui del resto biasimata, anche di quelli, *quae proprietatis causam habent*, decide « secondo la verosimiglianza », essendovi accanto ad essi in ciascun dato caso un'*actio*. Così anche il KELLER, *Pandekten* § 186 sotto la lettera A 2 (vedi infra nota 22). Il difensore più risoluto della *prima facie cognitio* per tutti i casi « della cognizione sommaria nel senso nel quale questa maniera di procedura a datare dalla glossa è stata accettata perfezionata e sanzionata come diritto consuetudinario » è il BRIEGLER, loc. cit. pag. 238.

<sup>19)</sup> Di diversa opinione rispetto al *Quorum bonorum* è il DERNBURG, *Pandekten* vol. III § 15) nota 1. Lo stesso tuttavia insegna vol. I § 184: « La lite sul possesso (e per lui anche il *Quorum bonorum* come *interdictum adipiscendae possessionis* è un'azione possessoria) e quella sulla proprietà sono divise. Ciascheduna d'esse tende a scopi speciali. L'azione possessoria non può essere arrestata dalla lite sul diritto. Perciò di fronte all'azione possessoria l'eccezione, che il convenuto è il proprietario, è inammissibile ». Dunque anche allorquando quest'eccezione è liquida.

<sup>20)</sup> C-P-O. (Codice di procedura civile) § 800 capov. 2, § 801, § 815 § 816 capov. 2.

abbia realmente avuto applicazione come diritto consuetudinario, quelli di tali interdetti, che si distinguevano da azioni concorrenti unicamente per quella forma della loro applicazione, e non nella sostanza, debbono venir considerati come del tutto aboliti, mentre quelli, che oltre quella differenza processuale presentavano anche una differenza sostanziale dalle azioni concorrenti, appunto a cagione di questa differenza sostanziale continuano a sussistere come mezzi di procedura abituali. Quali debbano porsi tra i primi e quali tra i secondi può ricercarsi convenientemente solo nel trattare di ciascun singolo interdetto. Lo stesso vale — semprechè la teoria della prova per certificato debba considerarsi come approvata dal diritto consuetudinario, per tutti quegli interdetti, i quali non tendono all'emanazione di una disposizione provvisoria, e in quanto essi non vi tendono. Quando invece un interdetto per natura sua ha per scopo una disposizione provvisoria, come secondo l'opinione maggiormente diffusa il *Quorum bonorum*, esso affermerebbe anche oggidì una peculiarità processuale in conformità della legge d'introduzione del Codice di procedura civile (*Einführungsgesetz zur Civil-Process Ordnung*) § 16 num. 4; perocchè a norma di questa legge restano invariate quelle disposizioni del diritto civile, secondo le quali, in certi casi determinati, possono essere emanate delle disposizioni provvisorie. Anche tale ricerca però va riservata alla disamina dei vari interdetti <sup>21</sup>).

Poichè dunque, a meno che non si tratti di una disposizione provvisoria, oggidì gli interdetti come tali non godono più di una procedura privilegiata, l'interdetto *de itinere actuque reficiendo*, ad ogni modo a datare dall'introduzione del Codice di procedura civile, ha perduto ogni valore pratico, richiedendo esso non solo la prova del diritto di passaggio, come la *confessoria*, ma per di più quella del quasi-possesso <sup>22</sup>).

<sup>21</sup>) Cfr. frattanto *Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio per la pratica civile) vol. LXX pag. 48 segg.

<sup>22</sup>) Cfr. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* (Trattato delle Pandette) vol. I 2.<sup>a</sup> ediz. § 201 pag. 804 nota 13. KELLER, *Pandekten* § 186 sotto la lettera A 2, il quale contro l'affermazione del SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) § 46 num. III i. f. 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 490, che non si possa più parlare di tale interdetto, dacchè è scomparsa la forma di procedura, per la quale esso



129. 2.º *Contenuto delle azioni ex causa degli interdetti proibitorii.*

Il BRACHILOGO, lib. IV, tit. 28 *de interd.* § 2, in connessione abbastanza letterale col § 1 i. f. I. *eod.* IV, 15, dà come contenuto di queste azioni:

*prohibitoria sunt veluti interdictum, per quod praetor prohibet fieri vim sine vitio possidenti; item ne quid fiat in loco sacro vel religioso, quo ius loci laedatur; item ne quid in flumine publico aut ripa eius, quo peius navigetur.*

Anche secondo la dottrina dei GLOSSATORI la domanda dell'azione e la condanna in tali azioni hanno per oggetto un divieto.

GLOSSA ad L. 3 § 11 D. *uti poss.*, XLIII, 17 ad v. QUANTI: *apparet ergo, quod debet fieri condemnatio, ne prohibeatur tunc, vel forte, ne in futurum etc.*

TANOREDUS, *Ordo iudiciarius* (scritto nell'anno 1214)<sup>23</sup>, parte II, tit. 11. *De libello retinendae seu defendendae possessionis*<sup>23a</sup>: *ad defendendam vel retinendam possessionem suam sic formabit libellum: « Vobis, domine H., Bononiensi episcopo, conqueror ego Titius de Seio, qui inquietat » vel « turbat mihi possessionem talis vineae »; — vel « inquietat me in possessione » vel « quasi possessione talis ecclesiae »; — vel: « qui non sinit » vel « non permittit me quiete possidere talem rem »; — unde peto ipsum a dicta inquietatione compesci » vel: « ab inquietatione » seu « turbatione illa prohiberi ». Et nota, quod in hoc casu habet locum interdictum Uti possidetis etc.*

In modo affatto analogo sono concepite le domande d'azione dei libelli di interdetti proibitorii nello *Speculum iudiciale* del DUBANTIS († 1296).

---

si distingueva dalla *confessoria*, ricorda, « che la pratica accorda agli interdetti in generale, ed anche al presente in particolare, la procedura sommaria indeterminata, il che forma per lo meno una peculiarità processuale, per la quale l'interdetto continua ad avere interesse ». Cfr. sopra § 1840 num. 123 pag. 742 (ediz. ted. parte II pag. 462).

<sup>23</sup>) Fr. BERGMANN, *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*. Göttingae 1842 praef. p. IV.

<sup>23 a</sup>) Ed. BERGMANN, pag. 167 vol. 18 segg. e pag. 168 vol. 1 segg.

*Specul.* lib. IV, partic. II. *De causa possessionis et proprietatis.* § 2 sotto il num. 3 (interdetto *Ne quid in loco publico fiat*): « *unde ipsum prohiberi peto, ne ponat* » sotto il num. 4: « *ago contra eum, quod non faciat* », sotto il num. 7 (interdetto *de via publica reficienda*): « *ago contra eum, ut cesset a tali iniuria et violentia* »; § 3 sotto il num. 1 (interdetto *de loco publico fruendo*): « *ago contra eum, ne me prohibeat* », sotto il num. 3 (interdetto *de superficiebus*): « *ne me turbet* », sotto il num. 4 (interdetto *de itinere privato*): « *ne me prohibeat* », sotto il num. 7 (*de itinere reficiendo*): « *ne me impediatur* ». In quest'ultimo luogo v'è poi ancora l'osservazione: *Quidam tamen addunt: « et quanti mea interest, non prohiberi vel impedi, eum mihi condemnari peto »*, SED HOC NON EST NECESSE.

Parimenti è detto per l' *Uti possidetis* l. c. § 1 sotto il num. 7: « *Coram etc. conqueror de P., qui me, vel colonos vel inquilinos meos, in possessione talis domus, vel fundi, cuius fines etc., inquietat et turbat, non sinendo me domum illam vel fundum, quam vel quem possideo, pacifice possidere. unde ago contra eum, ne me turbet vel inquietet: et ad hoc propono interdictum Uti possidetis vel actionem in factum subrogatam in locum eius* ». Vel sic: « *Coram etc.* » ut supra usque UNDE. post iunge: « *ne vim turbativam vel inquietativam mihi inferat, ne aliquo modo inquietet possessionem meam, eum prohiberi peto. et ad hoc propono etc.* » ut supra. Multi tamen sic addunt, praemissis retentis: « *et quantum mea interest non inquietari, mihi peto restitui* ».

Il diritto al risarcimento dei danni qui adunque non è ancora nemmeno riconosciuto come generale; ad ogni modo esso non è che un accessorio: la domanda essenziale dell'azione ha per oggetto il divieto di una futura turbativa.

In modo specialmente chiaro si manifesta questo contenuto degli interdetti proibitorii là dove l'attore oltre a uno di questi ha a sua scelta un'azione di risarcimento, come nella *missio legatorum nomine*.

*Specul.* lib. IV, partic. II. *De eo, qui mittitur in possessionem*, sotto il num. 4: Lib. *Coram etc. conqueror de P., qui me prohibuit ire in possessionem rerum Scii, in quarum rerum possessionem iudex me mittendum deoverat: unde ago contra eum, ne prohibeat: et ad hoc pro-*

*pono interdictum Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, vel actionem in factum subrogatam in locum istius interdicti. Vel si vis petere tuum interesse, adde sic: unde quia interest mea in centum, non fuisse prohibitum, ideo illud interesse peto, et ad hoc propono actionem in factum descendantem ex edicto. ne vis fiat ei etc.* <sup>21)</sup>.

Parimenti secondo BARTOLO ad L. 1 pr. D. *uti poss.*, XLIII, 17 num. 10 l'*Uti possidetis*, per esempio, ha per oggetto in prima linea il divieto di una futura turbativa: *Venio ad verbum « neque pluris », dicitur hic, quod istud interdictum datur ad interesse, contra imo datur, ne turber in possessione. Scil. datur in utrumque, scil. ne turber in possessione et ad interesse turbationis praeteritae* <sup>22a)</sup>.

Anche nella Raccolta di azioni giudiziarie (*Richterlicher Klagspiegel*) di SEBASTIANO BRANDT, Strasburgo 1533, le domande delle azioni di interdetti proibitorii hanno per oggetto dei divieti, per es. D. *sepulchro aedificando*. Della costruzione di sepolcri: Domando, ecc. che si statuisca, che a lui non è lecito fare tale opera dannosa e illecita, e costringetelo a non fare per l'avvenire nessuna opera dannosa e illecita, ecc. — *Ne quid in loco sancto fiat*. Che nulla di sudicio sia fatto in un luogo consacrato: Vi domando di proibirgli tal cosa. — *Ne quid fiat in loco publico*, etc.: Domando, ecc. e proibirgli, che egli costruisca tal cosa, ecc. — Domando, ecc. statuire e comandargli, che — egli desista da tale costruzione, ecc.

È affatto incomprensibile, perohè questa domanda dell'azione dovette più tardi cambiarsi in Germania, tanto più che la domanda precisamente uguale del divieto di future turbative per la *negatoria* e per la *confessoria in rem actio* è stata indubbiamente manteuuta.

E infatti anche per es. Pietro FRIDERO Mindano († 1616) nella sua opera, certo sommamente confusa, *De interdictis etc. commentarii theoretipracticici Comm.* VII, n. 16 sq. dà la definizione certo fatta anche pel diritto del suo tempo: *Sexto igitur interdicta vel sunt inhibitoria, quibus fieri aliquid prohibetur, vel iussoria, aut potius compulsoria.*

<sup>21)</sup> Parimenti *Specul.* lib. IV partic. I *De Libellorum conceptione* § 9 sotto il num. 15.

<sup>22 a)</sup> Vedi anche BARTOLO ad L. 1 cit. § 6 sotto il num. 10, ad L. 3 § 11 eod., ad L. 3 § 3 D. *de it. actiq. priv.* XLIII, 19 (infra nota 35 a).

*quibus aliquid fieri iniungitur et mandatur. Et cum in definitionibus inhibitionum nonnihil variant nec satis sibi constant Doctores, sciendum est, inhibitionem esse decretum iudicis competentis, ne quid fiat, legitime prohibens, etc.*

In modo affatto consimile la Corte d'appello (*Ober-Appellationsgericht*) di Cassel nell'anno 1763 ha sentenziato, che in base all'interdetto *Ne quid in itinere publico fiat* deve domandarsi una inibitoria <sup>24b)</sup>.

Nei manuali e trattati per lo più non si può scorgere con sicurezza, se la distinzione in interdetti imperativi e proibitorii debba riferirsi esclusivamente al diritto romano, oppure anche al diritto del tempo. Tacendo a tal proposito gli scrittori, può tuttavia presumersi, che essi non ammettono in questo riguardo un'antitesi tra il diritto romano e il moderno <sup>25)</sup>. Del resto sembra quasi che talvolta lo scrittore non si renda conto della differenza che corre tra un divieto del giudice, cioè un comando avente per oggetto anche nel caso pratico l'astensione da un certo atto per l'avvenire, e il comando del giudice di compensare il danno arrecato con un atto contrario a un divieto generale. Altrimenti non si comprenderebbe, come GÖSCHEN abbia potuto additare quale scopo dell'interdetto *de itinere actuque privato* « l'eliminazione della turbativa e il risarcimento del danno arrecato » <sup>26)</sup>, quale scopo dell'interdetto *de itinere reficiendo* « l'allontanamento dell'ostacolo frapposto alla riparazione » <sup>27)</sup>; poscia quale scopo dell'interdetto *de aqua*: « l'attore vuole non esser più distur-

<sup>24 b)</sup> DE CANNEGIESSEN, *Decision. supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani* tom. IV dec. LXIV pag. 99.

<sup>25)</sup> Basterà nominare a mo' d'esempio STRUVIO, *Syntagma* pag. 3 exerc. XLV lib. XLII tit. 1 § VIII sotto il num. II e GÖSCHEN, *Vorlesungen* (Lezioni) vol. I § 143. — Il contenuto del mezzo di tutela resta indeterminato, anche quando lo si determina unicamente col dire, che suo scopo è la « tutela contro turbative », come si trova per esempio nel WINDSCHEID, *Pandekten* vol. I § 164 sotto il num. 3 a e b per gli interdetti *de itinere privato*, *de aqua* e *de rivis*. Perocchè una tale difesa può esser data, non solo mediante divieto dell'autorità giudiziaria, ma anche mediante ordine di risarcire il danno e di rimuovere ciò che turba l'altrui possesso.

<sup>26)</sup> Loc. cit. vol. II § 610 alla nota 5.

<sup>27)</sup> Ivi prima della nota 10.

bato per l'avvenire, e ottenere risarcimento del danno patito »<sup>28)</sup>; quale scopo dell'interdetto *de rivis*: « l'attore domanda di poter riparare l'acquedotto, in guisa che l'acqua possa continuare a esser condotta e adoperata nella maniera voluta dallo stato di possesso esistente fino allora »<sup>29)</sup>. È chiaro, che lo scopo di tutti questi interdetti è ugualmente l'astensione dalla turbativa pel futuro; soltanto là dove la permanenza di un'opera fatta produrrebbe la turbativa, il divieto di turbative contiene nello stesso tempo il comando di rimuovere tale opera.

Io trovo invece enunciata la giusta opinione sul contenuto odierno degli interdetti proibitorii dallo HEIMBACH per tutti i singoli interdetti proibitorii da lui esaminati<sup>30)</sup>.

Certo chi reputa con lo SCHMIDT<sup>31)</sup>, che le azioni *ex causa* di interdetti proibitorii già al tempo di GIUSTINIANO fossero azioni *ex delicto*, dovrà logicamente ammettere, che esse anche oggi non hanno altro oggetto che il risarcimento dei danni e la ripristinazione del-

<sup>28)</sup> Ivi § 610 alla nota 8.

<sup>29)</sup> Ivi alla nota 15.

<sup>30)</sup> Nel *Rechtslexikon* (Dizionario giuridico) del WEISKE, vol. V per gli interdetti *de aqua* pag. 535 alla nota 73, *de aqua ex castello ducenda* pag. 536 prima della nota 89, *de arboribus caedendis* pag. 538 alla nota 102 e pag. 539 dopo la nota 111, *de cloacis* pag. 542 alla nota 146 e pag. 543 dopo la nota 152, *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* pag. 544 dopo la nota 168, *de fonte* pag. 546 dopo la nota 183, *de glande legenda* pag. 547 alla nota 192, *de itinere aeluque privato* pag. 553 prima della nota 259, *de itinere reficiendo* pag. 555 alla nota 284, *de liberis ducendis* pag. 556 segg. alla nota 298, *de loco publico fruendo* pag. 561 dopo la nota 336, *de migrando* pag. 563 dopo la nota 358, *de mortuo inferendo* pag. 565 alla nota 380, *de ripa munienda*, pagina 571 dopo la nota 454, *de rivis* pag. 572 dopo la nota 473, *de sepulchro aedificando* pag. 574 alla nota 490, *de superficibus* pag. 576 prima della nota 508, *de via publica reficienda* pag. 586 prima della nota 617, *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* pag. 590 alla nota 660 segg. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* pag. 572 alla nota 691 segg., pag. 594 dopo la nota 709, pag. 596 alla nota 727. *Ne quid in loco sacro fiat* pag. 597 alla nota 738, *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* pag. 598 alla nota 755, *Ut in flumine publico navigare liceat* pag. 626 alla nota 74, *Ut possidetis* pagina 629 alla nota 74 e *Utrubi* pag. 635 prima della nota 124.

<sup>31)</sup> Loc. cit. pag. 330. Vedi sopra § 1840 num. 124 (ediz. ted. parte II pag. 470) alla nota 10.

l'antico stato delle cose, ove sia mutato, e non un divieto per l'avvenire <sup>32)</sup>.

Pur tuttavia le sentenze delle Corti supreme della Germania emanate su tali azioni pronunciano in vario modo un divieto del magistrato riguardo ad un determinato atto <sup>33)</sup>. Non si può dunque affermare, che il cambiamento del contenuto di quelle azioni sia stato riconosciuto per diritto consuetudinario <sup>33a)</sup>.

Soltanto in ciò si scosta il diritto odierno dal diritto giustiniano, che oggi, come abbiamo osservato, la sentenza, che dà luogo all'azione, pronuncia il divieto, mentre ancora al tempo di GIUSTINIANO la condanna pronunciata in base al diritto, che alcuno si astenga da un dato atto, doveva sempre aver per oggetto una somma di danaro <sup>34)</sup>. Però questo cambiamento non è punto qualche cosa di peculiare alle azioni interdittali: lo stesso vediamo accadere anche nella *negatoria* e nella *confessoria actio*.

Con ciò si ricollega strettamente un altro fatto. Al tempo di GIUSTINIANO il convenuto, semprechè non si trattasse di un risarcimento di danni e di rimozione di uno stato di cose, che minacciasse turbative anche pel futuro, sfuggiva alla condanna in sè stessa fondata, quando dava cauzione *de non amplius turbando*. Dacchè la sentenza stessa contiene un divieto di future turbative, questa cauzione non

---

<sup>32)</sup> Ciononostante il SAVIGNY, che reputa tutti gli interdetti possessorii azioni *ex delicto* (*Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) § 2 7.<sup>a</sup> ediz. pag. 30 e segg.), alla sentenza nell' *Uti possidetis* dà per oggetto il divieto di turbative; loc. cit. § 38 pag. 408

<sup>33)</sup> Cfr. SEUFFERT, *Archiv*, vol. I num. 222 (O. A. G. (Corte sup. d'appello) Wiesbaden 1839). Volume V num. 27 O. A. G. Lübeck 1847). Volume XVII num. 224 (O. A. G. Wolfenbüttel 1864. Vol. XIX num. 235 (O. A. G. Kiel 1865). Vol. XXVII num. 204 (O. A. G. Rostock 1865). Vol. XLII num. 8 = *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen* (Decisioni della Corte suprema dell'Impero in materia civile). Vol. XVI num. 31 (R. G. (Corte suprema dell'Impero 1886). Vol. XLIII num. 270 = *Entsch. des R. G.* vol. XXI numero 35 (R. G. 1888) e *Entsch. des R. G.* vol. I num. 59 (1880).

<sup>33 a)</sup> Cfr. riguardo all' *Uti possidetis* ECK, *Die sog. doppelseitigen Klagen* (le c. d. azioni bilaterali) pag. 62 seg. WINDSCHEID, *Pandekten* § 159 alla nota 3 b e 5 a. FITTING, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. LV pag. 336. DERNBURG, *Pandekten* vol. I § 186 alla nota 19.

<sup>34)</sup> Vedi sopra § 1840 num. 124 (edizione tedesca pag. 466) alla nota 5 seguente.

può più stornare la condanna. Ove lo scopo della cauzione, cioè la facilitazione dell'esecuzione forzata, non venga assicurato in altro modo, la condanna, oltre al divieto di future turbative, deve enunciare anche l'obbligo della prestazione di una cauzione, precisamente come è avvenuto nell'*actio negatoria* e *confessoria* fino all'ultimo Recesso imperiale (*Jüngster Reichsabschied*)<sup>35</sup>. Infatti nella Glossa QUANTI alla L. 3 § 3 D. *de itin. act. priv.* XLIII, 19 troviamo detto per l'interdetto *de itinere privato: apparet ergo, quod debet fieri condemnatio, ne prohibeatur tunc, et forte, ne in futurum, vel cautio forte erit praestanda, ne in futurum prohibeatur, donec constet, debeatur servitus nec ne. arg. supra si serv. vend.* (VIII 5) l. EGI (12) et l. HARUM (7).

Con particolare frequenza viene esaminata l'imposizione da parte del magistrato della *cautio de non amplius turbando* come un punto della sentenza nell'*Uti possidetis*. Così BARTOLO ad L. un. Cod. *uti poss.* VIII, 6 ad v. AC SATISDATIONE insegna:

— *pone hoc modo secundum eum (scil. Iacobum de Aretino ÷ dopo il 1296): Domine Imperator, vos dicitis, quod rector provinciae vim fieri prohibebit per interdictum Uti possidetis. ille adversarius est ita maledictus homo, quod etiam post sententiam me turbavit (turbabit scr.); quod (quid scr.) ergo erit officium iudicis in hoc interdicto, ut non me turbet de cetero? Respondet Imperator, rector faciet de hoc praestari satisfactionem scil. de non turbando in futuro, et si nolit satisfacere, auferetur sibi possessio et transfertur ad te, et sic fiet de possessore petitor, et hoc modo cognoscetur de proprietate. hoc dicit secundum Iacobum de Aretino et melius quam glossa. et magis no. licet haec lectura sit magis bona in illo ultimo versiculo et licet in se sit vera, tamen hodie corrigitur, ut gl. dicit et ibi dicam. Teneas ergo lecturam Iacobi de Aretino, quam ipse probat argumento harum legum (leg.: l. HARUM (7) et l. EGI (12) D. si serv. vind. (VIII, 5). Ego do tibi casum D. de it. (XLIII, 19) L. 3 § IN HOC INTERD. (3) et de aq. cott. et aest. (XLIII, 20) L. penult. (7)<sup>35 a</sup>.*

<sup>35</sup>) WETZELI, *System* § 46 alla nota 43.

<sup>35 a</sup>) Vedi anche BARTOLO ad L. 1 § 6 (*interdictum*) D. *uti poss.* XLIII, 17 sotto il num. 10: *Secundo dixit, quod debet concludi, ne in futurum molestetur, hic quaero, an debeat petere de hoc sibi satisfacere. Ultramontani dicunt, quod sic.*

Appunto questo modo ingenuo di voler scorgere nella L. un. cit., la quale certo rispetto alla *satisfatio* comporta solo un'interpretazione storica, una menzione di quella cauzione, trasformandola così in *satisfatio*, è una prova convincente del vivo bisogno, che ne sentivano i commentatori.

Ancor più chiaramente, se è possibile, si manifesta questo sentimento in Andrea GAILL, *Practicarum observat.*, lib. I, obs. CXVI, no. 5, dove, in base a una sentenza dell'Alta Camera di giustizia, s'insegna, che la *cautio de non molestando in futurum* omessa nella domanda dell'azione e nella sentenza può ancor essere domandata nell'istanza dell'esecuzione: *quia victori non esset satis prospectum ratione tantum praeteritae et praesentis turbationis, nisi etiam ei cautum sit de futura turbatione: quod videlicet adversarius in futurum eum molestare nolit.*

Quantunque si giungesse alla persuasione, che la *cautio de non amplius turbando* nell'*Uti possidetis* non si possa derivare dalla L. un. Cod. *uti poss.* VIII, 6<sup>36</sup>), pure la si mantenne<sup>37</sup>), sebbene più tardi, a quanto sembra, senza *satisfatio*<sup>38</sup>). Poscia l'ultimo Recesso dell'impero (*der Jüngste Reichs-Abschied*), § 162 stabilì:

*et de hac satisfactione, ut dicunt ipsi, loquitur L. 1 i. f. Cod. eod. Istam opinionem puto veram per L. 3 in § HOC INTERDICTO (3) et ibi nota. infra de itin. actug. priv. infra de ag. coll. l. pen. — ad l. 3 (si duo) § IN HOC INTERDICTO (11) eod. sotto il num. 1: Gl. ponit hic casum. nota text. ibi HOC NEQUAQUAM etc. et secundum hunc casum habes, quod quis condemnatur, quod non turbet. Et dico, quod de hoc potest cogi cavere ut infra tit. II (D. XLIII, 19) L. 3 § IN HOC INTERDICTO (3) et de ag. coll. et aest. l. pen. — ad L. 3 § IN HOC INTERDICTO (3) D. de it. actug. priv. XLIII, 19: Quaero, ad quid debet fieri condemnatio in hoc interdico. Glossa dicit, et bene, ad tria. Primo, ne prohibeatur, ut caveat, in futurum non prohiberi, ut condemnetur ad interesse prohibitionis praeteritas. Ita dicit gl. et bene. Ego dixi supra tit. secundo (D. XLIII, 17) L. 1 § pen. Et ex hoc scis, qualiter debeat formari libellus.*

<sup>36</sup>), MENOCHIUS († 1607) *de adipiscenda retinenda et recuperanda possessione commentarii, de retinenda poss. remed.* III n. 811-817.

<sup>37</sup>) Petr. FRIDERUS Mindan. († 1616) *De interdictis* tit. VII n. 6. SCHILTER *Praxis iuris Romani in foro germanico* (per la prima volta 1675-1680) *exerc. ad pand.* XLVII § 60. BERGER, *Oeconomia iuris* (per la prima volta 1712) lib. II tit. 6 num. 8. LAUTERBACH, *Collegii theoretico-pratici pars tertia* (per la prima volta 1714) lib. XLIII tit. 17 § 12. I. H. BOEHMER, *Exercitationes ad pandectas* tom. V *exerc.* XL § 9 (1720). P. MÜLLER, *Additio* : 1738, ai STRUVII *Syntagma iuris civilis* *exerc.* XLV lib. XLIII tit. 17 § 121.

<sup>38</sup>) Ciò risulta dall'osservazione del LEYSER, *Meditationes ad pandectas* vol. VII,



« In tutti i casi e le cause però, che, tendendo la sentenza solo *ad omittendum vel non faciendum*, non sono soggetti a nessun'altra esecuzione, se non che la parte soccombente è costretta ad astenersi a *certo aliquo facto*, deve essere per questo ugualmente stabilita una certa pena pel caso di contravvenzione, e poichè essa agì contro la sentenza pronunciata, occorre non solo procedere contro di lei con la dichiarazione della pena, ma anche assegnarle un breve termine *ad praestandam cautionem de non amplius turbando, impediendo, excedendo, attendendo, offendendo, etc* ».

Nè v'è il minimo dubbio, che, in forza di tale norma, quella cauzione, come nella *negatoria* e nella *confessoria actio*, non sia divenuta superflua<sup>39)</sup>, e non possa essere imposta se non in caso di disobbedienza continuata, e allora con *satisfactio*.

Il Codice di procedura civile dell'Impero Germanico § 775 s'attiene precisamente a questo punto di partenza, disponendo, che la comminazione della pena, ove non sia contenuta nella sentenza enunciante l'obbligo, debba essere pronunciata su richiesta della parte interes-

---

spec. 58 §§ 15 seg.: *Ego, si iudex hac iudicandi formula*: che l'attore deve esser tutelato nel possesso del giardino controverso, e il convenuto deve astenersi da ogni turbativa sotto pena di un'ammenda di 100 talleri dell'impero, o del carcere: *in possessorio summarissimo utatur, nunquam actorem vili, qui cautionem de non amplius turbando decerni mallet*. Il LAUTERBACH loc. cit. pare invece domandi ancora una cauzione reale, là dove egli indica quale abituale clausola della sentenza: « Che anche con la prestazione di sufficiente cauzione *de non contraveniendo Sententiae*, si mantenga obbedienza fino alla disquisizione del petitorio ».

<sup>39)</sup> ECK, *Die sog. doppelseitigen Klagen* (Le azioni cosiddette bilaterali) pagina 64 nota 225. È strano, che gli scrittori nominati nella nota 37 a cominciare dallo SCHILTER non allegghino punto il *Jüngster Reichs-Abschied*, e ancor più che nemmeno il LEYSEK loc. cit. (nota 38) lo faccia quantunque egli a ragione stimi superflua la *cautio de non amplius turbando*. Anche l'osservazione del SAVIGNY, *Recht des Besizes* (Diritto del possesso) § 38 7.<sup>a</sup> ed. pag. 409 alla nota 1, secondo la quale il diritto di imporre una cauzione per ulteriori turbative è già riposto nel diritto generale dell'esecuzione, e perciò non ha bisogno di una conferma positiva, non tiene conto del *Jüngster Reichs-Abschied*. Non ho sotto mano la dissertazione di C. F. CONRADI, *Cautio de non amplius turbando in iudicio possessorio usu fori recepta Helmst. 1737*. Secondo l'esposizione dello HEIMBACH nel *Rechtslexicon* del WEISKE vol. V pag. 629 alla nota 75 pare che essa richieda la cauzione come *satisfactio*, ciò che fa anche lo HEIMBACH.

sata; però la garanzia può essere imposta solo per un tempo determinato <sup>40</sup>).

Se noi non erriamo nel ritenere, che nel diritto di GIUSTINIANO con un'azione *ex causa* di un interdetto proibitorio poteva domandarsi risarcimento solo del danno verificatosi dopo la *litis contestatio* di quell'azione <sup>40a</sup>), dovrebbe sembrare logicamente necessario affermare la medesima restrizione del diritto a risarcimento anche pel presente, beninteso con questa modificazione, richiesta dal § 239 del Codice di proc. civ., che ora come momento decisivo va considerato quello dell'istituzione dell'azione. Tuttavia noi crediamo di dover ammettere in questo punto un cambiamento del diritto.

Certo noi non scorgiamo tal cambiamento nel fatto, che dalla Glossa fino all'epoca più recente si è stati soliti di concedere il diritto a risarcimento in base a interdetti proibitorij senza restrizione per ogni contravvenzione al divieto edittale <sup>41</sup>). Perocchè ciò proviene

---

<sup>40</sup>) *Civil-Prozess-Ordnung* § 775: Se il debitore agisce contrariamente all'obbligo di astenersi da un dato atto o di tollerare l'esecuzione di un dato atto, egli per ciascuna contravvenzione dovrà essere condannato dal tribunale di prima istanza su domanda del creditore a una pena pecuniaria sino a 1500 marchi o alla detenzione sino a 6 mesi. La pena totale non potrà oltrepassare i due anni di detenzione.

La condanna deve esser preceduta da una comminazione di pena, la quale se non è contenuta nella sentenza che pronuncia l'obbligo, viene emanata su domanda dal tribunale di prima istanza.

Il debitore può anche esser condannato su domanda del creditore alla prestazione di una sicurtà per un tempo determinato per il danno, che potrà derivare da ulteriori contravvenzioni.

Vedi in proposito Lothar SEUFFERT nella sua edizione della *Civil-Prozess-Ordnung* 3.<sup>a</sup> ediz., WINDSCHEID, § 159 nota 36, § 467 nota 4 e riguardo all'*Uti possidetis* DERNBURG, *Pandekten* vol. I § 186 alla nota 20.

<sup>40 a</sup>) Vedi sopra § 1840 num. 124 pag. 469 alla nota 8 e pag. 482 alla nota 38.

<sup>41</sup>) Cfr. GL. ad l. 1 pr. *uti poss.* XLIII, 17 ad v. NEQUE PLURIS: — *si vinco te hoc interdicto, iudex, qui te condemnat, ut me non inquietes, condemnabit et te in meo interesse, i. e. quanti mea interest possedisse retro ab anno etc. ad L. 3 § 11 eod. ad v. IN HOC INTERDICTO i. f. ad L. 3 § 3 D. de itin. actiug. priv. XLIII, 19 ad v. QUANTI: — Item debet condemnari ad damnum, quod hic passus est propter prohibitionem, puta si circa fructus damnum passus est, qui colligere eos non potuit ideo, quia via uti non potuit. et est sic supra Uti possid. (XLIII, 17) lege SI DUO (3) § fin. (11). Alii hic exponunt, quando dicit scilicet per con-*

semplicemente da un'erronea interpretazione di singole norme delle fonti, la quale, priva com'è dell'appoggio di un concetto giuridico per sè stante, è indubbiamente contraria all'equità. Come potrebbe infatti conciliarsi con l'equità il fatto, che colui che contravviene al divieto senza alcuna colpa è tenuto responsabile? <sup>42</sup>). Ma viceversa non è nemmeno conforme all'equità, che colui che contravviene al divieto prima dell'istituzione dell'azione resti impunito, anche quando ciò egli faccia con la coscienza di commettere un atto vietato dalla legge. E se altrove gli sforzi fatti per dare all'equità il suo luogo nell'esercizio delle funzioni del giudice, in quanto ciò non contrasta con l'esistenza del diritto materiale delle azioni <sup>43</sup>), anche là dove il meccanismo romano delle azioni non lo permetteva <sup>44</sup>), sono stati coronati da successo, dovrà esser così anche riguardo al diritto e risarcimento del danno avvenuto nel tempo antecedente all'istituzione dell'azione, che può farsi risalire a una colpa del convenuto.

Questo concetto è difatti stato applicato riguardo alla *negatoria* e la *confessoria actio* <sup>45</sup>); noi dobbiamo accettarlo anche per le azioni *ex causa* di interdetti proibitorii <sup>46</sup>).

---

*tumaciam se nunquam desinere, quin prohibet me volentem uti, tunc quidem condemnabitur, quanti mea interest, non prohiberi. Sed prima placet secundum Imerium et Hugonem.* DURANTIS, *Specul. iud.* lib. IV partio. II *De causa possessionis et proprietatis* § 1 sotto il num. 7 (vedi sopra pag. 775 (Ediz. ted. pag. 505)). BARLUSTO ad L. 1 D. *uti possid.* XLIII, 17 pr. num. 10 (sopra pag. 776 (Ediz. ted. pag. 506)).

<sup>42</sup>) IHERING, *Das Schuldmoment* (L'elemento della colpa) pag. 6 seg.

<sup>43</sup>) Come per esempio riguardo al cosiddetto rigore materiale del cambio, e in genere riguardo al contenuto di una *obligatio stricta*.

<sup>44</sup>) Per es. riguardo agli interessi moratorii nel mutuo.

<sup>45</sup>) WINDSCHEID, *Pandekten* (a cominciare dalla 2.<sup>a</sup> ediz. 1867) § 198 alla nota 5 § 217 alla nota 2. SEUFFERT, *Archiv* vol. XXI num. 213 (*Ober-Appellations-Gericht* (Corte sup. d'Appello) Berlino 1868, volume XXXII numero 15 (*Oberstes Landgericht* (Tribunale supremo) per la Baviera 1875) vol. XXXVIII, num. 106 (Ivi 1881; Vol. XXXVIII, num. 9 = *Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen* (Decisioni della Corte suprema dell'impero in materia civile) volume VI num. 61 (*Reichsgericht* 1882). DERNBURG, *Pandekten* vol. I § 255 alla nota 19, § 256 alla nota 12.

<sup>46</sup>) Così WINDSCHEID, *Pandekten* § 159 alla nota 3 a e nota 5 a. DERNBURG, *Pandekten* vol. I § 186 sotto il num. 5 c alla nota 21 riguardo all' *Uti possidetis*. Cfr. d'altra parte BRUNS, *Besitzklagen* (Azioni possessorie) pag. 57 lettera f. « La pratica odierna non distingue ». In questo senso ha statuito il terzo

Il Progetto del Codice civile dell'Impero Germanico ha accolto solo pochi degli svariati mezzi procedurali, che derivano *ex causa* di interdetti proibitorii, cioè solo le azioni per turbativa del possesso (§§ 820 seg.)<sup>a</sup>) e per impedimento o turbativa dell'esercizio di una servitù prediale (§ 979)<sup>b</sup>) e di una servitù personale limitata (§ 1048)<sup>c</sup>). Queste poche tendono alla cessazione di una turbativa operata per illecito arbitrio, e, se in date circostanze sono da temere ulteriori turbative, alla condanna del perturbatore alla astensione da ulteriori turbative; invece non ha luogo un diritto a risarcimento dei danni. Similmente il Progetto concede l'azione *negatoria* (§ 943) e la *confessoria* per una servitù prediale (§ 978)<sup>d</sup>).

Senato civile del *Reichsgericht* il 6 aprile 1888 (*Entsch.* vol. XXI num. 35 — SEUFFERT, *Archiv* vol. XLIII num. 270): « L'interdetto promosso (a tutela dell'uso di una pubblica via) ha per oggetto — secondo l'opinione bensì contestata, ma da ritenersi per giusta — anche il risarcimento dei danni, senza che vi sia bisogno della dimostrazione di una speciale colpa del turbatore secondo i principii valevoli solo per l'azione negatoria ». Viceversa lo stesso Senato il 19 marzo 1886 negli interdetti a tutela dell'uso di fiumi pubblici (*Entsch.* vol. XV num. 38 — SEUFFERT, *Archiv*, vol. XLII num. 9) ha giustificato la condanna al risarcimento dei danni col dire « che l'interdetto da applicare è di natura non solo proibitoria ma anche restitutoria ». La decisione a nostro parere giusta è stata pronunciata dal medesimo Senato il 9 luglio 1886 (*Entsch.* vol. XVI num. 31 — SEUFFERT, *Archiv*, vol. XLII num. 8): « l'elemento della colpa, condizione dell'obbligo dei convenuti di risarcire il danno, è a ragione riscontrato nel fatto, che essi, introducendo l'acqua del rifiuto nel fiume, erano conscii della sua qualità nociva ».

a) Cod. Civ. Germ. § 862: Se il possessore è disturbato nel suo possesso da un atto arbitrario vietato, può esigere che il turbatore ponga fine alla turbativa. Se sono da temere ulteriori turbative, il possessore può far domanda all'autorità giudiziaria affinché queste non si verifichino.

Questo diritto è escluso, quando il possessore possiede viziosamente di fronte al turbatore o ai suoi autori, e il possesso è stato ottenuto nell'anno che precede la turbativa.

Vedi Cod. civ. it. art. 69-700.

b) Cod. Civ. Germ. § 1029: Se il possessore di un fondo vien disturbato nell'esercizio di una servitù prediale iscritta nel registro catastale sotto il nome del proprietario, le norme vigenti per la tutela del possesso trovano analoga applicazione, sempreché la servitù sia stata esercitata, sia pure una sola volta, entro l'anno che precede la turbativa.

c) Cod. Civ. Germ. § 1090 capov. 2 (Titolo delle servitù personali limitate): Le norme dei §§ 1020 a 1024, 1026 a 1029, 1031 hanno analoga applicazione.

d) Cod. Civ. Germ. § 1027: Se vien posto impedimento a una servitù prediale spettando a chi esercita la servitù i diritti stabiliti al § 1004.

Il § 1004 dice: Se la proprietà vien turbata in altro modo che per sottrazione o de-

Qui il Progetto ha per noi particolare importanza, perchè mostra, che i suoi compilatori non hanno punto stimata superflua l'emana- zione di un divieto per l'avvenire là dove sono da temere ulteriori turbative, e che anzi la cessazione della turbativa, a cui si tende, non è tanto il ristabilimento del pristino stato, quanto piuttosto l'al- lontanamento di turbative pel futuro. Queste azioni possessorie del Progetto non hanno in alcun modo un « carattere restitutorio » <sup>47)</sup>.

130. 3.º *Relazione tra l'EXECUTIO IURE POTESTATIS e gli interdetti prohibitorii.*

Non occorre qui vedere, se la Glossa abbia ben compreso la diffe- renza tra i due mezzi di procedura <sup>48)</sup>.

Il DURANTIS ha ad ogni modo bene intesa l'antitesi di quelle due vie. Dopo aver esposto, come abbiamo riferito sopra <sup>49)</sup>, nelle *specul. lib. IV, partic. II, De eo, qui mittitur in possessionem* n. 4 i mezzi procedurali dell'interdetto *Ne vis fiat ei*, ecc. tendente a vietare ul- teriori impedimenti, e dell'*actio in factum* tendente al risarcimento dei danni, dati all'*immissus* a sua scelta, egli alla n. 5 continua: *Si vero non vis praedictas actiones proponere, sic concipe libellum. Lib. Coram etc. usque DECREVERAT et adde: unde, quod in possessionem rerum illarum mittat manu militari, officium iudicis propono et vestrum officium, do-*

<sup>47)</sup> Cfr. SCHMIDT, loc. cit. pag. 329; cfr. sopra § 1840 num. 124 pag. 745 (ediz. ted. parte II pag. 465) alla nota 2.

<sup>48)</sup> Alla L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.* XXXVI, 4 essa nulla osserva. Alla L. 1 § 2 D. *de migr.* XLIII, 32 essa dice *ad v. INFREQUENS: i. e. valde frequens, cum et detur utile (scil. interdictum de migrando) colono etiam. vel i. e. minus frequens, cum nunquam detur colono et inquilino non detur, sed extra ordinem subveniat.* Se presenta grande difficoltà il rapporto tra la L. 3 pr. D. *ne ris fiat ei* XLIII, 4 e la L. 1 § 2 D. *si ventr. nom.* XXV, 5, essa trova però la soluzione: *ibi (scil. in L. 1 § 2 cit.) subaudi « tantum » vel aliter, ut ibi.* È per ciò, che essa diceva alla L. 1 § 2 cit. *ad v. VEL MANU MINISTRORUM i. f.: secundum hoc die, non praetoria potestate, scil. tantum, civilis tamen sit per ius ordinarium.*

<sup>49)</sup> Num. 129 pag. 775 (ediz. ted. parte II pag. 505 segg.)

negazione del possesso, il proprietario può esigere, che il turbatore ponga fine alla tur- bativa. Se sono da temere altre turbative della proprietà, il proprietario può far domanda all'autorità giudiziaria affinchè queste non si verifichino.

Questo diritto è escluso, quando il proprietario è obbligato a tutelare tali turbative.

*mine iudex, imploro. D. eod. (sc. XLIII, 4) L. SI QUIS MISSUS 3). Credo tamen, quod ex officio et sine libello hoc procedat et de plano, ut in eadem lege*<sup>50)</sup>.

In pari modo mantiene MENOCHIO le differenze tra i tre mezzi di procedura nella sua opera pubblicata nel 1571 *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione remediis*. L'interdetto *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, vieta che al *missus* venga frapposto impedimento, l'*actio in factum* ha per oggetto il risarcimento dei danni derivati dal patito impedimento<sup>51)</sup>, l'*executio iure potestatis* realizza direttamente il non impedimento della presa di possesso<sup>52)</sup>.

Dove l'esecuzione forzata di una condanna all'astensione da certi atti può avvenire solo mediante pene inflitte per la disobbedienza<sup>53)</sup>, la differenza tra l'azione *ex causa* di un interdetto proibitorio e la diretta realizzazione operata dall'autorità giudiziaria di ciò, la cui esecuzione appunto non deve essere impedita, è una differenza sostanziale. Tale apparisce anche presso i pratici<sup>54)</sup>; ed a ragione il WETZELL<sup>55)</sup> ne fa menzione dichiarandola in pieno vigore. Però il campo principale di applicazione, la *missio in bona rei servandae causa*, alla

<sup>50)</sup> Parimenti *Specul. lib. IV partic. I De libellorum conceptione* § 9 num. 15. E in conformità di ciò esso nel lib. IV parte II *De eo, qui militatur in possessionem* cit. num. 6 segg. dà al *missus*, che è di nuovo stato cacciato, la scelta tra l'interdetto restitutorio *Ne vis fiat* avente per oggetto la restituzione l'*actio in factum* pel risarcimento dei danni e l'*imploratio* dell'*officium iudicis*.

<sup>51)</sup> *De retin. poss. remed. I* num. 81. *Quaero decimo quinto, an hoc interdictum detur pro interesse prohibitionis factae? Et dari solum actionem in factum extraordinariam certum est et probat L. 1 § HAEC VERBA (5) et l. ult. (§ 2) D. ne vis fiat ei (XLIII, 4).*

<sup>52)</sup> L. c. num. 12: *Ego intelligo « melius » (scil. extra ordinem iure suae potestatis exsequi in L. 3 pr. D. ne vis fiat ei XLIII, 4) — hoc est tutius. siquidem vel iudicis praesentia vel manus militaris facilius audaces coercebit, quam si interdicto praecipiat vel prohibeat.*

<sup>53)</sup> Cfr. WETZELL, *System* § 50 alla nota 93 seg.

<sup>54)</sup> Vedi, per esempio, SCHILTER, *Praxis iur. Rom. in foro Germ. exerc. XLVII* § 31. STRYK, *Usus modernus pandectarum* lib. XLIII tit. IV § 2. STROY, *Syntagma exerc. XLV ad lib. XLIII tit. IV* § 40 e MÜLLERI, *Additio ad h. l. LAUTERBACH, Colleg. theoretico-practic. lib. XLIII tit. IV* § 11.

<sup>55)</sup> Loc. cit. § 5) nota 88, cioè nell'immissione fatta per ottenere la *cautio damni infecti* e la *cautio legatorum nomine*, il che il WETZELL stima scopo pratico.

quale erano stati erroneamente estesi l'interdetto *Ne vis fiat ei etc.*<sup>56)</sup> e l'*executio iure potestatis*, le era stato sottratto dal *Jüngster Reichs-Abschied* § 36.

Oggi questa differenza è priva d'oggetto. Il Codice di procedura civile (*Civil-Process-Ordnung*), § 777 dice:

« Se il debitore oppone resistenza all'esecuzione di un atto, che egli deve tollerare a norma dei §§ 773, 775, il creditore per vincere tale resistenza può invocare l'assistenza di un usciere, il quale deve procedere a norma del § 678 capov. 3 ».

In questo luogo è detto:

« Egli (cioè l'usciere), se trova resistenza, è autorizzato ad impiegare la forza, e può domandare a questo scopo l'appoggio degli organi esecutivi della polizia. Se è necessario l'aiuto della pubblica forza, egli deve rivolgersi al tribunale esecutivo ».

Secondo il Progetto del Codice civile per l'Impero Germanico debbono sparire anche in tale caso tutti gli interdetti, nei quali fino al Codice di procedura civile aveva luogo la concorrenza con l'*executio iure potestatis*.

#### 131. 4.º *Trattamento degli interdicta duplicia.*

Una difficoltà tutta particolare hanno incontrato i risorti studiosi dell'antico diritto romano nella duplicità di alcuni interdetti, incontestabilmente attestata nelle sue fonti. Manca ora una forma di azione, che possa mettere il giudice in grado di condannare l'attore per la cosa principale, su domanda del convenuto, anche senza una formale azione riconvenzionale di questo. Non si poteva quindi combinare pel presente un *iudicium duplex* in senso proprio in base a quegli interdetti<sup>57)</sup>. Ed oltre a ciò mancava anche la necessaria conoscenza della

<sup>56)</sup> Vedi sopra § 1839 num. 115 pag. 666 (ediz. ted. parte II pag. 358) alla nota 49 a.

<sup>57)</sup> È perfettamente giusto quanto è detto dallo SCHWEPPE, *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung fortgesetzt von W. MEJER* (Il diritto privato romano nella sua applicazione odierna, continuato da W. MEJER) 4.ª ediz. vol. III § 558 in fine: « Che anche ciascuna delle parti possa comparire come attore, o istituire l'azione, deriva di per sè da ciò (cioè dalla natura

procedura sì classica, che giustiniana, per comprendere la duplicità almeno riguardo al passato, e poscia partendo da questa interpretazione storica rigettare il concetto in discorso come disadatto per la propria epoca.

Si disconosce il supremo principio della procedura civile, la massima della discussione, se si ammette la possibilità, che l'attore *ex causa* di un antico *interdictum duplex* possa esser condannato per la cosa principale senza una domanda dell'avversario. È giusta questa medesima massima la domanda assolutamente necessaria per tale condanna non può nemmeno esser presentata nella forma di semplice difesa: è indispensabile una domanda formale presentata mercè un'azione riconvenzionale <sup>57a</sup>). Ma con ciò viene implicitamente esclusa la duplicità dell'azione.

---

dell'*interdictum mixtum s. duplex*) per conseguenza logica; però è del pari chiaro, che secondo le nostre leggi di procedura, le teorie e le consuetudini giuridiche tedesche questa opinione romana non sembra esser mai divenuta pratica, nè poter divenir tale ».

<sup>57 a</sup>) Ciò è stato completamente disconosciuto dal VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* (Trattato delle Pandette) vol. I § 336 nota I sotto il num. 4, 7<sup>a</sup> ediz. pag. 676 segg. Il WITTE, *Das interdictum Uti possidetis* pag. 134, reputa per lo meno come possibile « forse » il concetto del VANGEROW come « conseguenza pratica della circostanza, che ancora nelle Pandette l'interdetto è designato senz'altro come *duplex* ». Cfr. invece ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen* (Le azioni cosiddette bilaterali) pag. 74 segg. Mi riesce incomprendibile, come concepisca il DERNBURG, *Pandekten* vol. I § 186 num. 2 (cfr. num. 4 a), la bilateralità dell'azione possessoria ordinaria, nella quale « attore e convenuto hanno la medesima posizione », di modo che il giudice, ov'egli trovi che non è l'attore, ma il convenuto che possiede, non può respingere semplicemente l'azione, ma deve riconoscere il convenuto come possessore, e ciò anzi senza una domanda da parte del convenuto, come risulta *arg. a contrario* dall'osservazione al num. 5 c, secondo la quale « il giudice senza domanda del convenuto non può ordinare per sentenza a suo favore il divieto delle turbative del possesso e il risarcimento dei danni. Non so inoltre vedere, nè come senza un divieto delle turbative il riconoscimento del possesso del convenuto da parte del giudice possa stornare il timore, « che la lotta giudiziaria circa il possesso non appianata definitivamente continui stragiudizialmente », — nè come quella autorizzazione del giudice, a pronunciare nel processo civile il riconoscimento di un rapporto senza domanda delle parti, contraria ai supremi principii della procedura, possa scaturire da considerazioni di ordine pubblico.



Qui però sembra che sorga un'altra difficoltà. È realmente ammissibile, di fronte all'azione tendente alla tutela nel possesso attuale, un'azione riconvenzionale tendente alla tutela nel possesso dell'oggetto dell'azione? Si potrebbe esser propensi a dichiarare questa azione riconvenzionale addirittura inconcepibile, domandando anche questa la tutela nel possesso attuale, giacchè una *possessio plurium in solidum* è impossibile, e per conseguenza, nel caso che l'attore sia realmente possessore attuale, non può esser possessore attuale il convenuto, e quindi non può nemmeno esser tutelato come tale. Senonchè perchè mai nel caso da noi supposto dovrebbe l'azione riconvenzionale tendere semplicemente alla tutela nel possesso attuale? perchè non potrebbe formare oggetto della riconvenzione anche la domanda della restituzione del possesso preso *vizio* dall'attore?

Se si risponde a tale domanda senz'altro affermativamente, come è ben forza fare, non si può contestare, che viceversa anche all'azione, con cui si chiede la restituzione del possesso sottratto *vizio* all'attore, si possa opporre un'azione riconvenzionale per domandare la tutela nel possesso attuale.

Questi due casi di azione e riconvenzione formano nella procedura moderna quel rapporto, che s'avvicina all'antico *interdictum duplex*, appunto quanto lo permette la procedura moderna.

Sembra forse una vuota questione di parole il voler vedere se in questi casi, conformemente al vero stato delle cose, si debba designare il mezzo procedurale della parte, che realmente non possiede, come *remedium recuperandae possessionis*, oppure, in ricordo dell'antico *interdictum duplex*, come *remedium retinendae possessionis* con effetto recuperatorio. Ma in realtà c'è una notevole differenza tra l'applicazione dei principii dell'uno o dell'altro: al *remedium retinendae possessionis* si oppone l'*exceptio vitiosae possessionis*, al *remedium recuperandae possessionis* no<sup>58</sup>). E se, come noi ammettiamo, nel diritto classico ed ancora nel giustiniano, anche quella delle parti, dalla quale

---

<sup>58</sup>) Ciò vale anche per l'interdetto *de precario*, ove lo si possa annoverare con gli altri; accettando il precario il precarista rinuncia al diritto di allegare il *vitium*, di fronte a lui inerente al possesso del *precario dans*. Vedi anche L. 2 pr. D. *de prec.* XLIII, 26.

l'avversario possedeva *vitio*, poteva con l'*interdictum retinendae possessionis duplex*, e senza distinguere chi l'avesse domandato o rispettivamente avesse istituito l'azione *ex causa interdicti*, ottenere la condanna dell'avversario nella cosa principale, l'abolizione della duplicità in quest'interdetto avrebbe di molto oltrepassato la sfera degli effetti processuali, e avrebbe invaso quella del diritto materiale della tutela del possesso, ove essa nei casi in discorso avesse reso senz'altro necessaria l'applicazione dei principii del *remedium recuperandae possessionis*. Non v'è certo una ragione sostanziale per far ciò; non può nemmeno considerarsi come una *inelegantia iuris* l'esprimere l'opinione da noi rappresentata in questi termini: di fronte al *vitio a se possidens* l'antico possessore è considerato come possessore attuale in questo senso, che esso può valersi contro di quello dell'*interdictum retinendae possessionis* con effetto recuperatorio, in quanto l'avversario stesso conserva il possesso.

Appunto questo processo doppio formato con l'azione e la riconvenzione per la *iusta possessio* è oggidì l'esclusivo campo di applicazione della *exceptio vitiosae possessionis*, precisamente come la procedura bilaterale dell'*interdictum retinendae possessionis* nel diritto classico e nel giustiniano, nel primo naturalmente astrion fatta dall'interdetto *de vi non armata*. Tutti i passi, che concernono l'*exceptio vitiosae possessionis*, si riferiscono all'*interdictum primum*, vale a dire all'*interdictum duplex*<sup>59)</sup>. Pel diritto classico è incontestabile, che di fronte all'*interdictum secundarium* rimaneva interamente escluso il richiamo alla viziosità del possesso dell'impetrante<sup>60)</sup>. E nel diritto giustiniano dobbiamo ammettere precisamente lo stesso pel caso, che l'azione *ex causa* di un interdetto *retinendae possessionis* non prendesse la forma di *iudicium duplex*, perchè il convenuto da parte sua non domandava la tutela nel possesso<sup>61)</sup>. Chi di fronte al *remedium reti-*

<sup>59)</sup> L. 1 pr. §§ 5, 9, L. 2, L. 3 pr. D. *uti poss.* XLIII, 17. § 14 a I. *de interd.* IV, 15; L. 17 D. *de prec.* XLIII, 26. Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten* § 159 alla nota 6.

<sup>60)</sup> GAIO, IV, 170. Vedi sopra § 183<sup>b</sup> e num. 54 pag. 223 (ediz. ted. parte I pag. 297) alla nota 2.

<sup>61)</sup> Vedi sopra § 1840 num. 125 (edizione tedesca parte II pagina 487) alla nota 44 segg.

*nendae possessionis* non domanda di esser tutelato come possessore, può sempre contestare, che l'avversario possedga, o che egli stesso possedga *vizio* dall'avversario; e se egli deve riconoscere uno di questi due fatti, non ha facoltà di mettere in questione la legittimità del possesso, attuale o passato, dell'avversario. Non so vedere, perchè questa norma di diritto materiale dovrebbe essere abolita in seguito al fatto, che la procedura moderna non contiene nessuna forma, nella quale svolgere il *remedium retinendae possessionis* come *iudicium duplex*, e sa solo fornire qualche cosa di approssimativamente simile con la congiunzione dell'azione e della riconvenzione aventi per oggetto il possesso. L'opinione contraria, ora certo assolutamente dominante<sup>62)</sup>, giunge al risultato di approvare impunemente una eterna guerra del convenuto, che da parte sua non domanda d'esser tutelato nel possesso, contro il *vizio a se possidens*<sup>63)</sup>. È difficile che un tale risultato possa trovar approvazione dal punto di vista legislativo! E per di più da questo punto di vista apparisce arbitrario il negar poi l'effetto recuperatorio del *remedium retinendae possessionis*<sup>64)</sup>. Perocchè così si viene a negare in generale ogni autorizzazione alla difesa privata per l'antico possessore: come si spiega che egli può cionondimeno disturbare « *impune* » l'*iniuste a se possidens*, e solo non può in alcun modo spossessarlo!<sup>65)</sup>.

Tanto più ci sembra grave, che il Progetto del Codice civile per

---

<sup>62)</sup> Vedi in particolare il WINDSCHEID, *Pand.* § 159 alla nota 6: È però essenziale in tutti i casi per quel diritto (il diritto cioè alla tutela del possesso contro turbative), che il possessore non abbia ottenuto il possesso mercè un atto arbitrario commesso contro l'avversario; da un tale atto arbitrario l'avversario non può derivare un'eccezione contro il diritto del possessore ». Come prova la nota 6 adduce poi i frammenti delle fonti citati sopra nella nota 59.

<sup>63)</sup> Cfr. sopra § 1840 num. 125 i. f. (ediz. ted. parte II pag. 457).

<sup>64)</sup> Come fa per esempio il WENDT, *Das Faustrecht* nei *Jahrbücher* dello IHERING vol. XXI pag. 223 segg.

<sup>65)</sup> WENDT, *Besitz und Inhabung* (Possesso o detenzione) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* vol. LXXIV pag. 147: « Nell'azione possessoria proibitoria l'*exceptio vitii* ha legislativamente un'ancor minore giustificazione (cioè minore che nell'azione per sottrazione di possesso); perchè infatti dare con essa un salvacondotto per ogni turbativa del possessore, e aprire così ampio adito alla *chicane* dei vicini e alle scambievoli vessazioni? ».

l'Impero Germanico § 820 cap. 2 <sup>e</sup>) dia incondizionatamente luogo all'eccezione del possesso vizioso di fronte all'azione per turbative del possesso. Ciò è tanto più incomprensibile, dappoichè qui l'eccezione non è per avventura fatta derivare in virtù di una certa forza di resistenza dall'opinione dominante circa il diritto per addietro in vigore, ma si fa con la più rigida conseguenza logica derivare dal fatto, che il Progetto al § 819 capov. 2 <sup>f</sup>) ha dato la medesima eccezione contro l'azione per sottrazione del possesso <sup>66</sup>). Ma essa non è nemmeno qui a posto! « Invece basterà la norma del § 819, che l'azione possessoria vien fondata da un atto arbitrario vietato. Perocchè appunto allora trova applicazione la difesa, che non si tratta di un caso di atto arbitrario vietato, e il convenuto potrà senz'altro far valere le norme del § 815 <sup>g</sup>), allegando ch'egli ha solo fatto ciò che qui gli è permesso di fare » <sup>67</sup>).

Del resto s'intende di per sè, che anche secondo il Progetto colui che vien citato per turbative di possesso non solo può far uso dell'eccezione della detenzione viziosa, ma può anche istituire da parte sua l'azione riconvenzionale per sottrazione di possesso, come viceversa all'azione per sottrazione di possesso può opporsi, oltre l'eccezione della detenzione viziosa, anche l'azione riconvenzionale per turbative di possesso. In questo senso anche secondo il Progetto, come pel diritto comune finora vigente, resterebbe possibile una lite bilaterale circa il possesso.

<sup>66</sup>) *Motive*. Edizione ufficiale. Vol. III pag. 126.

<sup>67</sup>) *WENDT* loc. cit. *Arch.*, vol. LXXIV pag. 147.

<sup>e</sup>) Vedi sopra contronota *a*).

<sup>f</sup>) Cod. Civ. Germ. § 861: Se il possesso viene sottratto al possessore con atto arbitrario vietato, il possessore può esigere la restituzione del possesso da colui che possiede viziosamente di fronte a lui.

Questo diritto è escluso, quando il possesso sottratto era vizioso di fronte al possessore attuale o ai suoi autori, ed è stato ottenuto nell'anno che ha preceduto la sottrazione.

<sup>g</sup>) Cod. Civ. Germ. § 858: Chi sottrae il possesso al possessore senza il suo consenso o lo disturba nel possesso, ove la legge non permetta la sottrazione o la turbativa, agisce illecitamente (atto arbitrario vietato).

Il possesso ottenuto con atto arbitrario vietato è vizioso. Colui che è succeduto nel possesso deve far valere contro di sè il vizio del possesso, quando egli è erede del possessore, o al momento dell'acquisto conosceva il vizio del possesso del suo autore.

132. 5.° *Trattamento degli interdetti popolari.*

I trattati e i manuali espongono fin nel secolo presente la teoria degli interdetti popolari romani in modo da far credere, che essi siano indubbiamente applicabili nella loro originaria ampiezza <sup>68</sup>).

In modo del pari incondizionato la giurisprudenza del secolo scorso ha in apparenza riconosciuta l'applicazione ancora vigente delle norme giuridiche degli interdetti popolari <sup>69</sup>).

Ma potrebbe domandarsi, se tale riconoscimento in realtà non si limiti a casi, nei quali esisteva un interesse privato dell'attore <sup>70</sup>). Mentre si sentiva, che in tali casi non era lecito far mancare la tu-

---

<sup>68</sup>) Basterà qui rinviare a STRYK, *Usus modernus* lib. XLIII tit. 12 tit. 13 § 1. STROV., *Syntagma*, exerc. XLV lib. XLIII tit. 8 § 63, tit. 11 § 78, tit. 12 § 86, tit. 13 § 91. LAUTERBACH, *Colleg. theor.-pract.* lib. XLIII tit. 8 §§ 10 e 12, tit. 11 § 1, tit. 12 § 4, tit. 13 § 2. BERGER, *Oeconomia iuris* lib. II tit. 6 § 3. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts* vol. I § 333 a. WENING-INGENHRIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune) vol. II §§ 319 (286), 320 (289), 323 (295). GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* (Lezioni di diritto civile comune) vol. II § 635. KELLER, *Pandekten* §§ 379 segg. — Una singolare riservatezza usano il MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts* (Trattato del diritto delle Pandette) vol. I § 155 sotto la lettera C messo in correlazione col vol. II § 214 nota 2 in fine e § 215 note 6 e 15 e lo SCHWEPPE, *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung* (Il diritto privato romano nella sua applicazione odierna) volume I § 85.

<sup>69</sup>) Un *responsum* della facoltà dei giuristi di WITTENBERG del 1712 nelle *Meditationes* del LEYSER vol. VII specim. 51, e una sentenza dell'Ober-Appellations-Gericht (Corte d'appello) di Cassel dell'anno 1763 in DE CANNEGIESER, *Dec. tribun. Appell. Hasso-Cassel* tom. IV dec. 114 §§ 1-3. Vedi anche BÜLOW e HAGEMANN, *Praktische Erörterungen* (Disquisizioni pratiche) vol. I (1798) III Disquisizione § 3 pag. 54 segg.

<sup>70</sup>) Nella sentenza di Wittenberg della nota 69 ciò viene a parole messo in dubbio, ma è nella sua sostanza chiaramente esposto. Si tratta del restringimento di tre braccia e mezzo di una strada di villaggio avvenuto in seguito alla costruzione di un muro di granaio; attore è il vicino, il quale ora non può trasportare nel suo fondo dei grossi alberi se non con gran difficoltà, oppure solo facendo un giro (« di dietro »). Nel caso di Cassel si tratta di inondazione della « via comunale » per « emissione dell'acqua del mulino » su di essa da parte del mugnaio di mezzo; attore è il mugnaio sottostante; la sentenza di prima istanza dice: « se il medesimo (cioè il convenuto), nel tempo in cui è autorizzato a farlo, ha il mezzo di immettere l'acqua sui suoi prati senza danno dell'attore o della via del comune, ciò rimane in sua facoltà ».

tela dell'autorità giudiziaria, non si sapeva, a quanto pare, segnare il confine preciso tra di essi e i casi di applicazione puramente popolare.

Nemmeno il PUCHTA <sup>71)</sup> è però andato più oltre, che fino all'affermazione:

« La tutela delle cose, che sono sottratte al diritto privato, e la loro conservazione per l'uso, al quale sono destinate, è compito delle autorità, al quale esse debbono dedicare una cura indipendente dalle domande delle parti, e questo intervento ufficiale è oggidì la via abituale, per la quale si provvede contro le violazioni di quelle cose. Il diritto romano apre ancora un'altra via, quella di una procedura civile iniziata mediante un'azione contro il violatore, la quale vien data o a ciascun membro della comunità quale rappresentante della sua totalità (azione popolare), o a colui che è particolarmente colpito da quella violazione. A queste azioni, specialmente a quelle dell'ultima spece, bisogna dar luogo ancora oggidì, ove l'opera sempre pronta e dappertutto sufficiente dell'autorità non le renda superflue ».

Secondo il PUCHTA adunque gli interdetti popolari sarebbero anche oggidì ancora applicabili come tali, semprechè manchi una tale cura dell'autorità, ma non più in là. Così si verrebbe da un lato a lasciare senza tutela l'individuo là dove si tratta bensì del suo interesse privato, ma non è in questione il bene pubblico, dall'altro lato l'individuo avrebbe in suo potere di provocare con la domanda di un interdetto popolare una decisione giudiziaria tendente a verificare, se l'autorità amministrativa competente abbia o no tutelato nel modo necessario il bene pubblico.

Ora qui mentre da una parte non si tien conto di un indiscoscibile bisogno di tutela, dall'altra parte vien tracciata una procedura, che non s'accorda con gli istituti riconosciuti come vigenti in Germania. Perciò è il BRUNS <sup>72)</sup>, che vede il vero quando dice:

« Gli interdetti nelle *res publicae* possono bensì trovare ancora ap-

<sup>71)</sup> *Pandekten* § 35 a.

<sup>72)</sup> *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto) vol. III pagina 410 (*Kl. Schriften* (Scritti minori) vol. I pag. 371) dell'anno 1864.

plicazione, ma solo in quanto essi servono alla tutela dell'interesse privato, cioè in quanto essi non sono popolari. La tutela dell'interesse pubblico per le strade e i fiumi è invece compito esclusivo delle autorità amministrative, e deve continuare ad esser così anche con l'organizzazione odierna della vita pubblica, essendo la tutela mediante gli interdetti popolari romani troppo precaria e soggetta al caso e all'arbitrio ».

Questo concetto ha trovato rapidamente approvazione sì nella dottrina <sup>73)</sup>, che nella giurisprudenza <sup>74)</sup>; in quest'ultima anzi era già più

<sup>73)</sup> In questo senso per esempio ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten* (Trattato delle Pandette) § 332 nota 2. WAECHTER, *Pandekten I* § 89 sotto il numero 6 in fine. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Trattato delle Pandette) vol. II § 467 alla nota 1 segg. DERNBURG, *Pandekten* § 130 sotto la lettera b. Di diversa opinione è il BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* 2.<sup>a</sup> ediz. vol. I § 85 pag. 284 segg., la cui particolare opinione però non riesco a comprendere.

<sup>74)</sup> Così per l'interdetto *Ne quid in via publica itinere publico fiat*. Archiv del SEUFFERT, vol. XIX num. 235 (O. A. G. (Corte d'appello) di Kiel 1865); per l'interdetto diretto alla rimozione di un *factum immissum* nella pubblica via vol. XXVII num. 135 (O. A. G. (Corte d'appello) di Darmstadt 1872); vol. XL num. 51 (O. L. G. (Tribunale superiore) di Kiel 1834); per l'interdetto *Ut via publica itinere publico ire agere liceat* vol. XXIX num. 139 (O. A. G. di Berlino 1874); vol. XXXII num. 47 (Obertrib. (Tribunale superiore) di Berlino 1874); vol. XXXVI num. 199 (oberstes L. G. (Tribunale supremo) della Baviera 1881); vol. XLIII num. 219 (R. G. (Corte suprema dell'impero) 3.<sup>o</sup> senato 1887; num. 270 — Decisione del R. G. vol. XXI num. 35 (lo stesso 1888) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen* (Decisioni della Corte suprema dell'impero in materia civile) vol. I num. 59 (3.<sup>o</sup> senato 1880); per l'interdetto *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*. Archiv del SEUFFERT vol. IX num. 293 (O. A. G. di Celle 1855); vol. XXII numero 116 (O. A. G. di Darmstadt 1862); per corrispondente interdetto restitutorio vol. XXVII num. 205 (O. G. (Tribunale superiore) di Wolfenbüttel 1871); per l'interdetto proibitorio *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* vol. IX num. 161 secondo caso (O. A. G. di Darmstadt 1854; vol. X n. 167 (O. A. G. (Corte d'appello) di Wiesbaden 1836); vol. XIV num. 33 (la stessa 1847 e 1842); vol. XXXIV num. 11 (Obertrib. di Berlino 1877), vol. XXXVIII num. 299 — *Entsch. des R. G.* (Decisione della Corte suprema dell'impero) vol. VIII num. 34 (R. G. 3.<sup>o</sup> senato 1883; volume XLII num. 9 — *Entsch. des R. G.* vol. XV num. 38 (3.<sup>o</sup> senato 1886); per medesimo interdetto esteso ad altri casi per analogia vedi vol. IV numero 96 (O. A. G. di Dresda 1850); vol. XLII num. 8 — *Entsch. des R. G.* vol. XVI num. 31 (3.<sup>o</sup> senato 1886); contro tale estensione vedi vol. XXXII

volte stato seguito, ancor prima che il BRUNS lo avesse formulato <sup>75</sup>).  
 Esso può esser designato come il concetto dominante.

Giusta questo concetto anche il contenuto della condanna in base agli interdetti popolari deve ora subire una trasformazione essenziale.

Semprechè si tratti della condanna nell'interesse, ora può venir preso in considerazione soltanto l'interesse personale dell'attore <sup>76</sup>). Analogamente può statuirsi, che un'opera venga rimossa, e che si ristabilisca il pristino stato, solo in quanto l'interesse privato dell'attore lo richiegga. E nei limiti appunto di questo interesse privato deve finalmente mantenersi anche il divieto di turbative per l'avvenire.

---

num. 141 (O. G. Wolfenbüttel 1876) cfr. anche vol. XXXIV num. 11 cit., pel corrispondente interdetto restitutorio vol. X num. 168 (O. A. G. Wiesbaden 1846 e 1847); vol. XVII num. 246 (O. A. G. Jena 1863); vol. XXVII num. 204 (O. A. G. Rostock 1865); vol. XXXIII num. 131 (O. G. Wolfenbüttel 1875); per l'interdetto *Ut navigare liceat* vol. XLII num. 32 (O. L. G. (Tribunale superiore) di Braunschweig 1884).

Di queste sentenze parecchie enunciano espressamente il principio odierno sull'applicazione degli interdetti popolari, vedi vol. IX num. 293; vol. XLIII num. 219 e *Entsch.* vol. I num. 59; parimenti la decisione concernente l'interdetto non popolare *Ne quid in loco publico fiat* vol. XI num. 51 (O. L. G. Kiel 1884). Invece l'applicabilità degli interdetti *de via publica* per peggioramento della via viene contrastata vol. XXIX num. 140 (O. G. Wolfenbüttel 1869); e il vol. XXXVI num. 95 (oberstes L. G. (Tribunale supremo) della Baviera 1880) mantiene il punto di partenza del PUCHTA.

<sup>75</sup>) Vedi le sentenze citate di Celle 1835 (vedi vol. IX, 293), di Darmstadt 1862 (vol. XXII, 116), 1854 (vol. IX, 161), di Wiesbaden 1836, 1847 e 1848 (vol. X, 167 segg.), 1847 e 1848 (vol. XIV, 38), di Dresda 1850 (vol. IV, 96), di Jena 1863 (vol. XVII, 246). Quest'era specialmente già da lungo tempo l'opinione della Corte d'appello di Cassel, vedi STRIPPELMAN, *Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel* (Nuova raccolta di decisioni notevoli della Corte d'appello di Cassel) parte II num. XLVII pagina 189 segg. num. XLVIII pag. 196 segg., dove oltre la decisione del 1763 citata nella nota 67 ne sono riferite alcune del 1838 e 1841 (interdetto *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit* pag. 201 segg., pag. 210 segg.). Le decisioni del 1838 (pag. 190 segg. sotto il num. 2, pag. 194 segg. sotto i num. 5 e 6) invece non vanno poste con queste, perchè concernono l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat*, che non è popolare. Vedi sopra § 1835 num. 8 pag. 43 (ediz. ted. parte I pag. 54). Nemmeno la decisione del 1840 (pag. 204 segg. sotto il num. I I) è di tal genere: essa è fondata sul diritto della corona sui mulini.

<sup>76</sup>) Cfr. sopra § 1835 num. 7 pag. 38 (ediz. ted. parte I pag. 48) alla nota 24.



Sulla natura giuridica dei rapporti, che vengono tutelati dagli interdetti popolari trasformati in tal maniera, non parmi possibile dubbio. Ben è vero, che li si vorrebbe chiamare obbligazioni *ex delicto*: il convenuto ha fatto qualche cosa o vuol far qualche cosa, che è in sè stessa vietata; egli deve prestarne risarcimento o sottostare a un divieto dell'autorità giudiziaria accompagnato da una determinata comminazione di pena <sup>76a</sup>). Eppure niente sarebbe più erroneo.

Possiamo qui astenerci del tutto dal vedere, se il semplice timore di una violazione del diritto suscitato da una persona possa considerarsi già come un atto illecito di questa persona; e se si riscontri in alcun altro luogo una obbligazione *ex delicto*, che abbia per oggetto unicamente l'astensione da un dato atto.

Questo bensì dobbiamo contestare nel modo più reciso, che quegli atti illeciti, a cagion dei quali la parte lesa può promuovere un interdetto popolare nel senso moderno, presuppongano sempre e necessariamente anche una colpa soggettiva dell'avversario, come è richiesto dal concetto del delitto. Basterà a questo riguardo rimandare i lettori a quanto è stato da noi esposto <sup>77</sup>) per confutare l'opinione, che ogni inosservanza di un interdetto concesso personalmente derivi da colpevole disobbedienza all'autorità.

Per conseguenza noi dobbiamo concepire diversamente la natura del rapporto tutelato da un interdetto popolare nel senso moderno. L'interdetto popolare trasformato tutela l'interesse dell'individuo alla partecipazione all'uso delle *res in publico usu*. Quindi la facoltà dell'individuo di partecipare a quest'uso è divenuta un vero diritto privato. S'intende di per sè, che questo diritto privato non arriva sino al punto di far rimanere la cosa permanentemente destinata all'uso pubblico, ma ha solo per oggetto, che questa destinazione, fintantochè continua a sussistere, non venga violata. L'autorità competente può perciò, senza dover abbadare all'opposizione di chi ne vien di fatto danneggiato, far sì, per es., che una pubblica via cessi di esser tale; tuttavia finchè ciò non è avvenuto, nessuno può impedirci l'uso di

<sup>76 a</sup>) Vedi sopra § 1840 num. 127 (ediz. ted. parte II pag. 489).

<sup>77</sup>) Vedi sopra § 1838 d num. 100 pag. 558 (ediz. ted. parte II pag. 216).

quella via. Noi abbiamo dunque un diritto all'uso delle *res in publico usu*, che è molto simile a un diritto d'usufrutto. È innegabile, che questo diritto può avere un valore patrimoniale, e in certi casi anzi molto notevole. Ciò risulta subito evidente, se noi consideriamo la diminuzione di valore, che la nostra proprietà soffrirebbe, ove il nostro fondo per un motivo qualsiasi dovesse esser privato dell'uso finora permesso di una via pubblica o di un fiume pubblico. Se noi ciononostante non vogliamo comprendere tali diritti negli elementi componenti il nostro patrimonio, ciò si spiega con due ragioni. In primo luogo la loro esistenza dipende dalla permanente destinazione della cosa all'uso generale: e questa destinazione si manifesta più o meno precaria, anche là, dove essa deriva dalla qualità naturale della cosa serviente, com'è nei fiumi: perocchè il fiume può mutare il suo corso in un modo decisivo per l'uso, di cui si tratta. Soprattutto però i diritti d'usufrutto derivanti dalla generale facoltà di servirsi in una cosa sono di per sè inalienabili. Il loro valore ha quindi importanza pel commercio solo dove e in quanto essi fanno aumentare il valore di un fondo. Qui però esso non si presenta come fattore speciale.

Per conseguenza avremo ragione di designare i rapporti tutelati dagli interdetti popolari nella loro applicazione moderna come dei rapporti, simili a quelli delle servitù, su cose destinate all'uso pubblico.

Abbiamo già accennato <sup>78)</sup>, come il Progetto del Codice civile per l'Impero Germanico non si occupi di tali rapporti.

---

<sup>78)</sup> Vedi sopra num. 129, pag. 785 (ediz. ted. parte II pag. 518).

## APPENDICE

(AL § 1840 NUM. 121 NOTA 11 PAG. 708).

---

### Sul *iudex pedaneus* delle Pandette.

IL PERNICE nella *Rivista di storia del diritto della fondazione Savigny*, vol. VII Parte rom. pag. 106 segg. considera la funzione del *iudex datus* delle Pandette e di GELLIO XII, 13, 1 come quella di un « giudice delegato » o di un « giudice istruttore », e la contrappone quanto al suo concetto alla funzione del « *iudex privatus* », col quale avrebbe secondo lui giudicato soltanto il pretore della città e i proconsoli, mentre tutti gli altri magistrati (compreso quindi, se bene intendo, anche il *praetor peregrinus*) e i servi imperiali non avrebbero potuto nominare nessun « tribunale di giurati ».

La L. 2 Cod. *de libert. et eor.* lib. VI, 7, addotta come unica prova, non mena a questo risultato neppure nel tempo di COSTANTINO suo autore<sup>1)</sup>, molto meno per quello dei SEVERI. E per la mia opinione quella distinzione non acquista autorità nemmeno col bando da lui pronunciato, che chi nega il fatto, che « nella procedura per cognizione si trovano in più luoghi del Digesto dei giudici delegati, che son detti tecnicamente *iudices dati* » non sa leggere le Pandette. Anche se fosse certo, che i *iudices dati* nominati dai *magistratus extraordinarii* e dai consoli non siano mai stati istruiti mediante una formula, rimarrebbe pur sempre possibile, che essi esercitassero originariamente il *munus indicandi* secondo una divisione della funzione giudiziaria completamente uguale a quella, che noi conosciamo nei *iudices privati* della procedura formulare, in altri termini che essi

---

<sup>1)</sup> Vedi sopra § 1840 num. 121 nota 11 pag. 708) (ediz. ted. parte II, pagina 413 seg.).

nel caso pratico venissero nominati solo dopochè il magistrato aveva constatato l'esistenza dei requisiti processuali, e aveva avuto luogo la contestazione della lite. Potrebbe benissimo darsi, che solo in vista della restrizione della loro scelta a persone perite del diritto <sup>1 a)</sup> sia loro stata assegnata quella parte della funzione giudiziaria, che nella procedura per *legis actiones* e nella procedura formulare spettava ai magistrati muniti di giurisdizione.

In tutti i casi i passi delle Pandette, che fanno menzione del *iudex pedaneus*, non dicono di lui nulla che non s'attagli, come al giudice istruttore delegato, anche al *iudex privatus* della procedura formulare.

Per uno dei quattro passi, che a questa materia si riferiscono, la L. 38 § 10 D. *de poen.* XLVIII, 19 = PAOLO V, 23:

*Iudices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia submoventur aut in exilium mittantur aut ad tempus relegantur —*

il PERNICE stesso a pag. 109 segg. lettera *d*) ammette ciò che noi affermiamo. Tuttavia egli crede, che le sentenze di PAOLO « nella forma che i compilatori avevano sott'occhio, e che noi abbiamo » non conoscono più in generale la procedura ordinaria, cioè nel senso da lui inteso: la procedura divisa in *ius* (innanzi al magistrato) e in *iudicium* (innanzi ai giurati). Egli ne scorge la prova nella L. 46 § 1 D. *de N. G.* III, 5 (PAOLO lib. I *Sent.*)<sup>2)</sup>. Egli dice anche, essere sommamente inverosimile, che PAOLO abbia ancora trovato i giudici giurati nelle provincie. Lasciando stare per ora quest'ultima questione, è però incontestabile, che giusta un'iscrizione<sup>3)</sup>, la quale designa L. Petronio Tauro Volusiano, console nell'anno 261 dopo Cr., quale

1a) BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), vol. III, pag. 121 e segg. Cfr. sopra § 1840 num. 122 nota 28 pag. 714 (ediz. ted. parte II, pagina 422 seg.).

2) *Nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.*

3) ORELLI, n. 3100 = C. I. L. XI, 1836. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht* (Dir. pubbl. rom.) II, 2, 2.<sup>a</sup> ediz. pag. 918 nota 4. O. E. HARTMANN, *Römische Gerichtsverfassung* (Ordin. giudiz. rom.), pag. 363 nota 43.

membro delle cinque *decuriae iudicum* nella sua prima età virile, cioè sicuramente non prima dell'impero di CARACALLA (212-217), esisteva in Roma un *album iudicum selectorum*. Ora le *Sententiae* di PAOLO sono state scritte, se non sotto quell'imperatore, non molto dopo la sua morte<sup>4)</sup>. Tuttavia niente fa credere, che esse si siano occupate esclusivamente dei rapporti giuridici delle provincie. Dalla L. 46 § 1 cit. poi non può dedursi assolutamente nulla per l'esclusivo dominio dei *iudicia extraordinaria* al tempo di PAOLO, se, come molti fanno<sup>5)</sup>, si ritiene questo frammento interpolato precisamente nelle parole capitali (*quia — supervacua est*). Frattanto, anche se si segue una diversa opinione in proposito<sup>6)</sup>, si potrà difficilmente fare a meno di concedere, che i compilatori hanno staccato completamente quel passo dal suo nesso originario. E ciò basta a privarlo d'ogni forza probatoria per la questione, che è qui la sola decisiva, se cioè il suo autore oltre gli *extraordinaria iudicia* senza *conceptio formularum* abbia conosciuto altri *iudicia*, sia *ordinaria* sia *extraordinaria* nel senso dello HARTMANN, con *conceptio formularum*, cioè anche con un *iudex privatus*.

Perciò nulla s'opponesse a che noi riferiamo la L. 38 § 10 cit. anche al *iudex privatus* del processo per formula, solo che gli altri passi lo permettano.

Al PERNICE pag. 107 lettera a) sembra sicuro, che nella L. 3 § 1 D. *ne quis eum, qui in ius*, II, 7 (ULP. lib. V *ad ed.*):

*Ni quis ad pedaneum iudicem vocatum quem eximat, poena eius edicti cessabit —*

<sup>4)</sup> Così lo HUSCHKE, *Iurisprud. anteiust.* ed. V, pag. 451. L'*hodie* della L. 9 D. *de S. Pr. R.* VIII, 3 (= R. S. I, 17, 3) certo accenna al rescritto di CARACALLA, di cui fa menzione la L. 2 D. *comm. praed.* VIII, 4. Secondo il KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts* (Storia delle fonti e letteratura del diritto romano), pag. 212 alla nota 111 le *Sententiae* sono state compilate « forse non prima del tempo di CARACALLA », dovendo ritenersi, che i numeri V, 22, 3, 4 siano stati scritti prima della concessione della cittadinanza alla popolazione dell'impero. FITTING, *Das peculium castrense*, pag. XXXIV, nota 13.

<sup>5)</sup> Per esempio KELLER, *Litiscontestatio*, pag. 29. MÜHLENBRUCH, *Cession* 3.<sup>a</sup> ediz. pag. 175 seg. BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), vol. II, pag. 191 nota 14 pag. 309 nota 26.

<sup>6)</sup> O. E. HARTMANN, loc. cit. pag. 531 nota 45 a).

si tratti del *iudex datus*, e non del giudice giurato. L'editto, egli dice, vieta di impedire colla violenza la *in ius vocatio*: ora vien fatta questione sulla portata di queste parole. È evidente e fuori di dubbio, che non si può parlare di una *in ius vocatio*, quando l'uno inviti l'altro a comparire innanzi al giudice giurato; perocchè la discussione innanzi a questo non è un *ius*, ma un *iudicium*, e la citazione non avviene con *vocatio* sia della parte, sia del giudice giurato. Per contrario, egli continua, si poteva ben dubitare, se la *in ius vocatio* non s'attagliasse al giudice istruttore; perocchè questo aveva preso il posto del magistrato nella cognizione, cioè nel *ius*.

Ma in realtà il frammento non parla punto di *in ius vocare*, esso non può parlarne. *Ius* in questo contesto significa evidentemente il luogo, dove, non la discussione, alla quale si è invitati: designa il luogo nel quale un magistrato *iuris dicendi vel iudicandi gratia consistit* <sup>6 a)</sup>, in altri termini la sfera della giurisdizione, e non nel significato derivato da questo, la fase della procedura, che precede la contestazione della lite, la quale fase conforme alla divisione della funzione giudiziaria nella procedura per *legis actiones* e nella procedura formulare era trattata davanti al magistrato. Ora anche al tempo di GIUSTINIANO al *iudex pedaneus* non spetta giurisdizione <sup>6 b)</sup>; per conseguenza l'invito a comparire dinanzi a lui non può essere una *in ius vocatio*, nemmeno quando dinnanzi a lui deve aver luogo quella discussione, che nella procedura formulare si svolge innanzi al magistrato.

Noi, è vero, non sappiamo, come venisse notificato nella procedura formulare l'invito a comparire innanzi al *iudex privatus* <sup>7)</sup>; ma co-

<sup>6a)</sup> L. 4 § 1 D. *de interr. in iure* XI, 1: (ULP. lib. XXII *ad ed.*). *Quod ait praetor: « qui in iure interrogatus responderit » sic accipiendum est apud magistratus populi Romani vel praesides provinciarum vel alios iudices: ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat.* Non vi può esser dubbio, che con *alii iudices* si vogliono designare dei magistrati muniti di giurisdizione, segnatamente i magistrati municipali, non dei *iudices privati* e *pedanei*.

Sul significato di *ius* in discorso vedi anche GAIO IV, 29, 164; L. 11 D. *de iust. et iure* I, 1; GELLIO, XX, 1, 45: *in ius ilucito*.

<sup>6b)</sup> L. 3 Cod. *ubi et ap. quem* II, 46 (vedi sopra § 1840 num. 121 pag. 708 (ediz. ted. parte II, pag. 414) nota 11.

<sup>7)</sup> Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. vol. II, pag. 586 seg. note 1, 6 e 7;

munque esso venisse eseguito, nulla s'opponne a che il *vocare* del frammento in discorso venga riferito ad esso, tanto più che qui ciò che importa non è la maniera dell'invito, ma unicamente l'impedimento pel quale l'invitato non può ottemperare all'invito. Nè meno acconcio è questo termine per designare l'invito a comparire innanzi al giudice delegato della compilazione, sia in un'udienza precedente alla contestazione della lite, sia in un'udienza susseguente. Al tempo di GIUSTINIANO infatti il convenuto subito dopo la consegna del libello dell'azione doveva prestar cauzione, a garantire che egli si presenterebbe alla prima udienza designata dall'attore innanzi al tribunale, cioè dove giudicava un *iudex delegatus*, e che continuerebbe a stare *in iudicio* fino all'esaurimento della lite <sup>8)</sup>; ed è di per sè evidente, che come nella notificazione di quella prima udienza, così in ogni indizione di un'altra udienza *in iudicio* era nello stesso tempo contenuto un invito a lui diretto, di venire a questa udienza giusta la prestata cauzione. Lo stesso dovrà affermarsi per ogni altra forma di procedura del tempo dell'impero. Dunque dal *vocare* non si può nulla concludere per la particolare funzione del *iudex*.

Nè è una miglior prova per l'opinione del PERNICE la L. 1 § 6 D. *de postul.* III, 1:

(CLP. lib. VI *ad ed.*) — *et qui capitali crimine damnatus est, non debet pro alio postulare . item senatus consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudici damnatus.*

Nel senso tecnico dell'editto *de postulando*, come anche il PERNICE pag. 107 lettera *b*) riconosce, un postulare non ha luogo nè innanzi al « giudice istruttore », nè innanzi al *iudex privatus* della procedura formulare, perocchè *postulare* — *est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere: vel alterius desiderio contradicere* <sup>9)</sup>; e al *iudex pedaneus* anche al tempo di GIUSTINIANO

ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts* (Storia del dir. priv. romano), vol. III, § 130 pag. 395.

<sup>8)</sup> § 2 I. *de satisd.* IV, 11. Cfr. BETHMANN HOLLWEG, loc. cit., vol. III, pag. 250 alla nota 45.

<sup>9)</sup> L. 1 § 2 D. *de post.* III, 1. Cfr. anche la L. 4 § 8 D. *de damn. inf.* XXXIX, 2: *postulare proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi.*

manca ogni *iurisdictio*<sup>10</sup>). In tutti i casi dunque il *postulare*, di cui si vuol parlare nel senatoconsulto accennato nel frammento, dev'essere inteso in senso ampio. Ora perchè non potremmo noi riferirlo a domande fatte nella procedura in generale, — anche a quelle, che vengono presentate solo dopo la contestazione della lite, *in iudicio*? Il PERNICE è manifestamente in errore, quando afferma, che innanzi al giudice giurato non venivano presentate domande, e ciò perchè questi non emanava nessuna decisione. Al contrario anche il giudice giurato emanava *interlocutiones*, così, per esempio, facendo astrazione dalla *pronuntiatio in actiones arbitrariae*, la quale, semprechè sia fatta *secundum actorem*, non è poi altro che una decisione interlocutoria, nell'indire o nel differire un'udienza<sup>11</sup>), nell'ordinare un accesso su luogo<sup>12</sup>), nell'ammettere un giuramento deferito e nel determinare le conseguenze pel caso che venga pronunciato<sup>13</sup>), nell'imporre un giuramento<sup>14</sup>), — ed è di per sè evidente, che a tali decisioni interlocutorie potevano esser dirette anche delle domande delle parti<sup>15</sup>). E del pari evidente è, che venivan presentate domande delle parti *in iudicio* anche là, dove la decisione su di esse aveva luogo non per mezzo di una sentenza interlocutoria, ma per mezzo di una sentenza definitiva, per esempio riguardo all'ammissione o al rigetto di una eccezione, *quae bonae fidei iudicio inest*, di una domanda d'interessi, che *officio iudicis praestatur* e così via. Certo il giudice giurato non poteva esimersi dal suo dovere di giudice dichiarando la parte incapace di postulare, sebbene il pretore dopo aver discusso con questa avesse

<sup>10</sup>) L. 3 Cod. *ubi et ap quem*, II, 46 (vedi sopra § 1840 num. 121 pag. 708 (ediz. ted. parte II, pag. 414) nota 11).

<sup>11</sup>) CIC., *Pro Tullio*, II, 6.

<sup>12</sup>) L. 8 § 1 D. *fin. reg.* X, 1.

<sup>13</sup>) Sui centumviri vedi M. ANNAEUS SENECA, *Controvers.*, lib. III, *Praef.* (BURSIAN, lib. VII *Praef.* § 8 pag. 182): *Centumviri dixerunt, dare ipsos secundum adversarium Albucii, si iuraret ille*; e sul medesimo caso QUINTILIANO, *Inst. orat.*, IX, 2, 95: *iudex condicione usus est* e SVETONIO, *De Rhetor.* VI: *arripiente eo (scil. adversario) condicionem, nec iudicibus aspernantibus*. — L. 21 D. *de dolo m.* IV, 3. ZIMMERN, loc. cit. § 135 pag. 409 nota 5.

<sup>14</sup>) QUINTIL., l. c. V, 6, 2, 3; L. 1, L. 31 D. *de iureiur.* XII, 2.

<sup>15</sup>) Vedi per esempio L. 5 Cod. *de ed.* II, 1 (ALEX.): domanda di presentazione di documenti.



rimesso a lui la causa. Con ciò tuttavia non è punto confutata la possibilità di un divieto di postulare *pro aliis in iudicio*; perocchè un *postulare pro aliis* aveva luogo, non solamente in forza di una rappresentanza processuale, ma anche da chi agiva nella qualità di *patronus* e di *advocatus*<sup>15 a)</sup>, e in questa qualità poteva benissimo presentar domande per la parte *in iudicio* qualcuno, che non era punto comparso *in iudicio*. — Ora è ben comprensibile, come si ritenesse non conveniente permettere, che delle persone, le quali erano state condannate per *calumnia* in un *iudicium publicum* patrocinassero la causa per terzi in una fase qualsiasi di un processo civile, quindi anche dopo la contestazione della lite. Per contro sarebbe stata una mezza misura affatto arbitraria, l'enunciare quel divieto per le discussioni innanzi al « giudice istruttore », e non anche per quelle innanzi al *iudex privatus* della procedura formulare.

Ancora peggio è pel PERNICE quanto alla L. 4 D. *de tut. dat.* XXVI, 5:

(ULP. lib. IX *ad leg. Iul. et Pap.*) *Practor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest*<sup>16)</sup>.

Il PERNICE a pag. 103 seg. reputa, che sia già innanzi tutto inconcepibile, che ULPIANO potesse credere necessario di far notare espressamente, che il pretore non poteva nominarsi da sè stesso giudice giurato. Ciò sarebbe nella forma e nella sostanza un assurdo: un comando e un mandato impartito a sè stesso e un annullamento della separazione costituzionale dei poteri delle varie autorità giudiziarie. Eppure ULPIANO, egli osserva, ripete questa sua norma ancora due volte nei suoi scritti<sup>16 a)</sup>, sempre nella medesima relazione col tutore; là però egli chiama il giudice *specialis*. Tutto fa ritenere che lo *specialis* debba considerarsi, come il *pedaneus iudex*, come un « giudice istruttore delegato ».

<sup>15a)</sup> KELLER, *Röm. Civilpr.* (Proc. civ. rom.), § 55.

<sup>16)</sup> Cfr. L. 4 D. *de off. praet.*, I, 14: *Practor neque tutorem neque specialem iudicem ipse se dare potest* e L. 5 D. *de off. praes.*, I, 18: *Praeses provinciae non magis tutorem quam specialem iudicem ipse se dare potest* — ambedue prese da ULP., lib. I, *de omnibus tribunalibus*.

<sup>16 a)</sup> Vedi nota precedente.

In primo luogo, egli dice, l'aver messo insieme il *tutor datus* e il *iudex* mostra, che pel divieto di assumere da sè quella funzione il motivo è stato in ambedue i casi uguale: la seconda istanza non doveva andar perduta. Tuttavia se è in sè concepibile, che il pretore nomini sè stesso giudice giurato, come vedremo ben presto <sup>16 b)</sup>, questo motivo ha contro tale nomina forza pienamente uguale, senza dubbio almeno pel tempo posteriore ad ADRIANO, pel quale si è ben autorizzati a ritenere, che l'appello anche dalle sentenze dei *iudices privati* era prodotto innanzi a quei magistrati, che li avevano nominati <sup>16 c)</sup>.

In secondo luogo, dice il PERNICE, quella unione mostra che ULPIANO non ha in mente il pretore della città, ma il *praetor tutelaris* « cioè un magistrato, che non giudica con giudici giurati ». Ma perchè il *praetor tutelaris* creato da MARCO AURELIO, quando aveva giurisdizione contenziosa, non dovrebbe aver giudicato con giudici giurati, precisamente come il *praetor fiscalis* creato da NERVA, il quale secondo PLIN. *Paneg.* XXXVI riceveva dei giudici giurati per sorteggio, cioè senza dubbio appunto dall'*album iudicium selectorum* <sup>16 d)</sup>? Ma aveva in genere il *praetor tutelaris* giurisdizione contenziosa? Per quanto io veggo, le fonti nulla dicono di ciò; è un puro arbitrio quello di CUIACIO, di voler scorgere nel *iudex tutelaris* di PAOLO, V, 16, 2 <sup>17)</sup> il *praetor tutelaris*: l'esser esso messo insieme ai *centumviri* è già una sufficiente ragione per ritenere, che si tratti del *iudex* del *iudicium tutelae*, la cui facoltà di sottoporre a tortura gli schiavi è attestata anche dalla L. 1 § 3 D. *de tut. act.* XXVII, 3 (v.: *et hoc officio iudicis convenire placuit*) e della L. 34 D. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7 (v.: *ad instruendam diligentiam iudicantis*). Certo un'uguale facoltà spetta

<sup>16b)</sup> Vedi infra alla nota 28.

<sup>16c)</sup> O. E. HARTMANN, *Röm. Gerichtsverfassung* (Ord. giudiz. rom.), pag. 524 seg. L. 9 D. *qui satisd.*, II, 8 (GAIO, lib. V, *ut ed. prov.*), L. 2 D. *a quib. app.* XLIX, 2 (PAOLO, lib. sing. *de app.*), L. 1 pr. D. *quis a quo app.* XLIX, 3 (ULP., lib. I. *de app.*) L. 3 *eod.* (MODESTINO, lib. VIII *regul.*).

<sup>16d)</sup> Vedi *Festgaben der juristischen Facultät zu Marburg für Wetzell* (Doni della Facoltà giuridica di Marburg a Wetzell), pagina 6 seg. nota 23.

<sup>17)</sup> *Iudex tutelaris itemque centumviri, si aliter de rebus hereditariis vel de fide generis instrui non possunt, poterunt de servis hereditariis habere quaestionem.* Vedi anche SCHRADER ad § 3 I. *de Atil. tut.*, I, 20 ad v. *praetores ex constitutionibus*.

anche al pretore, che giudica circa l'*accusatio suspecti tutoris*<sup>18)</sup>; senonchè questo non era il *praetor tutelaris*, ma il *praetor urbanus*, al quale spettava quella cognizione, fondata sulle XII tavole<sup>19)</sup>, come parte della generale giurisdizione civile<sup>20)</sup>, e il cui editto conteneva una clausola in proposito<sup>21)</sup>. In quali affari avrebbe dunque dovuto il *praetor tutelaris* nominare dei *iudices pedanei* o *compromissarii*?

Come la *remotio suspecti tutoris*, nemmeno la designazione del luogo di dimora e la determinazione degli alimenti pel pupillo fa parte dei doveri del *praetor tutelaris*, ma spetta a colui, che è munito della generale giurisdizione<sup>22)</sup>. Così si scorge nello stesso tempo, come sia insussistente anche l'altra affermazione, con la quale il PERNICE vuol dare un'altra ragione per riferire la nostra L. 4 D. XXVI, 5 al *praetor tutelaris*, — l'affermazione cioè, che ULPIANO nei libri *De omnibus tribunaliibus*, dai quali son presi i due luoghi paralleli della nota 16, non tratti del pretore della città. Noi dovremmo invece riferire precisamente alla giurisdizione di quest'ultimo le L. 2, L. 4, L. 7 D. *de susp. tut.* XXVI, 10; L. 3, D. *ubi pup.* XXVII, 2 del lib. I. E poichè il noto senatoconsulto dell'anno 195 d. Cr. attribuisce espressamente al *praetor urbanus* la competenza per ratificare col suo decreto di alienazione l'alienazione dei beni pupillari<sup>23)</sup>, dovremo anche riferire a questa sua funzione nel lib. II di quello scritto le L. 6 e L. 8 D. *de reb. eor.* XXVII, 9 e L. 198 D. *de V. S. L.*, 16. — Del medesimo libro è da mettere con queste la L. 31, D. *de reb. auct.* XLII, 5; perocchè il divieto di alienazione fatto all'*heres suspectus*, di cui ivi si tratta, può essere pronunziato soltanto dal pretore munito della generale giurisdizione civile. Del lib. III si riferisce al *praetor urbanus* la L. 1 § 1 D. *de off. eius, cui mand.* I, 21 (decreto di alienazione); al pretore con generale giurisdizione civile la L. 35 D. *de*

18) L. 12 D. *de susp. tut.*, XXVI, 10.

19) L. 1 § 2 D. *de susp. tut.*, XXVI, 10.

20) L. 1 cit. § 3: (ULP. lib. XXXV, *ad ed.*) *Damus autem ius removendi tutores Romae praetoribus*. Cfr. l. 4 pr. i. f. D. *de off. eius, cui mand.*, I, 21.

21) L. 1 cit. pr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 255 § 123.

22) L. 1 pr. D. *ubi pup.*, XXVII, 2; L. 1 § 10 D. *de insp. ventre*, XXV, 4, ambedue da ULP., lib. XXXIV *ad ed.*

23) L. 1 § 2 D. *de reb. eor.*, XXVII, 9 (ULP., lib. XXXV, *ad ed.*).

*iniur.* XLVII, 10. Del lib. IV concerne anche il *praetor urbanus* la L. 1 D. *de feriis* II, 12, inquantochè l'ordinanza delle ferie di MARCO AURELIO ivi esaminata concerne evidentemente in prima linea la sua giurisdizione generale, e difatti la L. 1 cit. anche nei §§ 1 e 2 fa menzione del pretore senz'altra aggiunta. Del lib. V si riferisce al pretore con giurisdizione generale la L. 8 D. *de transact.* II, 15; perocchè a questo appunto spetta secondo l'*oratio D. Marci* la ratificazione di un compromesso sugli alimenti stabiliti per atto di ultima volontà in qualsiasi modo <sup>23 a)</sup>, non unicamente per fedecompresso, — e non spetta al *praetor fideicommissarius*. Per la medesima ragione lo stesso vale per la L. 1 D. *de alim. legat.* XXXIV, 1. Del pari non mi sembra da porre in dubbio, che la L. 35 D. *de a. vel a. p.* XLI, 2 (su interdetti *retinendae possessionis*) e la L. 6 D. *de conf.* XLII, 2 (effetto della *confessio in iure*: non debbano anche esser riferite alla giurisdizione generale del pretore della città, e infatti il § 2 dell'ultimo frammento nomina anche espressamente il pretore. Dei lib. VI e VII non possediamo alcun estratto. Possiamo tralasciar di vedere, se nel lib. VIII la L. 1 § 14 D. *de extraord. cogn.* L, 13 vada posta con queste <sup>24)</sup>. Certamente per contro si riferisce anche alla giurisdizione

<sup>23a)</sup> L. 8 cit. § 2.

<sup>24)</sup> Nel suo articolo « *Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit* » nelle « *Juristische Abhandlungen* » (Dissertazioni giuridiche). *Festgabe für G. Beseler* (Dono a G. B.), 1885 pag. 67, il PERNICE ha espresso l'ipotesi, che nei restanti paragrafi della L. 1 cit. il pretore sia stato cancellato dai compilatori e qui sia rimasto per errore; egli opina, che debba ritenersi, che con l'ordinanza dei *divi fratres*, di cui è fatta menzione nella L. 1 cit. § 9, la quale rinviava l'azione per onorarii di avvocato innanzi al *praeses*, nella città sia stata affidata al pretore la decisione su domande di onorarii. Senonchè non gli sembra verosimile, che questo fosse precisamente il pretore della città, sebbene non possa dimostrare l'esistenza di una pretura separata per questi affari. Secondo lui, un'estensione della competenza pretoria in primo luogo è estranea ai criterii del governo imperiale, in secondo luogo sarebbe assai strano, che la domanda degli onorarii non fosse stata compresa nell'*actio mandati contraria*, se realmente decideva il medesimo pretore. — La prima ragione applicata in questo luogo si risolve in una *petitio principii*; la seconda non tien conto del fatto, che l'*actio mandati* poteva esser discussa anche innanzi a magistrati municipali, l'azione per gli onorarii no, ed era quindi indispensabile tenerle separate. Cfr. anche O. E. HARTMANN. *Röm. Gerichtsverf.* (Ord. giudiz. rom.), pag. 495 seg. nota 15.

del *praetor urbanus* la L. 199 D. *de V. S. L.*, 16 (concetto dell'*absentia*): questo frammento parla di un *abesse extra continentia urbis*. Del lib. IX finalmente può intendersi nello stesso senso la L. 17 D. *ad exh.* X, 4, che fa un'osservazione generale sul rapporto tra l'*actio ad exhibendum*, l'azione principale (*iudicium directum*) e l'*actio legis Aquiliae*. Così siamo dunque giunti al risultato, che una parte assai notevole dei luoghi delle Pandette presi dallo scritto di ULPIANO in discorso tratta esclusivamente della competenza del pretore della città, un'altra parte deve pure venir a questa riferita. E infatti sarebbe anche per lo meno strano, che un'opera *de omnibus tribunalibus* non facesse parola appunto del tribunale più antico e più importante.

Forse si vorrà sostenere, non potersi riferire la nomina del giudice al *praetor urbanus*, perchè a questo non s'addice la nomina del tutore, di cui si fa pure parola in uno stesso tratto con quella. Senonchè non è punto necessario riferire tutt'e due le funzioni al medesimo pretore; si vuol semplicemente dire: un pretore non può nominar sè stesso nè tutore, nè *iudex*, e qui è naturalmente sottinteso: « semprechè egli sia competente a far l'una o l'altra cosa ». E poi non è punto certo, che con i decreti degli imperatori CLAUDIO<sup>24a)</sup> e MARCO AURELIO<sup>24b)</sup> sia stata interamente sottratta al *praetor urbanus* la nomina dei tutori; piuttosto secondo ciò che dice GAIO I, 178 (*permittitur dotis constituendae causa a praetore urbano tutorem petere*) e 184 (*aliis — placet adhuc in usu esse*) e ULP. XI, 20 (*tutor datur a praetore urbis*) e 24 (*tutor datur*) si dovrebbe ritenere, che egli abbia conservata la facoltà di procedere a quella nomina almeno nei due casi qui esaminati, salva la competenza generale prima dei consoli, poi del *praetor tutelaris*<sup>24c)</sup>.

Finalmente il PERNICE reputa, che in uno dei luoghi paralleli della L. 4 in discorso, cioè nella L. 5 D. *de off. praes.* I, 18, si parli, non del pretore, ma del *praeses* come quello che nomina il *iudex*; e osserva, che è difficile, che al tempo d'ULPIANO nelle provincie dell'im-

<sup>24a)</sup> SVETONIO, *Olaud.*, c. XXIII.

<sup>24b)</sup> CAPITOLINO, *Vita Marci*, c. X.

<sup>24c)</sup> Cfr. SCHRADER, l. c. ad v. *ex his . . . dari* e ad v. *praetores ex constitutionibus*.

però abbia avuto ancora luogo la procedura ordinaria coi giudici giurati, e che perciò lo *specialis* e il *pedaneus iudex* debbono essere la stessa cosa, non perchè siano ambedue giudici giurati, ma perchè sono ambedue giudici istruttori. Ma questa mi sembra una pura petizione di principio. Perocchè se da un lato finora non è provato, che il *iudex pedaneus* della L. 4 D. *de tut. dat.* XXVI, 5 sia qualche cosa di diverso dal *iudex privatus* della procedura formulare, dall'altro lato resta ben possibile, che, ancorchè vi fosse tutta la diversità possibile riguardo alla scelta, anche il *iudex specialis* dato dal *praeses* ancora al tempo d'ULPIANO abbia avuto perfettamente le stesse attribuzioni, che noi conosciamo pel *iudex privatus* della procedura formulare.

Se adunque neppur una delle ragioni addotte dal PERNICE per l'autitesi tra il *iudex pedaneus* della L. 4 cit. e il *iudex privatus* della procedura formulare si manifesta per lo meno plausibile, non sarà viceversa difficile confutare addirittura la sua affermazione.

Innanzi tutto pare che egli non abbia pensato, quale scopo vi potesse essere, perchè un magistrato si nominasse di per sè « giudice istruttore delegato ». Perocchè quest'ultimo secondo il PERNICE non è un organo indispensabile dell'autorità giudiziaria, ma, se bene intendo, un supplente, di cui il primo può valersi, quando non ha il tempo di istruire e giudicare egli stesso la causa. Ora sarebbe del tutto assurdo, che un magistrato sovraccarico di lavoro cercasse di procacciarsi una facilitazione istruendo e conoscendo la causa in qualità di proprio supplente, invece di farlo come magistrato. Qui in realtà, cambiando i termini, calzerebbe ciò che il PERNICE a pag. 108 dice del giudice giurato: « non si può innanzi tutto immaginare, che ULPIANO potesse stimare opportuno di rilevare espressamente, che il magistrato non può nominarsi da sè » *iudex pedaneus*.

Affatto diversa è invece la cosa, se si tratta di un *iudex*, la cui nomina è voluta dall'ordinamento giudiziario. Certo qui non si può far questione della nomina del giudice dall'*album iudicum selectorum*, perocchè col rivestire una magistratura quelli che erano contenuti in questo albo cessavano di farne parte<sup>25)</sup>. Ma la procedura

---

<sup>25)</sup> Cfr. CIC., in *Verr.*, act. I, 10, 2<sup>o</sup> seg.

formulare oltre i *iudices selecti* aveva anche dei *iudices privati*, che non occorre fossero presi dall'albo. Tali *iudices* dovevano essere nominati per una certa classe di liti, gli *arbitria* in senso proprio, in ogni caso; e ciò, se le parti non erano d'accordo circa la persona dell'*arbiter*, era fatto a scelta del magistrato<sup>26)</sup>, in altre cause poi, quando le parti si mettevano d'accordo circa la persona del *iudex*, il magistrato assegnava loro per *iudex* la persona da esse scelta<sup>27)</sup>. Sarebbe stato senza dubbio possibile, che per un *arbitrium* il magistrato, in mancanza dell'accordo delle parti, nominasse sè stesso *arbiter*, e del pari che egli per comune desiderio delle parti si fosse creato loro *iudex*. Non è dunque punto superfluo dichiarare espressamente l'una e l'altra cosa inammissibile: e ciò appunto fa la L. 4<sup>28)</sup>.

Perciò si potrebbe supporre, che ULPIANO nella L. 4 non abbia scritto « *pedaneus iudex* », ed abbia invece adoperato una denominazione accennante al *iudex privatus*. Però in primo luogo sarebbe sommamente difficile trovare pel contesto del frammento una denominazione, che da un lato richiedesse un'interpolazione, e dall'altro lato formasse il vero contrapposto al « *iudex compromissarius* »; in secondo luogo la L. 38 § 10 D. *de poen.* XLVIII, 19 (= PAOLO, V, 28), tramandataci letteralmente uguale anche nel *Breviarium*, prova, che il termine « *iudex pedaneus* » era già in uso al tempo di CARACALLA, e come possiamo ormai affermare con certezza, anche pel *iudex privatus* della procedura formulare<sup>29)</sup>. Noi non abbiamo quindi neppure alcun motivo, di ritenere interpolato il *pedaneus iudex* della L. 3 § 1 D. *ne quis eum*, II, 7 e della L. 1 § 6 D. *de postul.* III, 1<sup>30)</sup>. Invece nella

26) Vedi O. E. HARTMANN, loc. cit., § 25 pag. 268 segg.

27) Vedi ivi pag. 264 segg.

28) *Iudex compromissarius* non può qui intendersi nel senso di « giudice conciliatore »: questo non viene nominato *ex sententia praetoris*: è il *iudex* scelto per accordo delle parti e su loro domanda ad esse assegnato. la cui sentenza fa *res iudicata*. Cfr. L. 81 D. *de iud.*, V, 1, nella quale intendo nello stesso senso l'*ex compromisso sumptus*. Vedi O. E. HARTMANN, loc. cit. pag. 265 nota 2 in fine.

29) Vedi sopra pag. 802 (ediz. ted. parte II, pag. 540).

30) Anche il PERNICE reputa quest'espressione genuina. Vedi riguardo alla L. 3 § 1 cit. loc. cit. pag. 107 sotto la lettera a) in fine, riguardo alla L. 1 § 6 cit. ivi pag. 108 sotto la lettera b) in fine, e riguardo alla L. 4 cit. ivi pag. 108 seg. sotto la lettera c).

L. 4 D. *de off. praet.* I. 14 e nella L. 5 D. *de off. praes.* I, 18 il *iudex specialis*, che si trova nominato solo in questi due frammenti, può pur sempre essere un'interpolazione per « *iudex privatus* » o simili<sup>31)</sup>: certo avrebbe dovuto porsi « *pedaneus* », ma è possibile, che precisamente la denominazione di *privatus* sia stata cagione, che si sia sostituito *specialis*<sup>32)</sup>.

I *magistratus extraordinarii* al tempo di ULPIANO e di PAOLO senza dubbio nominavano indipendentemente dal *rerum actus* dei giudici privati, ed anche in altre cause, che negli *arbitria* veri e proprii, e in altri casi, che quando le parti si erano messe d'accordo circa la persona del giudice. Sono appunto tali giudici dati dai magistrati imperiali, che noi troviamo più tardi designati come *iudices pedanei*: perchè non avrebbero essi dovuto chiamarsi così già al tempo dei SEVERI? In tutti i casi tutto ciò che è detto del *iudex pedaneus* nei frammenti delle *Pandette* di cui abbiamo parlato, s'attaglia anche ad essi. Ora se è giusto quanto noi abbiamo dimostrato, che cioè questo, se non in prima linea, bensì nello stesso tempo si riferisce ai *iudices privati* della procedura formulare, quei passi provano precisamente il contrario di quello che ne deduce il PERINICE, cioè l'originaria uguaglianza delle funzioni di questi *iudices privati* da una parte e dei *iudices dati* dei magistrati imperiali dall'altra, — anzi la loro comune denominazione col termine « *iudices pedanei* ».

Finalmente il PERINICE a pag. 110 num. 5 vorrebbe attribuire una importanza tutta particolare per la definizione del concetto dei *iudices pedanei* alla L. 11 Cod. *de falsis*, IX, 22, se da questa fosse da desumere con certezza qualche cosa per il linguaggio usato da DIOCLEZIANO. Questo passo, che è un rescritto del detto imperatore dell'anno 287, dice:

<sup>31)</sup> Già nel *Codex Theodosianus* si trova il termine « *iudex privatus* », e senza speciale spiegazione, solo ancora pel giudice conciliatore scelto *ex compromisso*. L. 9 Cod. Th. *de infirm. his, quae sub tyr.* XV, 14 init.: *valeant sententiae iudicum privatorum (convelli enim iudicium non oportet), quas partium elegit assensus et compromissi poena constituit.*

<sup>32)</sup> Anche il PERINICE, pag. 109 nota 3, stima lo « *specialis iudex* » sospetto d'interpolazione.



*Si lis pecuniaria apud pedaneos iudices remissa est, etiam de fide instrumenti civiliter apud eos iuxta responsum viri prudentissimi Pauli requiretur.*

Il PERNICE dice: « Si tratta dell'ordine di domande civili e penali sollevate contemporaneamente. Di regola la domanda penale deve precedere; la procedura civile vien quindi sospesa fino alla decisione della causa penale. In molti casi però non è così; in essi possono discutersi le due cause nello stesso tempo<sup>33)</sup>. E questo deve essere anche il modo seguito, quando l'accusa di falso viene prodotta *civiliter* dal convenuto durante un processo civile.

Già questo non è esatto: nella L. 11 cit. non si parla punto di un'accusa criminale. Se venisse sollevata una tale accusa, e venisse sollevata prima della contestazione della lite, certo quest'ultima dovrebbe ancora aver luogo, ma il *iudicium* rimarrebbe differito fino alla decisione sull'accusa criminale<sup>34)</sup>; se quella non venisse sollevata che durante il *iudicium*, questo naturalmente dovrebbe essere provvisoriamente sospeso. Appunto perciò la L. 11 non può punto parlare di cognizione contemporanea sull'azione civile e sull'azione penale possibile accanto a questa; ed esso dice infatti soltanto, che presso i *iudices* della *lis pecuniaria* deve aver luogo un'istruzione *civiliter etiam de fide instrumenti*<sup>35)</sup>.

Il PERNICE continua: « La forma in cui questa domanda veniva prodotta nella procedura formulare non può determinarsi: per esser ragionevoli bisogna ritenere, che fosse un'eccezione. Ora questa nel *iudicium bonae fidei* deve esser sempre presa in considerazione dal giudice giurato, nel *iudicium strioti iuris* dev'essere da lui rigettata.

<sup>33)</sup> Quivi la nota 4 cita: C. 4 seg. *de ord. iud.*, III, 8; deve però dire: C. 3 seg.

<sup>34)</sup> L. 5 § 1 D. *de H. P.*, V, 3: (ULP., lib. XIV ad ed.) *Divus Hadrianus Trebio Sergio rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis de hereditate, quae ab eo petitur, et sic falsum dicat: hoc ideo, quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.* Su questa FRANCKE, *Commentar.*, ad h. l. pag. 63 segg.

<sup>35)</sup> Qui naturalmente si presuppone, che la questione circa il falso sia proposta nel processo civile; ma non v'è alcun dubbio, che il *civiliter* della L. 11 deve esser riferito a *requiretur*; quelle parole nulla dicono di un'azione di falso prodotta *civiliter*.

Non si saprebbe scorgere, a che avrebbe dovuto qui servire un decreto dell'imperatore ».

A costo di venir così ad esser dichiarato irragionevole, sono costretto a persistere nella teoria, che, a quanto veggo, è finora universalmente accettata. Secondo questa l'affermazione, che un documento prodotto a prova di un fatto è falsificato, nel caso che esso venga presentato prima della discussione della prova, contiene una negazione di quel fatto, in quanto quest'ultimo viene appoggiato appunto su questo documento, e forma, nel caso che esso venga presentato nella discussione della prova o venga mantenuto in giudizio, la base per la controprova contro la prova di quel fatto basata su questo documento<sup>36</sup>). Io non posso qui scorgere assolutamente alcun posto per una « eccezione » nel senso di una *exceptio, quae bonae fidei iudiciis inest*, e che invece in un'*actio stricta*, se si vuole che venga presa in considerazione dal giudice, dev'essere inserita espressamente. Perciò nemmeno per la procedura formulare mi sembra che la decisione presa nella L. 11, e ancor più il responso di PAOLO non sia punto chiaro e naturale fino alla volgarità. Invece essa era anche qui, se non necessaria, pur sempre opportuna, perchè in realtà tra i giuristi romani e per conseguenza certo anche nella pratica romana aveva regnato diversità d'opinione circa allo stabilire fino a qual punto un fatto, che può fondare una accusa criminale, prima della decisione di un processo criminale, possa divenire oggetto della decisione di un processo civile<sup>37</sup>).

Tutta la questione non ha nulla che fare con la forma speciale della procedura civile, come non ha che fare con l'ordinamento giudiziario.

Il PERNICE, è vero, viene alla conclusione:

« Tutto prende un aspetto semplice e chiaro, se il *pedaneus iudex*

<sup>36</sup>) Cfr. FRANCKE, loc. cit. pag. 63: « Il convenuto può far valere in vario modo quest'obbiezione (cioè del falso). In parte egli potrebbe proporla e dimostrarla in contraddittorio presso il *iudex* ».

<sup>37</sup>) L. 2 § 1 D. *vi bon.*, XLVII, 8. — L. 4 D. *de publ. iud.*, XLVIII, 1; L. 7 § 1 D. *de iniur.*, XLVII, 10. Per i particolari di questa teoria basterà qui rinviare i lettori al FRANCKE, loc. cit.

è il giudice istruttore. Ciò che è permesso al *praeses*, la cognizione contemporanea, viene parimenti permesso a lui entro certi limiti ».

Peraltro il passo, che il PERNICE allega come prova che al *praeses* era stata data la facoltà per la cognizione contemporanea delle due procedure, cioè per la cognizione in via civile e in via penale parallelamente di una medesima causa, cioè la L. 9 Cod. *de falsis*, IX, 22<sup>38</sup>), non parla nè di una speciale facoltà del *praeses*, nè di una cognizione contemporanea delle due procedure nel senso in discorso. È vero, che questo passo nomina il *praeses*, però soltanto come quella autorità, alla quale colui, a cui è indirizzato il rescritto, allo scopo di ottenere la *missio ex edicto Hadriani*, ha fornito la prova, che egli è stato nominato erede nel testamento. Esso poi continua: « Se quello *scriptus heres in hereditatis possessione constitutus est*, egli deve come di regola prestare i fedecommissi validamente impostigli in un codicillo, a meno che non voglia attaccare il codicillo come falso ». Ciò egli può fare per mezzo di un'accusa criminale, ed anche dopo che il presunto fedecommissario lo ha citato per la prestazione del fedecommissario. Allora però la cognizione sul fedecommissario viene sospesa fino a dopo che sia emanata la decisione sull'accusa criminale<sup>39</sup>.

Possiamo tralasciar di vedere, se il rescritto in origine abbia contenuto anche a questo riguardo una dichiarazione cancellata poi come superflua dai compilatori: essa non era necessaria pel fatto che nel caso, di cui si tratta, era stata realmente sollevata un'accusa criminale. Se questa sia avvenuta prima di una *petitio fideicommissi* o dopo che una tale *petitio* era stata presentata, non risulta: in sostanza ciò è indifferente. Però il processo penale non era finito con una sentenza, ma con una grazia. Ed ora si domanda, se ciononostante il presunto falso possa ancora esser fatto valere nel processo civile. Gli

<sup>38</sup>) CARINUS et NUMERIANUS a. 284: *Si docueris apud praesidem provinciae ab intestato te heredem eius exiisse, qui codicillos scripserat, ordinarium est, ut in hereditatis possessione constitutus fideicommissa praebeas, quae iure relicta sunt, nisi consilium est codicillos falsos arguere. § 1. Quod si criminaliter coeptum interventu indulgentiae sopitum est, habes tamen residuam indagatorem, potest de fide scripturae civiliter quaeri.*

<sup>39</sup>) L. 5 § 1 D. *de H. P.*, V, 3 (vedi sopra nota 34).

imperatorî rispondono affermativamente<sup>39 a)</sup>, e fanno del resto notare, che l'esito dipende dai mezzi di prova, che ancora sussistono. Ciò si comprende soprattutto per la circostanza, che una coazione pei testimoni aveva bensì luogo nelle cause penali, ma non nelle civili<sup>40</sup>). Nello stato di cose qui descritte il falso fu fatto valere negando l'obbligo di prestare il fedecommesso, quindi, semprechè sia per ciò stata sollevata o continuata la *petitio fideicommissi*, certo innanzi al *praeses*. Manca però anche il più leggero accenno che faccia ritenere, che in circostanze analoghe, per esempio la falsificazione di un testamento nella lite sull'eredità, non potesse farsi valere dal possessore *pro herede* dell'eredità, perchè la *hereditatis petitio* veniva giudicata non dal *praeses* anch'essa, ma da *iudices pedanei*. Ancora meno può importare il sapere, se così possono essere stati designati dei *iudices privati* nel senso della procedura formulare, o se essi allora esercitassero già anche quella parte della funzione giudiziaria, che nella procedura formulare spettava al magistrato giurisdizionale.

Per conseguenza la L. 11 cit., quand'anche la si riferisca alla L. 9 Cod. *ead.*, non conduce al risultato, che essa per prima abbia concesso al *iudex pedaneus*, ciò che la L. 9 deve aver permesso al *praeses*. Non so poi trovar nessuna traccia dell'affermazione, che ciò sia avvenuto solo « entro certi limiti ».

Dunque pel concetto del *iudex pedaneus* in relazione con quello del *iudex privatus* non si potrebbe nulla dedurre dalla L. 9 cit., nemmeno se risultasse con certezza, che DIOCLEZIANO in questo rescritto abbia usato quella denominazione desunta dal responso di PAOLO da lui addotto precisamente nello stesso significato, nel quale l'aveva usata PAOLO stesso. Piuttosto non dovrebbe esservi dubbio di sorta sulla ragione, per la quale nella bocca di PAOLO anche qui quest'espressione non doveva riferirsi in modo affatto uguale tanto all'antico *iudex privatus* della procedura formulare, quanto al *iudex extra ordinem a praeside*

<sup>39a)</sup> Cfr. PLANK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* (La pluralità delle liti nella procedura), pag. 233 nota 12.

<sup>40)</sup> Vedi BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprozess* (Proc. civ. rom.), vol. II, pag. 597. Un obbligo generale pei testimoni a deporre in giudizio è stato introdotto solo da GIUSTINIANO, nella L. 16 Cod. *de testib.*, IV, 20 (*rest.*). Vedi ivi vol. III, pag. 276 alla nota 24.

*datum*. Anzi, se valesse la pena di avanzare delle congetture in proposito, le parole: *lis — apud pedaneos iudices remissa est*, viste le espressioni consimili per l'*ordo iudiciorum* nel senso dello HARTMANN<sup>41)</sup>, potrebbero al contrario farci riferire la norma di PAOLO addirittura ed esclusivamente a *iudices privati* presi dall'*album iudicum selectorum*.

---

<sup>41)</sup> *Ad forum remittere* in COLLAT. VII, 4, 1, messo in correlazione con GELLIO, XI, 18, 10. COLLAT. XI, 4, 1; 6, 2; XII, 6, 1; — *ad ius ordinarium remittere* nella L. 3 D. *de priv. delict.* XLVII, 1 e nella L. 2 D. *de fur. baln.* XLVII, 17 (in ambedue i frammenti forse interpolato per: *ad forum remittere*); — *ad examinationem civilem remittere* nella L. 1 § 4 D. *de abig.* XLVII, 14 (secondo ogni probabilità una interpolazione consimile). Cfr. O. E. HARTMANN, loc. cit., pag. 484 nota 10. Vedi anche L. 2 § 8 D. *testam. quemadm.* XXIX, 3: *ad interdictum remitti*. L. 1 § 3 D. *uti poss.* XLIII, 17: *ad hoc interdictum remittentur*.

---

# INDICE ALFABETICO

DELLE MATERIE PRINCIPALI TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

<b>A</b>		
<b>ACTIONES EXTRAORDINARIAE EX</b>		
<b>CAUSA INTERDICTORUM . . . . .</b>	<b>732-799</b>	
(Int.) <b>ADIFISCENDAE POSSESSIONIS . . . . .</b>	<b>129-135</b>	
—, loro enumerazione . . . . .	135	
—, <i>tam adip. quam recup. poss.</i> . . . . .	138	
—, <i>adip., retin. et recup. poss.</i> . . . . .	139	
<b>AGERE EX SPONSIONE . . . . .</b>	<b>486-490</b>	
(Int.) <b>ANNALIA O ANNUA . . . . .</b>	<b>366</b>	
<b>ARBITER . . . . .</b>	<b>549-571</b>	
<b>C</b>		
<b>CAUSAE COGNITIO . . . . .</b>	<b>435-439</b>	
<b>Cauzione dei rappresentanti in</b>		
<i>iure: cautio de rato, cautio</i>		
<i>iudicatum solvi . . . . .</i>	<b>18-20</b>	
—, pel <i>iudicium secutorium</i> . . . . .	<b>492-496</b>	
—, esclusa nella form. arbitraria . . . . .	<b>571</b>	
—, negli int. proib. . . . .	<b>594, 597-599</b>	
—, nelle <i>act. ex o. i.</i> . . . . .	<b>746, 779</b>	
<b>CONDANNA negli interdetti popolari . . . . .</b>	<b>34-40</b>	
—, nei <i>iudicia secutoria</i> . . . . .	<b>499-507</b>	
	<b>601</b>	
—, negli int. non è mai infamante . . . . .	<b>609</b>	
—, nelle <i>act. ex o. i.</i> . . . . .	<b>746, 758</b>	
	<b>764, 797</b>	
<b>CONFESSIO IN IURE . . . . .</b>	<b>404-419</b>	
		<b>Comparsa delle parti <i>in iure</i> . . . . . 15-17</b>
		<b>Competenza a pronunciare interdetti . . . . . 5-15</b>
		<b>Cosa giudicata . . . . . 610-618</b>
<b>D</b>		
(Int.) definitivi . . . . .	<b>70-129</b>	
<b>DENEGATIO ACTIONUM EX SPONSIONE . . . . .</b>	<b>484</b>	
<b>DENEGATIO INTERDICTI . . . . .</b>	<b>419</b>	
(Int.) <b>DE REBUS DIVINIS . . . . .</b>	<b>25, 29</b>	
—, <b>DE REBUS PRIVATIS . . . . .</b>	<b>26, 30</b>	
—, <b>DE REBUS PUBLICIS . . . . .</b>	<b>25, 30</b>	
—, <b>DE SINGULIS REBUS . . . . .</b>	<b>25</b>	
—, <b>DE UNIVERSITATE . . . . .</b>	<b>24</b>	
(Int.) duplici . . . . .	<b>204-221</b>	
—, procedura . . . . .	<b>510-549</b>	
—, <i>actiones extraord. ex causa</i>		
di int. dupl. . . . .	<b>758-762</b>	
—, loro trattamento dalla Glossa		
in poi . . . . .	<b>738-794</b>	
<b>E</b>		
<b>EDERE INTERDICTUM . . . . .</b>	<b>440</b>	
<b>Esecuzione diretta della sentenza</b>	<b>603-609</b>	
(Int.) esibitorii . . . . .	<b>145-147</b>	
—, loro enumerazione e concetto		
dell' <i>exhibere</i> . . . . .	<b>151</b>	
—, loro varii requisiti . . . . .	<b>256-260</b>	
—, intrasmissibilità passiva nell'erede . . . . .	<b>289</b>	

EXCEPTIONES nella proced. interd.	342		
—, <i>exceptiones</i> stabili . . . . .	344-352		
—, <i>exceptiones</i> non stabili . . . . .	352-361		
EXCEPTIO <i>in iure</i> . . . . .	420		
—, <i>iurisiurandi</i> . . . . .	420		
EXCEPTIONES contenute nelle spon-			
sioni . . . . .	466-471		
	474		
	486-488		
EXCEPTIO <i>non impetratae action.</i>	712		
EXCEPTIO <i>si de ea re interdictum</i>			
<i>non est</i> . . . . .	41		
EXECUTIO IURE POTESTATIS . . . . .	682-687		
	762, 786		
F			
FORMULA ARBITRARIA . . . . .	549-571		
Formule interdittali . . . . .	421-435		
Foro competente . . . . .	14		
FRUCTUARIA STIPULATIO . . . . .	513		
FRUCTUS LICITATIO . . . . .	512		
Frutti . . . . .	512		
	577-590		
G			
Giudici giurati . . . . .	429, 572		
I			
IMPERIUM quale base della comp			
a pronunciare int. . . . .	7-14		
Incapacità. Responsabilità di una			
pers. inc. per un atto illecito			
del suo rappresentante . . . . .	306-316		
INFAMIA . . . . .	609		
(Int) <i>IN PRAESENS RELATA</i> . . . . .	139-145		
—, <i>IN PRAETERITUM RELATA</i> . . . . .	139-145		
INTERDICTUM REDDITUM . . . . .	442		
—, suoi effetti . . . . .	442-453		
	455-459		
IUDEX PEDANEUS . . . . .	708		
	800-818		
IUDICIUM CASCELLIANUM . . . . .	499		
	514-518		
IUDICIUM FRUCTUARIUM . . . . .	518-528		
IUDICIUM SECUTORIUM . . . . .	490-510		
IUSIURANDUM VOLUNTARIUM . . . . .	402		
—, <i>IN IURE DELATUM</i> . . . . .	402		
L			
LITIS DENUNTIATIO abolita nelle			
<i>act. extraord. ex c. i.</i> . . . . .	733-738		
M			
MISSIO IN BONA . . . . .	482		
MORA . . . . .	580		
(Int.) NOXALIA . . . . .	332-342		
—, obbligatorii (dati a tut. di un			
rapp. di obbl.) e non obbl. . . . .	695-701		
P			
POENA SPONSIONIS . . . . .	490, 551		
(Int.) popolari . . . . .	31-46		
	458, 701		
—, <i>Act. extr. ex c. di</i> int. pop.	763		
—, loro trattamento dalla Glossa			
in poi . . . . .	794-799		
Prescrizione . . . . .	366-397		
—, int. prescrittibili . . . . .	366		
—, int. imprescrittibili . . . . .	367-375		
—, effetto della prescrizione . . . . .	383-393		
—, prescr. del dir. alla dop. spon.	529		
—, negli int. second. . . . .	547		
(Int.) privati . . . . .	46-50		
(Int.) proibitorii . . . . .	145		
—, loro contenuto . . . . .	152-201		
—, proib. e restit. . . . .	202		
—, requisiti . . . . .	260-284		
—, intrasmia. passiva nell'erede	290-300		
Gli int. proib. non possono essere			
nossali . . . . .	334		
Formule di emanazione . . . . .	433-435		
Gli int. proib. non comportano un			
<i>arbiter</i> . . . . .	557-563		
— Risarcimento di danni . . . . .	591		
— <i>Act. ex c. di</i> int. proib. . . . .	748-753		
— Contenuto di tali az. dalla Glos-			
sa in poi . . . . .	774-786		
Prova . . . . .	529-543		
	573		
(Int.) provvisorii . . . . .	70-129		
Q			
(Int.) QUAE PROPRIETATIS CAUSAM			
CONTINENT E INT. QUAE POSSES-			
SIONIS CAUSAM CONTINENT . . . . .	70-129		

R

Rappresentanza . . . . .	17-21
—, esclusa per l'attore negli int. pop. . . . .	20
—, nell'int. <i>de liberis ducendis</i> . . . . .	21
Responsabilità di persone incapaci per un atto illecito del loro rappr. . . . .	306-316
Formule degli int. in caso di rap. . . . .	431-433
	435
(Int.) RECUPERANDAE POSSESSIONIS . . . . .	129-135
—, loro enumerazione . . . . .	136
RECUPERATORES . . . . .	489, 573
REDDERE INTERDICTUM . . . . .	441
RERUM ACTUS . . . . .	397, 479
RESTIPULATIO . . . . .	473
(Int.) restitutorii . . . . .	145
—, varii significati del <i>restituere</i> . . . . .	147-151
—, restitutorii e proibitorii . . . . .	202
—, loro varii requisiti . . . . .	248-256
—, intrasmis. passiva nell'erede . . . . .	284-289
(Int.) RETINENDAE POSSESSIONIS . . . . .	129-135
—, loro enumerazione . . . . .	137
—, <i>tam retin. quam recup. poss.</i> . . . . .	138
—, <i>retin. adip. e recup. poss.</i> . . . . .	139
(Int.) secondario . . . . .	221
—, quando è necessario . . . . .	222
—, sua natura e requisiti . . . . .	223-227
—, suo tenore . . . . .	228
—, sua importanza pratica . . . . .	228-230
—, Int. second. restit. nell' <i>Ut poss.</i> . . . . .	230
—, Varii casi di applicazione . . . . .	230-238

RESTIPULATIO, Int. second. proib. nell' <i>Ut poss.</i> . . . . .	238-241
—, Int. second. negli int. sempl. ? . . . . .	241-248
—, procedura negli int. duplici . . . . .	511, 543-546
(Int.) semplici . . . . .	204-206

S

Sponsioni . . . . .	459-486
SUMMA SPONSIONIS . . . . .	474-476

T

Trasmissibilità nell'erede: dell' <i>actio ex interdictio</i> negli int. pop. . . . .	41
—, trasm. nell'er. e nell'avente causa della facoltà d'impetrare un int. privato . . . . .	47-70
—, trasm. pass.; contro l'erede . . . . .	284-300
—, contro il success. a tit. sing. . . . .	300-306
—, Effetto dell' <i>interdictum red- ditum</i> a suo riguardo . . . . .	444-449
(Int.) utili . . . . .	22, 426-433

V

VIS ADVERSUS EDICTUM degli int. proib. . . . .	152-202
VIS EX CONVENTU ? . . . . .	160-202



## INDICE DELLE FONTI

---

*(Il numero arabo grande che sta dopo il punto e virgola designa la pagina, il piccolo la nota, in cui si trova la citazione. L'asta perpendicolare | premessa al numero significa, che il passo è riportato, tutto o in parte).*

**ASCONIUS in Cic. (ed. Orselli)**  
*in Cornel.* 58; 688<sub>6</sub>  
*in Milon* 46; 649<sub>92</sub>

**AUSONIUS, Idyll.**  
 XI, 63 seg.; | 130<sub>2</sub>

**BASILICA.**  
 8, 2, 40; 21<sub>65</sub>  
 — 2, 42; | 20<sub>63</sub>

*Scholion (STEPHANI) ad h. l. ivi*  
 20, 1, 85 (1, 25 Cod. loc. 4, 65); 233<sub>20</sub>

*Scholion 7 ad*  
 42, 1, 13; | 268<sub>59</sub>

*Scholion ad*  
 —, —, 16, 6; 664<sub>46</sub>  
 58, 8, 8; 756

**Cosiddetto TIPUCITUS ad**  
 58, 10, 20, 8; | 252<sub>18</sub>

*ad*  
 —, 17, 4; | 214<sub>21</sub>

*ad*  
 —, 23, 13 pr.; | 98<sub>68</sub>  
 60, 4, 5, 13; | 40<sub>27</sub>

*Scholion 30 ad h. l.*  
 32<sub>4</sub>  
 —, 32, 5; | 32<sub>2</sub>

**BRACHYLOGUS.**  
 IV, 28 *de interd.* 2; | 774

**CAPITOLINUS, vita Marci**  
 c. 10; 810<sub>24 b</sub>

**CASSIODORIUS, Variarum.**  
 I, 32; 15<sub>39</sub>  
 IV, 39; 732<sub>63</sub>  
 —, 40; 732<sub>63</sub>  
 —, 44; 732<sub>63</sub>  
 V, 12; 732<sub>63</sub>

**CICERO.**  
*accadem. prior* 43, 132; | 134<sub>10 a</sub>, 175<sub>38 a</sub>

*ad Att.*  
 VI, 1, 15; 362<sub>73</sub>  
 XVI, 15 | 674<sub>70</sub>

*pro Cass.*

- I, 1; 173<sub>94</sub> a, 567  
 —, 2; | 173, 173<sub>94</sub> a, 567  
 —, 3, 5<sub>4</sub>  
 II; 566  
 —, 6; | 567<sub>38</sub> a, | 575<sub>10</sub> a, 609<sub>79</sub> a, 614<sub>92</sub>.  
 III; 566  
 —, 8; F<sub>4</sub> | 442<sub>4</sub>, 608<sub>79</sub>, 614<sub>92</sub>  
 IV; 566  
 —, 9; 609<sub>79</sub> a, 614<sub>92</sub>  
 VII, 20; 173<sub>94</sub> a, | 182  
 VIII, 22; 173<sub>94</sub> a  
 —, 23; 347<sub>23</sub>, 355, | 463<sub>5</sub>  
 X, 27; 172<sub>94</sub>  
 —, 28; | 572<sub>27</sub>, 575<sub>10</sub>, 614<sub>92</sub>  
 XI, 32; 5<sub>1</sub>, 173<sub>94</sub> a, 183<sub>17</sub>  
 —, 33 | 134<sub>10</sub> a, 175<sub>98</sub>  
 XII, 33; 172<sub>94</sub>  
 XIII, 36; | 398, | 649, 676<sub>78</sub>  
 —, 37, 5<sub>4</sub>  
 —, 38; | 490, 490<sub>14</sub>  
 XIV, 40; 5<sub>4</sub>  
 —, 41; 175<sub>98</sub>  
 XVI, 45; | 12<sub>29</sub>, | 164, 182, 199, | 462<sub>3</sub>, 463,  
 | 650  
 —, 46; | 175<sub>98</sub>  
 —, 47; | 175<sub>98</sub>  
 XVII, 49; 563<sub>20</sub>, | 650  
 XIX, 55; 26<sub>26</sub>, 219<sub>7</sub>, 337<sub>24</sub>, 414<sub>34</sub>, 425<sub>61</sub>, 62<sub>7</sub>,  
 426, 469<sub>22</sub> a  
 —, 56; | 426, | 469<sub>22</sub> a  
 XX, 56; | 426  
 XXI, 59; 26<sub>26</sub>, | 469<sub>22</sub> a  
 —, 60; 26<sub>26</sub>  
 XXII, 62; | 469<sub>22</sub> a  
 —, 63; 347<sub>23</sub>, 355, 469<sub>22</sub> a  
 XXIII, 66; | 469<sub>22</sub> a  
 XXVII, 75; | 134<sub>10</sub> a  
 —, 76; | 175<sub>98</sub>  
 XXVIII, 79; | 469<sub>22</sub> a  
 —, 80; 41<sub>31</sub>, 422, 463<sub>5</sub>,  
 | 469<sub>22</sub> a, 470  
 XXIX, 82; | 146<sub>3</sub>, 414<sub>34</sub>, 463  
 —, 83; | 146<sub>3</sub>, | 469<sub>22</sub> a  
 —, 84; | 146<sub>3</sub>, 414<sub>31</sub>, 463  
 —, 85; | 146<sub>3</sub>  
 XXX, 86; | 469<sub>22</sub> a  
 —, 87; | 469<sub>22</sub> a  
 —, 88; 26<sub>26</sub>, 147<sub>11</sub>  
 XXXI, 91; | 367, | 469<sub>22</sub> a  
 XXXII, 92; 347<sub>8</sub>, 463<sub>5</sub>, 467, 474

XXXII, 93; | 175, 174<sub>98</sub>, 414<sub>34</sub>  
 421<sub>52</sub>, | 469<sub>22</sub> a  
 —, 95; 172<sub>94</sub>  
 XXXIII, 95; 614<sub>93</sub>  
 XXXVI, 104; | 470<sub>22</sub> b

*pro Cluentio.*

XXXVII, 103; 614<sub>93</sub>  
 XXXVIII, 106; 490<sub>14</sub>  
 —, 107; 490<sub>14</sub>  
 LIII, 147; 490<sub>14</sub>

*ad fam.*

VII, 4; | 183<sub>17</sub>  
 —, 10; | 184  
 —, 13, 2; 180, | 183, | 355, 361<sub>44</sub>  
 —, 17, 1; | 184<sub>21</sub>  
 —, 18, 1; | 184<sub>21</sub>  
 —, 21; | 466  
 XV, 16, 3; 347<sub>23</sub>, | 368, | 399<sub>4</sub>,  
 563<sub>29</sub>

*de fin.*

II, 35, 119; | 552<sub>7</sub> a

*de invent.*

II, 20, 59; 362<sub>73</sub>, | 616<sub>100</sub>  
 —, 47, 139; 490<sub>14</sub>

*de legib.*

I, 7, 22; 102<sub>84</sub>

*pro Mil.*

II, § 3 | 649<sub>92</sub>  
 XXXV, 98; 102<sub>84</sub>

*de off.*

I, 1, 4; 102<sub>84</sub>

*de orat.*

I, 10, 41; | 134<sub>10</sub> a, 174<sub>98</sub> a; | 644, | 646, 650.  
 —, 42; | 134<sub>10</sub> a, 174<sub>98</sub> a, | 645  
 —, 37, 168; 361<sub>63</sub>  
 II, 70, 285; | 552<sub>7</sub> a

*Philipp.*

XII, 7, 18; | 552<sub>7</sub> a

*pro Quint.*

V, 18; | 674<sub>70</sub>  
 VIII; 480<sub>46</sub> a  
 IX; 480<sub>46</sub> a  
 —, 32; 480<sub>46</sub> a, 490<sub>14</sub>  
 XX, 64; 490<sub>14</sub>  
 XXVII, 84; 150<sub>32</sub>  
 XXXIX, 89; | 113<sub>36</sub> a, 150<sub>32</sub>

*pro Rosc. Am.*

XXVI, 72; 490<sub>14</sub>  
 LII, 151; 490<sub>14</sub>

*pro Rosc. Com.*

IV, 12; | 55<sub>27</sub> a

*de senect.*

VII, 22; 563<sub>29</sub>

*pro Tull.*

II, 6; 805<sub>11</sub>  
 VII, 16; 176  
 —, 17; 176  
 VIII, 20; 173<sub>34</sub> a, | 180<sub>11</sub>  
 XII, 29; 422; | 470<sub>22</sub> a, 650<sub>96</sub>  
 —, 30; 470<sub>22</sub> a  
 XV, 36; 490<sub>14</sub>  
 XVIII, 43; 490<sub>14</sub>  
 XIX, 44; 26<sub>25</sub>, 346<sub>22</sub>, 362<sub>27</sub>, | 424<sub>60</sub>, | 650  
 —, 45; 414<sub>31</sub>, | 467<sub>21</sub>  
 XXXIII, 53; 6<sub>11</sub>, | 399<sub>4</sub>, 413<sub>33</sub>, | 490<sub>14</sub>, | 566

*in Vatini.*

XVII, 40; 490<sub>14</sub>

*in Verr.*

act. I, 10, 29 seg.; 811<sub>25</sub>  
 act. II, 2, 17, 43; 490<sub>14</sub>  
 — 3, 10, 25; 463<sub>5</sub>  
 —, 65, 153; 616<sub>100</sub>

## COLLAT. LEG. ROM. ET MOS.

VII, 4, 1; | 818<sub>41</sub>  
 IX, 2, 2; 718<sub>37</sub>  
 XI, 4, 1; 818<sub>41</sub>  
 —, 6, 2; 818<sub>41</sub>  
 XII, 6, 1; 818<sub>41</sub>  
 XVI, 3, 5; 5<sub>1</sub>  
 —, 5, 1; | 95<sub>61</sub>, 105<sub>89</sub>

## CORPUS INSCR. LATIN.

XI, 1836; 801<sub>3</sub>

## DIO CASSIUS.

XXXVI, 23; 688<sub>6</sub>

## DIONYS. HALIC.

X, 32; | 211<sub>18</sub>

## EDICTUM VENAFRAN.

r. 66; | 572<sub>2</sub>

## PROGETTO (I) DEL CODICE CIVILE DELL'IMPERO GERMANICO.

§ 815 (§ 781 II prog., § 859 cod. civ.); 793  
 § 819 (§ 783 II prog., § 861 cod. civ.); 793  
 § 819 capov. 2 (§ 783 II prog., § 861 cod. civ.); 793  
 § 820 (§ 784 II prog., § 862 cod. civ.); 785  
 § 820 capov. 2 (cancellato nel cod.); 793  
 § 943 (§ 916 II prog., con modif., § 1004 cod. civ.); 785  
 § 978 (§ 938 II prog., con modif., § 1027 cod. civ.); 785  
 § 979 (§ 939 II prog., con modif., § 1029 cod. civ.); 785  
 § 1048 (§ 999 2<sup>a</sup> al. II prog., con modif., § 1090 cod. civ.); 785

FESTUS, *de verbor. signific.*

s. v. possessio; | 140. | 346,— 762<sub>28</sub>, 400

FRONTO, *epp. ad M. Caes.*

III, 16; | 647

GAIUS, *institutiones.*

I, 6; | 692<sub>24</sub>  
 —, 20; 563<sub>30</sub>  
 —, 100; 563<sub>30</sub>  
 —, 101; 563<sub>30</sub>  
 —, 109; 563<sub>30</sub>  
 —, 120; 563<sub>30</sub>  
 —, 173; | 810  
 —, 184; | 810  
 II, 90; | 334<sub>17</sub>  
 —, 96; 334<sub>18</sub>  
 —, 98; 88<sub>49</sub>  
 —, 103; 563<sub>30</sub>  
 —, 155; 563<sub>30</sub>  
 —, 195; | 62<sub>3</sub>  
 —, 254; 563<sub>30</sub>

III, 34; 93  
 —, 41; 8<sub>40</sub>  
 —, 56; 56<sub>30</sub>  
 —, 60; 49<sub>62</sub>  
 —, 93; 471<sub>24</sub>  
 —, 124; 552<sub>7</sub> a  
 —, 199; 507<sub>57</sub> a  
 —, 224; | 10<sub>26</sub>  
 IV, 4; 690<sub>13</sub>  
 —, 11; | 401<sub>7</sub> o  
 —, 13; 551<sub>7</sub>, 552<sub>7</sub> a, 647<sub>88</sub>  
 —, 16; 201<sub>66</sub> 513<sub>2</sub> e, 647<sub>88</sub>  
 —, 18; 552<sub>7</sub> a  
 —, 21; 202<sub>68</sub>  
 —, 29; 803<sub>6</sub> a  
 —, 34; 93  
 —, 35; 563<sub>30</sub>  
 —, 46; 12<sub>29</sub>, 462<sub>4</sub>, 665<sub>46</sub> b  
 —, 47; 635<sub>55</sub>  
 —, 48; 563<sub>30</sub>  
 —, 54; 563<sub>30</sub>  
 —, 61; 107<sub>92</sub>  
 —, 63; 107<sub>92</sub>  
 —, 71; 442<sub>5</sub>  
 —, 91, sqq.; 483<sub>16</sub> a  
 —, 93; | 480  
 —, 14; | 473<sub>28</sub> a  
 —, 102; 492, | 492<sub>21</sub>, 493, 563<sub>30</sub>  
 —, 108; | 343<sub>2</sub> a  
 —, 111; 533<sub>30</sub>  
 —, 112; 563<sub>30</sub>  
 —, 118; | 436<sub>57</sub>  
 —, 139; | 4, 5, | 10, | 145; 473<sub>27</sub>, 624<sub>18</sub>, | 751<sub>15</sub>  
 —, 140; | 145, 147, | 188<sub>37</sub>, | 285  
 —, 141; | 4, | 11<sub>29</sub>, 74<sub>10</sub> a, 163<sub>68</sub>; 188<sub>68</sub>,  
 195<sub>38</sub>, 195, 196<sub>50</sub> | 460, | 462<sub>4</sub>, 463<sub>5</sub>, 463, |  
 47<sub>43</sub>, 484, 484<sub>56</sub>, | 489<sub>9</sub>, 489, | 490<sub>16</sub>, 549  
 563  
 —, 142; 130<sub>1</sub> a | 146, 624<sub>18</sub>, 750<sub>15</sub>  
 —, 143; 130  
 —, 144; 6<sub>10</sub>, 85<sub>41</sub>, | 85, 93, 135<sub>12</sub>  
 —, 145 seg.; 22<sub>57</sub>, 69<sub>40</sub>, 117, 130, 147<sub>7</sub>  
 —, 145; 25<sub>7</sub>, | 115<sub>2</sub>, 135<sub>15</sub>  
 —, 146; 25<sub>8</sub> | 115<sub>3</sub>, 135<sub>15</sub>  
 —, 147; 69<sub>42</sub>, 136<sub>22</sub>  
 —, 148; 137<sub>33</sub>, 193<sub>50</sub>, 209<sub>12</sub>, 563<sub>30</sub>  
 —, 149; 137<sub>33</sub>  
 —, 150; 132<sub>6</sub> a, | 140, 173<sub>95</sub>; 442<sub>5</sub> a | 443<sub>6</sub>,  
 711<sub>20</sub> b  
 —, 151; 61<sub>100</sub>  
 —, 152; 173<sub>95</sub>, | 377<sub>25</sub>  
 —, 154; 132<sub>6</sub> a, 136<sub>24</sub>, 263<sub>51</sub>, 563<sub>30</sub>

IV, 155; 5<sub>4</sub>  
 —, 156, | 204  
 —, 157, | 204  
 —, 158; | 204  
 —, 159; | 204  
 —, 160; 28<sub>50</sub>, | 204, | 140<sub>2</sub>, 442<sub>5</sub> a  
 —, 162 seg.; 374<sub>19</sub>  
 —, 162 seg.; 549, 563  
 —, 162; 22<sub>58</sub>, | 49<sub>56</sub>, 49<sub>60</sub>, | 460  
 —, 163 seg.; 473<sub>26</sub>  
 —, 163; | 410<sub>30</sub>, 479<sub>44</sub>, | 497, 504; 507, 554<sub>6</sub> a  
 563, 565<sub>35</sub> a, 567<sub>39</sub> b  
 —, 164 seg.; 9<sub>24</sub>, 477  
 —, 164; 7<sub>11</sub>, 803<sub>6</sub> a  
 —, 165; | 12<sub>29</sub>, 242, 410<sub>29</sub>, | 461; | 463<sub>5</sub>, 463,  
 473, 474<sub>32</sub>, 477<sub>39</sub>; | 481, | 492, | 496, 499,  
 501, 507  
 —, 166, 170; | 510  
 —, 166; 188<sub>65</sub> a | 188<sub>68</sub>, 164<sub>71</sub>, | 185<sub>24</sub> a, 188<sub>39</sub>,  
 198<sub>61</sub>, | 230, 442<sub>5</sub> a, 461<sub>37</sub>, 463; 467<sub>28</sub>, 473,  
 475<sub>36</sub>, 476<sub>30</sub> a, 492<sub>19</sub>, | 510; 513, 514<sub>5</sub>, |  
 514<sub>6</sub>, 515 fino a 518<sub>14</sub> a, 533.  
 —, 166 a; | 191, 192<sub>40</sub>, 239<sub>28</sub>, | 441, 463, |  
 467; 473<sub>29</sub>, | 489<sub>9</sub>, | 490<sub>15</sub>, | 497, 499; | 511  
 525<sub>31</sub>, 533  
 —, 167 seg.; 22<sub>38</sub>, 577  
 —, 167; | 192<sub>49</sub>, | 195<sub>50</sub>, 220, 473<sub>29</sub>, | 497,  
 511, 514, | 515, 516, 522, 527<sub>39</sub>, 532,  
 | 574  
 —, 168; | 185<sub>24</sub> a, 192<sub>40</sub>, | 195<sub>58</sub>, 473<sub>29</sub>, |  
 491<sub>16</sub>, | 511, 532  
 —, 169; 492<sub>19</sub>, 493, 510, | 511, 514, 518,  
 520, 523  
 —, 170; 27<sub>30</sub>, 136<sub>24</sub> a, 137<sub>29</sub>, | 161, 169, 170<sub>86</sub>,  
 221, | 223<sub>2</sub>; 224<sub>3</sub>, | 225<sub>6</sub>, 226<sub>7</sub> b, 227; | 230,  
 242, 373<sub>18</sub>, 488<sub>7</sub>, | 493 | 515, 516, 524,  
 524<sub>31</sub>, 528, 543, 546, | 546<sub>7</sub>, 550<sub>6</sub>, 655<sub>11</sub>,  
 7<sub>160</sub>  
 —, 171 | 552<sub>7</sub> a  
 —, 175; | 555, | 556, 556<sub>11</sub>  
 —, 176; 247<sub>42</sub>  
 —, 178; 556<sub>11</sub>  
 —, 180 seg.; 535<sub>13</sub>  
 —, 180; 563<sub>30</sub>  
 —, 181; 247<sub>42</sub>  
 —, 184; 484, | 484<sub>55</sub>  
 —, 186; 474<sub>33</sub>

GELLIUS, *noctes atticae*.

—, 2, 6; 463<sub>5</sub>  
 XI, 18, 10; 818<sub>41</sub>

XII, 13, 1; 800  
 XX, 1, 45; | 803<sub>6</sub> a  
 —, 10, 4; | 185<sub>7</sub>

GROMATICI VET. (ed. *La-hm.*)

p. 4 v. 1 seg.; | 472<sub>28</sub>  
 p. 16 v. 3 seg.; | 9<sub>23</sub>  
 p. 16 v. 18 seg.; | 9<sub>23</sub>  
 p. 36 v. 13 seg.; | 441<sub>3</sub>  
 — v. 13 seg.; | 472<sub>28</sub>  
 — v. 16-23; | 472<sub>28</sub>  
 p. 44 v. 4 seg.; | 16<sup>9</sup><sub>84</sub>, 441<sub>3</sub>  
 — v. 7; | 187<sub>32</sub>  
 p. 49 v. 14 seg.; | 21<sub>65</sub> a  
 p. 63 v. 12 seg.; | 441<sub>3</sub>  
 p. 74 v. 19 seg.; | 441<sub>3</sub>

## HENRICUS VII.

*Extravagans ad reprimendum*; 767.

INSCRIPTIONES (*Orelli*).

n. 3100; 801<sub>3</sub>

## RECESO ULTIMO IMPERIALE.

§ 162; | 781, 782<sub>39</sub> bis

ISIDORUS HISPAL. *origines*.

V, 24, 25; | 726<sub>48</sub> a  
 —, —, 33; | 726<sub>48</sub> a

## IUSTINIANUS.

Constit. tacita § 13; | 692<sub>25</sub>  
 — *Διδωκεν* § 18; | 692<sub>23</sub>

*Codex*

I, 23 de off. praef. urbi l. 3; 15<sub>39</sub>  
 II, 1, de ed. l. 3; | 399<sub>6</sub>, 692<sub>22</sub>  
 —, 1, 5; 805<sub>15</sub>  
 —, 2 de in ius voc. l. 2; 692<sub>22</sub>  
 —, 3 de pact. l. 21; 725<sub>46</sub> a  
 —, 4 de transact. l. 3; 690<sub>13</sub>  
 —, 13 de proc. l. 7; 33<sub>6</sub>; l. 9; 336  
 —, 19 de his, quae vi l. 4; 444<sub>10</sub>  
 —, 20 de dol. l. 8; 393<sub>52</sub>  
 —, 46 ubi et apud quem l. 3; 708<sub>11</sub>, 803<sub>6</sub> b,  
 805<sub>10</sub>

II, 57 de form. et impetr. act. subl., l. 1;  
 95<sub>62</sub>, l. 2; | 712<sub>23</sub>, 25  
 III, 1 de iud. l. 16; 708<sub>11</sub>  
 —, 6 qui legit. pers. l. 3; 705<sub>4</sub>, 725<sub>48</sub>, 739<sub>77</sub>  
 —, 8 de ord. iud. l. 3; l. 4; 814<sub>33</sub>  
 —, 9 de L. C. l. un.; | 399<sub>6</sub>  
 —, 10 de plus pet. l. 1 § 1; 312<sub>73</sub>, l. 1 § 2;  
 312<sub>73</sub>  
 —, 16 ubi de poss. l. un.; | 14<sub>36</sub>, 726<sub>48</sub>,  
 726<sub>48</sub> b, 737, 739<sub>77</sub>  
 —, 18 ubi conv. qui certo loco l. un.; 417<sub>42</sub>  
 —, 19 ubi in rem act. l. 2; 769  
 —, 28 de inoff. test. l. 2; | 92, 93  
 —, 32 de R. V. l. 13; | 201<sub>67</sub> a  
 III, 34 de serv. l. 7; 388<sub>43</sub> g  
 —, 37 comm. div. l. 1; 512<sub>2</sub> b, l. 3; 512<sub>2</sub> b  
 IV, 1 de R. Cr. l. 9; 403<sub>14</sub>  
 —, 4 si cert. pet. l. 4; 328<sub>100</sub>  
 —, 3 de suffrag. l. 1; 133<sub>9</sub>  
 —, 18 de const. pec. l. 2 § 1 d; 552<sub>7</sub> a  
 —, 19 de probat. l. 15; 513<sub>2</sub> e  
 —, 20 de testib. l. 16; 817<sub>40</sub>, pr. 612<sub>69</sub>, 722<sub>41</sub>  
 —, 26 quod cum eo l. 6; | 10<sub>26</sub>-28 a  
 —, 27 per quas pers. nob. adq. l. 2 (3);  
 328<sub>2</sub>, l. 3 (2); 328<sub>100</sub>  
 —, 34 dep. l. 1; 680<sub>88</sub>  
 —, 44 de resc. vend. l. 2; | 10<sub>27</sub>  
 —, 49 de A. E. et V. l. 8; 133<sub>9</sub>  
 —,     >             >     l. 12; 133<sub>9</sub>  
 —,     >             >     l. 17; | 390<sub>44</sub> a | 703  
 —, 65 loc. l. 23; | 234<sub>20</sub>  
 —,     >     l. 25; | 234<sub>21</sub>, 766  
 —,     >     l. 31; 33<sub>6</sub>  
 V, 16 de don. i. v. et u. l. 6, 328  
 —, 24 divort. fact. l. un.; 704<sub>2</sub>  
 —, 34 qui dare tut. l. 10; 310<sub>71</sub>  
 —, 37 de adm. tut. l. 6; 307<sub>65</sub> | 311<sub>73</sub>  
 —,     >             >     l. 26 § 3; | 309<sub>60</sub>  
 —, 39 quando ex facto tut. l. 3; | 330<sub>5</sub>  
 —, 43 de susp. tut. l. 3; | 405<sub>22</sub>  
 —, 45 de eo, qui pro tut. l. 2, 362<sub>73</sub>  
 V, 46 si mater l. 2; 310<sub>71</sub>  
 —, 70 de cur. fur. l. 2; | 330<sub>5</sub>  
 VI, 7 de libert. et lib. eor. l. 2; | 708<sub>11</sub>; 800  
 —, 9 qui admitti *Rubr.*; 112<sub>98</sub>  
 —, 16 de succ. ed. l. 1; —112<sub>98</sub>  
 —, 17 de Carb. ed. l. 1; 513<sub>2</sub> a  
 —, 33 de ed. D. Hadr. toll. l. 2, | 111,  
 —,     >             >     l. 2; 766  
 —, 38 de V. S. l. 4 pr.; | 112<sub>98</sub>  
 —, 42 de fideic. l. 23; 114  
 —, 46 de cond. insert. l. 2 § 1; 692<sub>22</sub>

VI, 47 de usur. et fruct. leg. l. 2 § 2;  
 VII, 19 de ord. cogn. l. 3; l. 4; 612<sub>90</sub>  
 —, 34 in quib. c. cessat longi temp. praesc.  
   l. 4; 725<sub>46 a</sub>  
 —, 56 quib. res iud. l. 2; 563<sub>22</sub>  
 —, 62 de app. l. 1; 612<sub>90</sub>  
 —, 65 quor. app. n. recip. l. 6; 739<sub>78</sub>  
 —, 69 si de mom. poss. fuerit app. l. 1; 725<sub>48b</sub>  
   726, | 730<sub>58</sub>, 739<sub>77</sub>, 765<sub>3</sub>  
 VIII, 1 de interd. l. 1; 5<sub>3</sub>, 22<sub>80</sub>; 704<sub>2</sub>  
 —,    >    >    l. 2; 5<sub>6</sub>, | 12  
 —,    >    >    l. 3; 704, | 705<sub>4</sub>, 710 |  
           741<sub>90</sub>, 765<sub>2</sub>  
 —,    >    >    l. 4; 574<sub>7</sub>, 705<sub>3</sub> | 740, 741  
           742, 765<sub>2</sub>  
 —, 2 quor. bon. l. 1; 84, 99<sub>77</sub>, 107, | 107  
 —, 112, | 575, 577, 734, 766, 767 *bis*, 768, |  
   771<sub>15</sub>  
 VIII, 2, l. 2; | 114<sub>1</sub>, | 703  
 —,    l. 3; 63<sub>5</sub>, 392, 738<sub>75</sub>, 739<sub>79</sub>, 766, |  
       769<sub>12</sub>  
 —,    § 1; 575, 577, 705<sub>3</sub>  
 —, 3 quod legat. l. 1; 513<sub>2 a</sub>, 770<sub>12</sub>  
 —, § 1, | 703, 710  
 —, 4 unde vi l. 2; | 367<sub>4</sub>, 378<sub>28</sub>; | 703, 711  
 —,    >    l. 4; 578<sub>10</sub>, | 703  
 —,    >    l. 6; 574<sub>7</sub>, | 731, 767  
 —,    >    l. 7; 765  
 —,    >    l. 8; 574<sub>7</sub>, 705<sub>3</sub>, 726<sub>48</sub>, 739<sub>80</sub>  
       765, 767, 768  
 —, 5 si per vim. l. 1; | 10<sub>26</sub><sup>26 a</sup>, | 367<sub>4</sub> |  
   715<sub>30</sub>, 721<sub>40 a</sub>, 726<sub>19</sub>, 738<sub>77</sub>, 766  
 —, pr.; 574<sub>7</sub>  
 —, § 1; 705<sub>4</sub>  
 —, l. 2; | 731  
 VIII, 6 uti poss. l. un.; 472<sub>28</sub>, 751<sub>16</sub>, 780,  
   781.  
 —, 8 de lib. exh. *Rubr.*; 258<sub>36</sub>  
 —, l. 2; 704<sub>2</sub>  
 —, l. 3; 703<sub>2</sub>  
 —, 9 de prec. l. 1, 125  
 —,    >    l. 2; | 2<sup>6</sup><sub>15</sub>, 705<sub>3</sub>  
 —, 13 de pign. l. 3; | 10<sub>26</sub>  
 —,    >    l. 18; | 669  
 —, 26 etiam ob chirograph. l. 21, § 2; 513<sub>2 c</sub>  
 —, 36 de litig. l. 5 (4); 524<sub>29</sub>  
 —, 40 de fideiuss. l. 2 § 1; 486<sub>1</sub>  
 —, 59 de auct. praest. l. 5; 501<sub>42</sub>  
 IX, 9 ad leg. Iul. de adult. l. 25, 612<sub>90</sub>  
 —, 12 ad leg. Jul. de vi publ. l. 7, 612<sub>90</sub>  
 —,    >    >    >    l. 7, § 1;  
           739<sub>81</sub>, 765

IX, 20 ad leg. Fab. l. 1; 612<sub>90</sub>, 615<sub>97</sub>  
 —,    >    >    >    l. 2; 615<sub>97</sub>  
 —,    >    >    >    l. 8; 612<sub>90</sub>  
 —, 22 ad leg. Cornel. de fals. l. 9 pr. 513<sub>2 c</sub>  
   | 816<sub>38</sub>, 817  
 —, l. 11; | 813, 814 *bis*<sub>35</sub>, 815, 817  
 —, 31 quando civ. act. criminali praesud.  
   l. un.; | 610  
 —, 32 de crim. expil. hered. l. 4; 680<sub>38</sub>  
 —, 42 de abolit. l. 1, 10<sub>26</sub>  
 X, 10 de bon. vacant. l. 1; 95<sub>64 a</sub>  
 —,    >    >    >    l. 4; 95<sub>54 a</sub>  
 —, 32 de decurion. l. 60; 310<sub>71</sub>  
 —,    >    >    >    l. 64; 310<sub>71</sub>  
 XI, 48 de agricol. l. 14; 574<sub>7</sub>, 739<sub>82</sub>, 766  
 —, 66 de fund. rei priv. l. 3; 310<sub>71</sub>

*Digesta.*

I, 1 de iust et iure l. 11; 803<sub>8 a</sub>  
 —, 2 de O. J. l. 2, § 6; | 400<sub>26</sub>  
 —, 3 de legib. l. 10, l. 11; | 693<sub>25</sub>  
 —, 6 de his, qui sui l. 5; 563<sub>29</sub>  
 —, 7 de adopt. l. 18; 648<sub>80</sub>  
 —, 8 de D. R. l. 9 § 5; | 506  
 —, 12 de off. praest. urbi l. 1 § 6; | 5<sub>7</sub>  
 —, 14 de off. praest. l. 4; | 806<sub>16</sub>, 813  
 —, 18 de off. praes. l. 3; | 12  
 —,    >    >    >    l. 5; 810, 813  
 —,    >    >    >    l. 19 § 1; | 10<sub>26</sub>  
 —, 21 de off. eius, cui mand. l. 1, § 1;  
   808, l. 4 pr. 808<sub>4</sub>  
 II, 1 de iurisd. l. 4; 14<sub>31</sub>, 15<sub>38</sub>  
 —,    >    >    >    l. 5; | 806<sub>16</sub>  
 —,    >    >    >    l. 7, § 1; 690<sub>13</sub>  
 —, 4 de in ius voc. l. 4 § 1; 462<sub>4</sub>  
 —,    >    >    >    l. 10 § 12; 462<sub>4</sub>  
 —,    >    >    >    l. 24; 462<sub>4</sub>  
 —,    >    >    >    l. 25; 462<sub>4</sub>  
 —, 7 ne quis eum, qui in ius. l. 2; 462<sub>4</sub>  
 —,    >    >    >    l. 3 § 1 | 802,  
           812<sub>30</sub>  
 —, 8 qui satisd. l. 9; 807<sub>16 c</sub>  
 —,    >    >    >    l. 11; 19<sub>59</sub>  
 —,    >    >    >    l. 12; 19, | 19<sub>56</sub>  
 —,    >    >    >    l. 14; 19<sub>55</sub>  
 —, 10 de eo per quem fact. l. 1 § 2; 690<sub>13</sub>  
 —,    >    >    >    l. 3 § 4; 475<sub>34</sub>  
 —, 12 de feriis, l. 1, l. 1, § 1, 2; | 809  
 —, 13 de ed. l. 1 pr. § 1; | 400<sub>7</sub>  
 —,    >    >    >    l. 8 § 1; 405<sub>22</sub>

- II, 14 de pact. l. 7 § 7; 462<sub>4</sub>  
     » l. 7 § 14; 355<sub>50</sub>  
     » l. 16 pr.; 54<sub>78</sub>  
     » l. 31; 463<sub>5</sub>  
 —, 15 de transact l. 8; 809  
     » l. 8 § 2; 809<sub>23</sub> *a*  
     » l. 8 §§ 6, 20, 21, 22;  
         10<sub>26</sub>  
 III, 1 de postul. l. 1 § 2; 804<sub>9</sub>  
     » l. 1 § 5; 336  
     » l. 1 § 6; 462<sub>4</sub> | 804, 812<sub>30</sub>  
 —, 2 de his, qui not. l. 11 §§ 1, 3; 563<sub>29</sub>  
 —, 3 de proc. l. 15 pr. 1<sub>59</sub>  
     » l. 35 § 2; 5<sub>31</sub> | 17<sub>47</sub> | 399<sub>4</sub>  
     » l. 39 pr.; 5<sub>31</sub> | 17<sub>48</sub>  
     » l. 40 pr.; 5<sub>41</sub> | 21<sub>65</sub>, 438<sub>92</sub>  
     » — § 2; 19<sub>59</sub>, 84<sub>40</sub>  
     » — § 3; 19<sub>59</sub>  
     » l. 42 pr.; 5<sub>41</sub> | 20<sub>63</sub>, 32<sub>4</sub>, 41;  
         64<sub>0</sub> *c*  
     » l. 43 § 2; | 32<sub>5</sub>  
     » — § 6; 19<sub>59</sub>  
     » l. 45 § 1; 20<sub>63</sub>, 41<sub>30</sub>  
     » — § 2; | 18<sub>50</sub>  
     » l. 48; 362<sub>69</sub>  
     » l. 62; | 17<sub>47</sub>, 18<sub>49</sub>  
         l. 76; 19<sub>59</sub>, 442<sub>5</sub>  
 —, 5 de N. G. l. 30 pr.; 329<sub>4</sub>  
     » l. 30 § 6; 310<sub>71</sub>  
     » l. 46 § 1; 801 | 2<sub>7</sub>, 802  
 — 6 de calumn. l. 3 § 2; 690<sub>13</sub>  
 IV, 1 de i. i. rest. l. 7 § 1; 563<sub>29</sub>  
 —, 2 quod met. c. l. 9 § 1; 307<sub>66</sub>  
     » l. 9 § 2; 4 559  
     » l. 9 § 3; 307<sub>66</sub>  
     » — § 5; 593<sub>51</sub>  
     » l. 14 §§ 4, 11, 418<sub>42</sub>  
 —, 3 de dol. m. l. 7 § 4; 680<sub>88</sub>  
     » l. 15 pr.; | 307<sub>66</sub>  
     » — § 1; 307<sub>66</sub>, 315  
     » l. 18 § 4; 675<sub>72</sub>  
     » l. 21; 805<sub>13</sub>  
     » l. 34; 124<sub>43</sub>  
     » l. 39; | 452<sub>33</sub>  
 —, 4 de min. l. 9 § 4; 563<sub>29</sub>  
     » l. 11 § 6; 501<sub>45</sub>  
     » l. 40 pr.; 74<sub>10</sub> *a*  
 —, 6 ex quib. c. mai. l. 15. § 3; 501<sub>45</sub>  
     » l. 26 § 4; 430<sub>73</sub>  
     » — § 6; | 484<sub>54</sub>  
     » l. 30 pr.; 61<sub>1</sub>  
 IV, 7 de alien. iud. mut. c. l. 3, § 2; 690<sub>13</sub>  
 —, 8 de recept. l. 27 § 7; 501<sub>45</sub>, l. 29; 462<sub>4</sub>  
 —, 9 naut. l. 1, § 4; 674<sub>70</sub> l. 3 § 1; 674<sub>70</sub>  
 V, 1 de iud. l. 13; 220<sub>35</sub>  
     » l. 14; 220<sub>35</sub>  
     » l. 18 § 1; 53<sub>73</sub>, 54<sub>78</sub>  
     » l. 33; | 399<sub>6</sub> *b*  
     » l. 49 § 1; 553<sub>79</sub>  
     » l. 53 § 1; 564<sub>32</sub>  
     » l. 81; 812<sub>28</sub>  
 —, 2 de inoff. test. l. 16 § 1; 84<sub>40</sub>  
 —, 3 de H. P. l. 1 § 5; 690<sub>13</sub>  
     » l. 5 pr.; | 19<sub>59</sub>, 439<sub>99</sub>  
     » l. 5 § 1; | 814<sub>34</sub>, 816<sub>39</sub>  
     » l. 8; 106<sub>90</sub>, | 107  
     » l. 13 § 1; 303<sub>56</sub>  
     » — § 3; 285<sub>9</sub>; 287<sub>19</sub>  
     » — § 4; 303<sub>1</sub> | 303<sub>38</sub>  
     » — § 5; 303<sub>37</sub>  
     » — § 8; 303<sub>55</sub> *57*  
     » — § 11; 285<sub>9</sub>  
     » — § 12; 237<sub>28</sub>, 428<sub>71</sub> *a*  
     » — § 13; | 451, 451<sub>31</sub>, 453  
     » — § 14; 451<sub>31</sub>  
     » — § 15; 97<sub>67</sub>  
     » l. 14; 97<sub>67</sub>  
     » l. 15; 9<sub>67</sub>  
     » l. 16, § 4; 100<sub>79</sub>  
     » l. 19 pr.; 116<sub>4</sub>  
     » — § 2; 61<sub>39</sub>, 116<sub>4</sub>  
     » l. 20 §§ 6, 7; 95<sub>64</sub> *a*  
     » — § 17; 100<sub>79</sub>  
     » l. 25 § 2 100<sub>79</sub> *c*  
     » — § 8; | 288<sub>23</sub>  
     » — § 17; 361<sub>63</sub>  
     » l. 35; 100<sub>79</sub>  
     » l. 38; 107<sub>92</sub>  
     » l. 40 § 2; 100<sub>79</sub>  
     » — § 4; | 332<sub>8</sub> *b*, 338<sub>27</sub> *a*  
     » l. 42; 97<sub>67</sub>  
     » l. 43; 106, | 107  
     » l. 44; | 106, 107<sub>92</sub>  
     » l. 45, | 451, 452<sub>33</sub>, 453  
     » l. 54 pr.; 94<sub>59</sub> *a*  
     » l. 58, 107<sub>92</sub>  
 —, 5 de poss. hered. pet. l. 1; 96<sub>85</sub>  
     » l. 2, 97  
 —, 6 de fideic. hered. pet. l. 1; 96<sub>85</sub>  
     » l. 2; 96<sub>85</sub>, 92<sub>70</sub>  
     » l. 3; 96<sub>85</sub>  
     » — § 2; 96<sub>85</sub>  
 VI, 1 de R. V. l. 1 § 2; | 78<sub>17</sub>

- VI, 1 de R. V. l. 4; 680<sup>88</sup>  
 » l. 9; 224<sup>3</sup>  
 » l. 13 § 6; 680<sup>88</sup>  
 » l. 15 § 3; 582<sup>23</sup>  
 » l. 17 § 1; 582<sup>23</sup>  
 » l. 18; 101<sup>81</sup>, 593<sup>51</sup>  
 » l. 20; | 581<sup>22</sup>, 593<sup>51</sup>  
 » l. 21; 593<sup>51</sup>, 594<sup>52</sup>  
 » l. 23 § 1; | 72<sup>6</sup>  
 » l. 25; | 453, 453<sup>34</sup>  
 » l. 27 § 3; 690<sup>13</sup>  
 » l. 35 § 1; 417<sup>42</sup>  
 » l. 42; 449<sup>21-23</sup>  
 » l. 45; 593<sup>51</sup>  
 » l. 51; 449<sup>21-24</sup>  
 » l. 52; 449<sup>23</sup>  
 » l. 55; | 287<sup>19</sup>  
 » l. 68; 601, 601<sup>61</sup>, 603<sup>63</sup>,  
 608, 762<sup>47</sup>  
 —, 2 de publ. in rem l. 9 § 4; 133<sup>7</sup>  
 » l. 14; 362<sup>69</sup>  
 VII, 1 de usufr. l. 13 § 2; 690<sup>13</sup>  
 » l. 13 § 4; 37<sup>28</sup>  
 » l. 60 § 1; 595<sup>54</sup>  
 —, 6 si usufruct. pet. l. 3; 214<sup>24</sup>  
 VIII, 2 de S. Pr. U. l. 19 pr. 275<sup>73</sup>  
 —, 3 de S. Pr. R. l. 9; 802<sup>4</sup>  
 —, 4 comm. praed. l. 2; 802<sup>4</sup>  
 — 5 si serv. l. 2, § 3; 22<sup>69</sup>, 58<sup>89</sup>, | 59<sup>94</sup>;  
 216<sup>26</sup> a  
 » l. 4 § 5; 634<sup>51</sup>  
 » l. 6 § 1; 160<sup>58</sup>  
 » l. 7; 447<sup>17</sup>, 593<sup>51</sup>, 597<sup>59</sup>, 679<sup>82</sup>,  
 746<sup>69</sup>, 780  
 » l. 8 § 4; 417<sup>42</sup>  
 » — § 5; | 156, 262<sup>48</sup>  
 » . 12; 447<sup>17</sup>, 593<sup>51</sup>, 597<sup>59</sup>, 780  
 » l. 14 § 1; 282<sup>89</sup>  
 » l. 17 pr.; 282<sup>89</sup>  
 » — § 2; | 273  
 » l. 18; 262<sup>50</sup>  
 IX, 2 ad leg. Aquil. l. 7 pr. 507<sup>57</sup> a  
 » l. 12; 37<sup>22</sup>  
 » l. 23 § 9; | 614, 614<sup>94</sup>,  
 615<sup>95</sup>  
 » l. 27 § 11; 318<sup>82</sup>  
 » l. 28; | 325  
 » l. 29 § 7; 10<sup>26</sup> a  
 » l. 43; 10<sup>26</sup> a, | 313<sup>75</sup>  
 » l. 49 § 1; 502  
 —, 3 de his qui effud. l. 5 § 5; | 34<sup>8</sup>, | 39<sup>27</sup>  
 » l. 5 § 6; 462<sup>4</sup>, 465<sup>9</sup>  
 IX, 3 de his. qui effud. l. 5 § 12; 465<sup>9</sup>,  
 » — § 13; | 39<sup>27</sup>  
 —, 4 de nox act. l. 2 § 1; | 340<sup>31</sup>  
 » l. 11; 337<sup>24</sup>  
 » l. 13; 337<sup>24</sup>  
 » l. 24; 252<sup>18</sup>  
 » l. 27; 337<sup>24</sup>  
 » l. 28; 337<sup>24</sup>  
 » l. 42 § 2; | 285<sup>6</sup>  
 » l. 43; 14<sup>36</sup>  
 X, 1 fin. reg. l. 4 § 2; | 585<sup>29</sup>  
 » l. 8 § 1; 805<sup>12</sup>  
 —, 2 fam. ercisc. l. 6; 512<sup>2</sup>, b  
 » l. 22 § 1; 512<sup>2</sup> b  
 » l. 29; 512<sup>2</sup> b  
 » l. 43; 220<sup>35</sup>  
 —, 3 comm. div. l. 2 § 1; 220<sup>35</sup>  
 » l. 6 § d; 80<sup>24</sup>, 81<sup>26</sup>  
 » l. 7 § 5; | 391, 391<sup>45</sup>  
 » l. 7 § 13; 512<sup>26</sup>  
 » 19 §§ 1, 3; 512<sup>2</sup> b  
 —, 4 ad exh. l. 2; | 151<sup>35</sup>  
 » l. 3 § 5; 441<sup>3</sup>  
 » — § 9; 680<sup>89</sup>; 768, 771<sup>15</sup>  
 » — § 11; 680<sup>89</sup>  
 » — § 13; 680<sup>89</sup>, 768  
 » l. 5 § 4; | 680<sup>90</sup>  
 » l. 9 pr.; 680<sup>88</sup>  
 » — § 1; 679<sup>83</sup>, 680<sup>88</sup>  
 » — §§ 2, 3, 4; 680<sup>88</sup>  
 » l. 12 pr.; 83<sup>36</sup> a  
 » — § 3; 680<sup>88</sup>  
 » l. 13; 83<sup>36</sup> a  
 » l. 14; 680<sup>88</sup>  
 » l. 15; 5<sup>3</sup>, 24<sup>70</sup>, 153<sup>44</sup>, 247<sup>42</sup>,  
 252<sup>18</sup>; 350<sup>34</sup>, 438<sup>95</sup>, 631<sup>41</sup>,  
 655<sup>24</sup>; 680<sup>88</sup>, 681.  
 » l. 17; 810  
 XI, 1 de interr. in iure l. 4 § 1; | 803<sup>6</sup> a  
 —, 3 de servo corr. l. 14 § 9; 133<sup>9</sup>  
 —, 6 si mensor l. 2 § 1; 310<sup>71</sup>  
 —, 7 de relig. l. 2 § 1; | 81<sup>25</sup>  
 » l. 2 § 7; | 80<sup>24</sup>  
 » — § 8; | 80<sup>24</sup>  
 » l. 7 pr.; | 81<sup>27</sup>  
 » l. 8 pr.; 81<sup>28</sup>  
 » — § 4; 81<sup>26</sup>  
 » — § 5; 310<sup>71</sup>, | 399<sup>6</sup>  
 » l. 9; 262<sup>50</sup>, 399, 751<sup>16</sup>, 755  
 » l. 14 § 11; 674<sup>71</sup>  
 » l. 41; 80<sup>24</sup>  
 » l. 43; 23<sup>89</sup>, | 79



- XI, 8 de mort. inf. l. 1 pr.; 25<sup>11</sup>, 79<sup>23</sup> a  
 > l. 1 § 1; | 156<sup>33</sup> a  
 > — § 3; 262<sup>50</sup>; | 277  
 > — § 5; 25<sup>12</sup>, 79<sup>23</sup> b, 81<sup>29</sup>  
 > — § 8; 156<sup>33</sup> a, 263<sup>48-49</sup>;  
 | 263<sup>51</sup>, | 264<sup>53</sup>, 277,  
 364<sup>86</sup>  
 > — § 10; 156<sup>33</sup> a, 262<sup>42</sup>,  
 277  
 > l. 3 pr.; 5<sub>4</sub>  
 XII, 1 de R. Cr. l. 2 § 4; 399<sup>100</sup>  
 > l. 4 § 1; 133<sub>8</sub>  
 > l. 9 § 8; 399<sup>100</sup>  
 > l. 11 § 2; 680<sup>88</sup>  
 > l. 17; 53<sup>73</sup>  
 > l. 27; | 398  
 > l. 31 pr.; 552<sup>7</sup> a. | 581<sup>22</sup>  
 —, 2 de iureiur. l. 1, | 11<sup>27</sup>  
 > l. 3 pr.; 402<sub>9</sub>  
 > — § 1; 5<sub>4</sub>, 402, 420<sup>51</sup>  
 > l. 5 § 4; 403<sup>12</sup>  
 > l. 6; 403<sup>12</sup>  
 > l. 7, — l. 9 pr.; 402<sub>9</sub>  
 > l. 9 §§ 1-3; 402<sub>9</sub>  
 > l. 27; 420<sup>50</sup>  
 > l. 28 § 1; 420<sup>50</sup>  
 > — § 10; 403<sup>11</sup>  
 > l. 29; 403<sup>11</sup>  
 > l. 30 pr.; 403<sup>11</sup>  
 > — § 3; 41<sup>30</sup>, 41<sup>32</sup>; 402,  
 456  
 > l. 31; 805<sup>14</sup>  
 > l. 34 pr.; | 403<sup>13</sup>  
 > — § 3; 403<sup>15</sup>  
 > — § 6; 403<sup>14</sup>  
 > l. 35 § 1; 42<sup>150</sup>  
 > l. 37; 403<sup>14</sup>  
 —, 6 de cond. indeb. l. 15 § 1; 133<sub>8</sub>  
 XIII, 1 de cond. furt. l. 29; 680<sup>88</sup>  
 —, 3 de cond. trit. l. 3; 133<sub>8</sub>  
 —, 4 de eo, quod certo loco l. 2 § 8; 418<sup>42</sup>  
 > l. 4 § 1; 418<sup>42</sup>,  
 593<sup>51</sup>  
 > l. 8; 418<sup>42</sup>  
 > l. 10; 418<sup>42</sup>  
 —, 5 de pec. const. l. 1 pr.; 673<sup>68</sup>  
 > l. 22; 100<sup>79</sup>  
 > l. 25; 673<sup>68</sup>  
 > l. 27; 674<sup>70</sup>  
 —, 6 commod. l. 3 § 5; 310<sup>71</sup>  
 —, 7 de pign. act. l. 11 § 6; 328<sub>2</sub>  
 > l. 11 § 7; 328<sub>1</sub>  
 XIII, 7 de pign. act. l. 12; 328<sub>1</sub>  
 > l. 15; 593<sup>51</sup>  
 > l. 16 § 2; | 210<sup>15</sup> a  
 XIV, 3 de inst. act. l. 5 §§ 8, 10; 310<sup>71</sup>  
 > l. 17 § 4; 362<sup>69</sup>  
 > l. 19 pr.; 329<sub>4</sub>  
 —, 4 de trib. act. l. 3 § 1; 307<sup>66</sup>  
 > l. 7 § 1; 564<sup>32</sup>  
 > — § 4; 252<sup>18</sup>  
 —, 5 quod cum eo. l. 5 pr.; 486<sub>4</sub>  
 —, 6 ad Sc. Maced. l. 11; 486<sub>4</sub>  
 XV, 1 de pecul. l. 21 § 1; 307<sup>66</sup>  
 —, 3 de rem verso l. 10 § 7; 364<sup>82</sup>  
 —, 4 quod iusu l. 2 pr.; | 330<sub>5</sub>  
 XVI, 2 de compens. l. 10 § 3; 486<sub>4</sub>  
 > l. 15; 418<sup>42</sup>  
 —, 3 dep. l. 1 § 11; | 328<sub>1</sub>  
 > l. 1 § 14; | 328<sub>2</sub>  
 > — § 32; 630<sup>88</sup>  
 > — § 42; 310<sup>71</sup>  
 XVII, 1 mand. l. 8 § 4; 310<sup>71</sup>  
 > l. 8 § 10; 133<sub>9</sub>  
 > l. 10 § 2; 364<sup>82</sup>  
 > — § 5; 329<sub>4</sub>  
 > l. 12 § 17; 37<sup>20</sup>  
 > l. 22 § 7; 364<sup>82</sup>  
 > l. 54 pr.; 37  
 —, 2 pro soc. l. 19, 24; 310<sup>71</sup>  
 > l. 39; | 81<sup>25</sup>  
 > l. 63 § 4; 596<sup>57</sup>  
 XVIII, 1 de C. E. l. 26; 692<sup>20</sup>  
 > l. 34 § 4; 173<sup>95</sup>, 512<sup>2</sup> d  
 > l. 52; 462<sub>4</sub>  
 —, 6 de per. et commod. l. 13; 605<sup>69</sup>  
 —, 7 de serv. export. l. 6 pr. § 1; 37  
 > l. 6 § 1; | 37<sup>21</sup>  
 > l. 7; 37  
 XIX, 1 de A. E. et V. l. 11 § 13; 173<sup>95</sup>  
 > l. 13 § 7; | 309<sup>70</sup>  
 > — § 18; 133<sub>9</sub>  
 > l. 25; 362<sup>69</sup>  
 —, 2 loc. l. 60 § 7; 310<sup>71</sup>  
 —, 5 de praescr. verb. l. 16 § 1; 124<sup>43</sup>  
 XX, 1 de pign. l. 10; 125<sup>48</sup>, 133<sup>7</sup>, 362<sup>69</sup>  
 > l. 21 pr.; 328<sub>2</sub>  
 > l. 27; 680<sup>88</sup>  
 —, 2 in quib. c. pign. l. 9; 685<sup>98</sup> a  
 —, qui pot. l. 10; | 10<sup>26</sup> a  
 —, 5 de distr. pign. l. 12 § 1; 679<sup>85</sup>  
 —, 6 quib. mod. pign. l. 12 § 1; 563<sup>29</sup>,  
 668<sup>51</sup> b

- XXI, 1 de aed. ed. l. 17 § 20; 462<sub>4</sub>  
 » l. 25 § 8; 582<sub>22</sub>  
 —, de evict. l. 4 § 1; | 309<sub>70</sub>  
 » l. 18; 75<sub>11</sub>  
 » l. 66 pr.; | 668<sub>51</sub> b  
 » l. 71; 37<sub>19</sub>  
 » l. 73; 75<sub>11</sub>
- XXII, 1 de usur. l. 2; 582<sub>22</sub>  
 » l. 3 § 1; 582<sub>22</sub>  
 » l. 19 pr.; | 548<sub>75</sub>  
 » l. 32 § 3; 310<sub>71</sub>  
 » l. 38; 584  
 » — pr.; | 584  
 » — § 4; 585, | 587  
 » — § 5; | 578<sub>16</sub> a  
 » — § 7; 552<sub>7</sub> a, 581<sub>22</sub>, 584  
 » — § 11; 497<sub>31</sub>, | 584
- , 5 de testib. l. 21 § 1; 612<sub>29</sub>
- XXIII, 3 de J. D. l. 68; 112<sub>97</sub>  
 l. 78 § 4; 512<sub>2</sub> b
- XXIV, 3 sol. matr. l. 17 § 1; 486<sub>4</sub>  
 » l. 25 § 1; 593<sub>51</sub>
- XXV, 3 de agn. v. alen. l. 5 § 25; 564<sub>32</sub>  
 —, 4 de insp. ventre l. 1 § 1; 8<sub>21</sub>  
 » l. 1 § 10; 808<sub>22</sub>
- , 5 si ventr. nom. l. 1 § 1; 5<sub>3</sub>  
 » l. 1 § 2; 3<sub>7</sub> a, | 9<sub>23</sub>,  
 24<sub>70</sub>, 605<sub>70</sub>, 607; | 685,  
 743<sub>97</sub>, 762<sub>46</sub>, 763<sub>50</sub>,  
 786<sub>48</sub>
- XXVI, 1 de tutor. l. 13 § 1; 308<sub>70</sub>  
 —, 4 de legit. tut. l. 3 § 7; 49<sub>62</sub>  
 —, 5 de tut. dat. l. 4; | 806, 808, 811 *bis*,  
 812<sub>30</sub> *bis*  
 —, 7 de adm. tut. l. 5 § 3; 310<sub>71</sub>  
 » l. 9 § 9; 501<sub>43</sub>  
 » l. 24 pr.; 310<sub>71</sub>  
 » l. 34; | 807  
 » l. 55 pr.; 310<sub>71</sub>  
 » l. 61; 311<sub>73</sub>
- , 8 de auct. tut. l. 15; 442<sub>5</sub>  
 —, 9 quando ex facto tut. l. 1; | 311<sub>73</sub>  
 » » l. 3; 307<sub>66</sub>, | 311<sub>72-73</sub>  
 » » 329<sub>3</sub>  
 » » l. 4; 307<sub>65</sub>  
 » » l. 6; 310<sub>71</sub>
- , 10 de susp. tut. 26, 10 l. 1 pr., 806<sub>21</sub>  
 » l. 1 § 2; 808<sub>19</sub>  
 » — § 3; | 808<sub>20</sub>  
 » l. 2; 808  
 » l. 4; 808
- XXVI, 10 de ausp. tut. l. 7; 808  
 » l. 12; 808<sub>18</sub>
- XXVII, 2 ubi pup. l. 1 pr.; 803<sub>22</sub>  
 » l. 3; 808  
 —, 3 de tut. act. l. 1 § 3; | 807  
 » l. 1 § 18; 486<sub>4</sub>  
 » l. 20 § 1; 486<sub>4</sub>  
 —, 8 de magistr. conv. l. 5; 310<sub>71</sub>  
 —, 9 de reb. eor. l. 1 § 2; 808<sub>23</sub>  
 » l. 3 § 1; | 10<sub>26</sub> a  
 » — § 2; 602<sub>63</sub>  
 » l. 5 §§ 5, 6, 8; 10<sub>26</sub>  
 » l. 6; 808  
 » l. 8; 808  
 —, 10 de cur. fur. l. 5; 127<sub>51</sub> b  
 » l. 9; 127<sub>51</sub> b
- XXVIII, 5 de H. J. l. 79 § 2; 112<sub>97</sub>  
 —, 6 de vulg. et pup. subat. l. 23; 112<sub>97</sub>  
 —, 8 de iure delib.; l. 7 pr.; 691<sub>18</sub>
- XXIX, 3 testam. quemadm. aper. l. 2 § 8;  
 | 404, 405<sub>22</sub>, 407<sub>24</sub>, 408<sub>27</sub>; | 818<sub>41</sub>  
 —, 4 si quis om. c. testam. l. 1 § 12; 252<sub>18</sub>  
 » —; 288<sub>23</sub>  
 » l. 6 § 3; 501<sub>40</sub>
- , 5 ad Sc. Silan. l. 1 § 17; 674<sub>70</sub>  
 » l. 25 § 2; 462<sub>4</sub>
- XXX, de legat. I l. 71 pr.; 581<sub>22</sub>  
 » l. 91 § 8; 501<sub>45</sub>  
 » l. 112 § 3; 463<sub>3</sub>
- XXXI, de legat. II l. 66 § 2; 501<sub>45</sub>  
 » l. 78 § 2; 311<sub>73</sub>, 331
- XXXII, de legat. III l. 12 pr.; 581<sub>22</sub>  
 » l. 37 pr.; 462<sub>4</sub>  
 » l. 38 § 3; 462<sub>4</sub>
- XXXIII, 1 de ann. leg. l. 7; 37<sub>20</sub>
- XXXIV, de alim. leg. l. 1; 809  
 » l. 10 § 1; 112<sub>97</sub>  
 —, 9 de his. quae ut indign. l. 5; 106  
 » l. 5 pr.; 106<sub>90</sub>  
 » — § 1; | 105,  
 106, 107
- XXXV, 1 de condic. l. 50; 564<sub>32</sub>  
 —, 2 ad leg. Falcid. l. 12; 564<sub>32</sub>  
 » l. 32 pr.; 20<sub>62</sub>  
 » l. 59 § 1; 112<sub>97</sub>  
 » l. 93; 112<sub>97</sub>
- , 3 si cui plus l. 1 § 5; 564<sub>32</sub>
- XXXVI, 1 ad Sc. Trebell. l. 65 pr.; 93<sub>70</sub>  
 —, 3 ut legat. l. 1 § 1; | 294  
 » l. 1 § 9; 22<sub>70</sub>, 519<sub>15</sub>  
 » l. 1 § 14; 118<sub>14</sub>  
 » — § 17; 519

- XXXVI, 3 ut legat. l. 1 § 20; 118<sub>13</sub>  
 > l. 3; 118<sub>13</sub>  
 > l. 5 pr.; 118<sub>14</sub>  
 > l. 11; 118<sub>14</sub>, 226<sub>7</sub> b, 296<sub>46</sub> a,  
 | 428<sub>71</sub> b; 655<sub>26</sub>, 691<sub>17</sub>  
 > l. 14 § 1; 118<sub>15</sub>  
 > l. 15 pr.; | 571<sub>52</sub>  
 > l. 16; 118<sub>15</sub>  
 —, 4 ut in poss. legat. l. 3 pr.; | 571<sub>51</sub>  
 > l. 5 pr. § 1; 118<sub>14</sub>  
 > — §§ 5-10; 117<sub>8</sub>  
 > — § 23; 684<sub>96-97</sub>  
 > — § 27; 5<sub>3</sub>, 8<sub>24</sub>,  
 605<sub>70</sub>, 635<sub>54</sub>, | 683,  
 684, 684<sub>97</sub>, 743<sub>97</sub>,  
 755<sub>30</sub>, 762<sub>46-48</sub>,  
 786<sub>48</sub>  
 > l. 6 § 1; 118<sub>14-12</sub>  
 XXXVII, 1 de B. P. l. 3 §§ 4-7; 88<sub>49</sub>  
 > l. 4-6 pr.; 88<sub>49</sub>  
 > l. 7 pr.; 88<sub>49</sub>  
 > l. 8 l. 9; 88<sub>49</sub>  
 > l. 11 l. 12; 88<sub>49</sub>  
 > l. 14; 88<sub>49</sub>  
 > l. 15; 88<sub>49</sub>  
 —, 4 de B. P. c. tab. l. 11 pr.; 420<sub>48</sub>  
 > l. 13 pr.; 98<sub>70</sub>, | 99,  
 99<sub>77</sub>, 100, 101<sub>82</sub>  
 —, 9 de ventre in poss. l. 1 § 1; 113<sub>98</sub> a  
 > l. 1 §§ 2, 4, 5; 119<sub>16</sub>  
 > — § 14; 771<sub>15</sub>  
 > l. 1 § 25; 564<sub>32</sub>  
 > l. 7 § 2; | 113<sub>98</sub> a  
 > l. 10; | 113<sub>98</sub> a  
 —, 10 de Carb. ed. l. 3 § 4; | 101<sub>81</sub>; 771<sub>15</sub>  
 > l. 3 § 5; | 102  
 > — § 13; 101, | 103  
 > — § 14; | 102<sub>84</sub>  
 > — § 15; | 102<sub>84</sub>  
 > — § 16; | 102<sub>84</sub>  
 > l. 7 § 4; | 102  
 > l. 15; | 102  
 — 11 de B. P. sec. tab. l. 1 §§ 3-10; 88<sub>49</sub>  
 > l. 2 pr. §§ 6-8; 83<sub>49</sub>  
 > l. 3 l. 4; 83<sub>49</sub>  
 > l. 5 § 1; 88<sub>49</sub>  
 > l. 6; 88<sub>49</sub>  
 > l. 8 § 3; 88<sub>49</sub>  
 > l. 11 pr.; 88<sub>49</sub>  
 > l. 11 § 2; 87, 88<sub>49</sub>,  
 91  
 > l. 12; 88<sub>49</sub>
- XXXVII, 12 si a par. l. 1 § 3; | 87, 88, 91  
 > l. 5; | 90<sub>32</sub>  
 XXXVIII, 1 de O. L. l. 6; 49<sub>57</sub>  
 > l. 7 §§ 6-9; 49<sub>61</sub>  
 > l. 9; 49<sub>57</sub>  
 > l. 13 § 2; | 623<sub>29</sub>  
 > l. 22; 49<sub>59</sub>  
 > — § 1; 49<sub>61</sub>  
 > l. 37 pr.; 49<sub>61</sub>  
 > l. 51; | 49<sub>62</sub>  
 XXXVIII, 2 de B. L. l. 20 § 4; 88<sub>49</sub>  
 > l. 23 § 1; 49<sub>62</sub>  
 > l. 35; 564<sub>32</sub>  
 > l. 42 § 1; 83<sub>49</sub>  
 > — § 2; 420<sub>48</sub>  
 —, 4 de assign. libert. l. 5 § 1 seg.; 49<sub>62</sub>  
 —, 5 si quid in fraud. par. l. 1 § 28; | 585<sub>29</sub>  
 > l. 5; 690<sub>13</sub>  
 —, 6 si tab. testam. nullae l. 2; | 90  
 —, 9 de succ. ed. l. 1 § 8; | 112<sub>98</sub>  
 > l. 1 § 11; 112<sub>98</sub>  
 XXXIX, 1 de O. N. N. l. 1 § 1; 25<sub>10</sub>, 253<sub>20</sub>,  
 267<sub>55</sub>, | 754<sub>28</sub>  
 > l. 1 § 10; | 356  
 > l. 3 § 4; | 33<sub>5</sub>  
 > l. 5 § 4; 12<sub>29</sub>, 463<sub>5</sub>,  
 463  
 > — § 10; | 156, 264<sub>32</sub>,  
 364<sub>32</sub>  
 > — §§ 11-13; 356  
 > — §§ 11-12; 357  
 > § 11; | 159, | 356<sub>51</sub> a  
 > — § 12; | 159<sub>57</sub> a,  
 | 356<sub>51</sub> a  
 > — § 13; | 356<sub>51</sub> a  
 > — § 20; | 18<sub>51</sub>  
 > l. 8 § 6; 56<sub>83</sub> b, 65<sub>12</sub>  
 > — § 7; 256<sub>29</sub>  
 > l. 13 § 1; 369<sub>10</sub> a  
 > l. 15; 498<sub>36</sub>, | 594,  
 595<sub>54</sub>, 597, 599  
 > l. 17; 51<sub>68</sub>  
 > l. 18 pr.; 12<sub>29</sub>, 463  
 > l. 20 pr.; 28<sub>49</sub>, 137<sub>27</sub>,  
 254<sub>22</sub>  
 > — § 1; 464, 464<sub>8</sub>  
 > — § 3; 254<sub>23</sub>  
 > — §§ 4 eq.; 352<sub>42</sub>  
 > — § 6; 56<sub>83</sub> a, | 66<sub>17</sub>,  
 367, 394<sub>58</sub>  
 > § 8; | 286<sub>18</sub>, 671<sub>29</sub>,  
 672<sub>54</sub>

- XXXIX, 1 O. N. N. l. 20 § 9; 28<sup>50</sup>, 137<sup>31</sup>  
 > — § 10; | 751<sup>16</sup>  
 > — § 14; 369<sup>10</sup> a  
 > — §§ 14 sq.; 352<sup>42</sup>  
 > — § 16; | 66<sup>17</sup> a,  
 | 368, 370, 662<sup>40</sup>  
 > l. 21 § 1; | 263<sup>31</sup>,  
 352<sup>42</sup>  
 > — § 3; | 592<sup>48</sup>  
 > l. 22; 12<sup>29</sup>, 149<sup>27</sup>,  
 256<sup>31</sup>, | 394<sup>57</sup>, 464  
 > l. 23; 12<sup>29</sup>, 256<sup>29</sup>,  
 | 256<sup>30</sup>, 256<sup>31</sup>, 464  
 XXXIX, 2 de damno inf. l. 4 § 2; 684<sup>97</sup>  
 > l. 4 § 8; | 804<sup>9</sup>  
 > l. 7 § 2; 24<sup>70</sup>, 655<sup>25</sup>,  
 | 675  
 > l. 9 § 1; 24<sup>70</sup>, 350<sup>34</sup>,  
 631<sup>41</sup> a, | 681  
 > — § 2; 655<sup>23</sup>, | 675<sup>73</sup>  
 > — § 3; 680<sup>30</sup>  
 > l. 15 § 31 sq.; 118<sup>17</sup>  
 > l. 18 § 15; 23<sup>69</sup>,  
 119<sup>19</sup>, 227<sup>7</sup> b  
 > l. 33 sq.; 293<sup>42</sup> a  
 > l. 45; 595<sup>54</sup>  
 —, 3 de a. et a. pl. l. 1 § 23; 24<sup>70</sup>, 388<sup>43</sup> g,  
 498<sup>36</sup>, 655<sup>24</sup>  
 > l. 2 pr. § 1; 388<sup>43</sup> g  
 > — §§ 3, 4; 388<sup>43</sup> g  
 > — § 5; 24<sup>70</sup>, 388<sup>43</sup> g,  
 655<sup>24</sup>  
 > — §§ 7, 8; 388<sup>43</sup> g  
 > l. 4 § 2; | 149<sup>28</sup>  
 > — § 3; | 142<sup>12</sup> a, 149<sup>28</sup>  
 > l. 21; 121<sup>34</sup>, 420<sup>47</sup>  
 > l. 24 pr. §§ 1, 2; 606<sup>74</sup>  
 > l. 26; 388<sup>43</sup> g  
 —, 5 de donat. l. 27; | 22<sup>67</sup>, 23<sup>69</sup>, 704<sup>2</sup>  
 > l. 33 pr.; 486<sup>4</sup>  
 XL, 1 de manum. l. 5 § 1; 564<sup>32</sup>  
 > l. 8 § 2; 106<sup>91</sup>  
 —, 5 de fideic. libert. l. 37; 564<sup>32</sup>  
 > l. 47 § 2; 564<sup>32</sup>  
 —, 7 de statulib. l. 34 pr.; 112<sup>97</sup>  
 —, 9 qui et a quib. l. 15 pr.; 106<sup>91</sup>  
 —, 12 de lib. causa l. 43; 564<sup>32</sup>  
 XLI, de a. v. a. p. l. 1 § 15; 53<sup>2</sup>, 538<sup>50</sup>  
 > l. 3 § 5; 534<sup>45</sup>, | 534  
 > — § 23; 150<sup>32</sup>  
 > l. 6 § 1; | 198<sup>60</sup>  
 > l. 13 § 7; 538<sup>50</sup>  
 XLI, de a. v. a. p. l. 13 § 9; 417<sup>42</sup>  
 > l. 20; 232<sup>14</sup>  
 > l. 30 § 5; 235<sup>24</sup>  
 > l. 35; 809  
 > l. 36; 538<sup>50</sup>  
 > l. 49 pr.; 57<sup>86</sup>  
 > l. 52 § 1; | 154  
 > — § 2; 154<sup>45</sup>, | 226<sup>7</sup> b,  
 512<sup>2</sup> c, 609  
 —, 3 de usurp. l. 5; | 539<sup>53</sup>  
 > l. 12; 692<sup>20</sup>  
 > l. 16; 533<sup>50</sup>  
 > l. 23 § 2; 258<sup>36</sup>, 538<sup>50</sup>  
 > l. 33 § 4; 539<sup>52</sup>  
 > l. 40; 61<sup>1</sup>  
 —, 4 pro empt. l. 7 § 5; 692<sup>20</sup>  
 XLII, 1 de re iud. l. 4 § 1; 432<sup>77</sup> b  
 > l. 13 § 1; 746<sup>5</sup>  
 > l. 41 § 2; 487<sup>4</sup>  
 —, 2 de conf. l. 6; 409, 809  
 > l. 6 § 1; | 409<sup>28</sup>  
 > — § 2; 5<sup>3</sup>, 147, 405, 406,  
 403<sup>24</sup> d, 25 a, 409<sup>28</sup>, 416,  
 809  
 > l. 7; 564<sup>32</sup>  
 —, 4 quib. ex c. in poss. l. 5 § 3; 21<sup>70</sup>,  
 655<sup>27</sup>, 601<sup>60</sup> f  
 > l. 5 § 4  
 > l. 14 § 2; 12<sup>29</sup>  
 —, 5 de reb. auct. l. 27; 564<sup>32</sup>  
 > l. 31; 808  
 —, 7 de cur. bon. l. 4; 127<sup>51</sup> b  
 —, 8 quae in fraud. cred. l. 1 pr.; 127<sup>51</sup> b,  
 444<sup>10</sup>  
 l. 1 § 1; 127<sup>51</sup> b  
 — § 9; 127<sup>51</sup> b  
 l. 6 § 10; 336<sup>22</sup>  
 — § 14; 127<sup>51</sup> b, | 378<sup>30</sup>  
 l. 10 pr.; 29<sup>62</sup>, 126<sup>51</sup> a, 127<sup>51</sup> b bis,  
 136<sup>23</sup>, 148<sup>16</sup>, 150<sup>31</sup>, 249<sup>8</sup>, 336<sup>22</sup>, 346<sup>19</sup>,  
 362<sup>71</sup>, | 366, 378<sup>27</sup>, 444<sup>10</sup>, 655<sup>29</sup>, 672<sup>61</sup>  
 — § 5; 307<sup>(6)</sup>, | 303  
 — § 9; 150<sup>31</sup>  
 — § 14; 150<sup>30</sup>  
 — § 18; | 378, 378<sup>30</sup>  
 — §§ 19-23, 497<sup>11</sup>  
 l. 10 §§ 19 21; 250<sup>8</sup> a  
 — §§ 19-20; 589<sup>40</sup>  
 — § 20; 589<sup>40</sup>  
 — § 22; 150<sup>30</sup>, 589<sup>40</sup>  
 § 24; | 339, 672<sup>60</sup>  
 — § 25; 68<sup>27</sup>, | 239<sup>27</sup>, 671<sup>59</sup>

- XLII, l. 14; 497<sub>31</sub>  
 l. 25 § 1; 497<sub>31</sub>, 563<sub>29</sub>, | 583.  
 — §§ 4-6; 497<sub>31</sub>  
 — § 4; 150<sub>31</sub>, | 536  
 — § 5; | 586, 587  
 — § 6; | 586
- XLIII, l. de interdictis Rubr. | 705, 711<sub>20</sub>  
 l. 1 pr.; | 29<sub>63</sub>, | 29 72, 623<sub>17</sub>  
 — § 1; | 147, | 202, 203  
 — § 2; | 139  
 — § 3; | 16, 249<sub>5</sub>, | 693  
 — § 4; | 366  
 l. 2 pr.; | 206  
 §§ 1-3; 618  
 — § 1; 25<sub>10</sub>, | 29, | 30, 30<sub>70 73</sub>,  
 | 50<sub>65</sub>, 76<sub>11</sub>, 253<sub>20</sub>, 267<sub>55</sub>, | 754<sub>27</sub>  
 — §§ 2 sq; 624<sub>18</sub>  
 l. 2 § 2; 70, 73, 76<sub>11</sub>, 80<sub>23</sub> c bis  
 — § 3; 23<sub>69</sub>, 27<sub>36</sub>, | 58, | 129, 130,  
 133<sub>12 17</sub>, 136<sub>22 24</sub>, 137<sub>33</sub>, 138<sub>33</sub> c  
 l. 3; | 440, 442<sub>5</sub> a, 443<sub>7</sub>, | 578  
 l. 4; 366<sub>1</sub> a, | 388, 392, 672<sub>60</sub>  
 l. 5; | 332, 338<sub>27</sub> a, 497<sub>31</sub>, 695<sub>33</sub>  
 —, 2 quor. bon. l. 1 pr.; | 7<sub>13</sub>, 85<sub>43</sub>, 144<sub>18</sub>,  
 147<sub>7</sub>, 250<sub>9 12</sub> a  
 „ l. 1 § 1; 1:5<sub>12</sub>  
 „ l. 2; 97<sub>67</sub>
- , 3 quod legat. l. 1 § 2; 135<sub>13</sub>, 147<sub>8</sub>  
 l. 1 § 3; | 47<sub>52</sub>, 68<sub>26</sub>  
 — §§ 4-6; 250<sub>12</sub> b  
 — § 4; 62<sub>4</sub>, 235<sub>22</sub>, 690<sub>13</sub>  
 — § 6; 690<sub>13</sub>  
 — § 7; 14<sub>19</sub>, 147<sub>8</sub>  
 — §§ 8-10; 2:0<sub>10</sub>  
 — § 8; 14<sub>7</sub>, 427<sub>70</sub>  
 — § 9; 24<sub>70</sub>, 147<sub>8</sub>, | 427<sub>71</sub>, 655<sub>27</sub>, 684<sub>97</sub>,  
 690<sub>13</sub>  
 — § 10; | 235<sub>1</sub>, | 305<sub>62</sub>  
 — § 11; | 68<sub>26</sub>  
 — § 13; | 304, 354<sub>15</sub>  
 l. 2 § 2; 147<sub>8</sub>, 497<sub>31</sub>, 506<sub>51</sub>  
 — § 4; | 440, 441, 442<sub>5</sub> a, 690<sub>13</sub>
- , 4 ne vis fiat ei. tit. 666<sub>49</sub> a Rubr. 202<sub>70</sub>  
 l. 1; 298  
 l. 1 pr.; | 113, 150<sub>32</sub>, 295<sub>46</sub>, 297, 298  
 l. 1 § 1; 138<sub>38</sub>, 203<sub>71</sub>  
 — §§ 2, 3; 62<sub>4</sub> a  
 — § 2; 296, 298, 635<sub>51</sub>, 755<sub>30</sub>  
 — § 3; 138<sub>38</sub>, 202<sub>70</sub>  
 — § 4; | 117<sub>7 8</sub>  
 — § 5; 296<sub>47</sub>, 483<sub>52</sub>, 787<sub>51</sub>  
 — § 6; 307<sub>60</sub>

- XLIII, l. 1 § 8; 67<sub>25</sub>, | 117<sub>9</sub>, | 294, 295, 297,  
 299, 300, 368, 371, 635, 662<sub>43</sub>  
 l. 2; 299  
 l. 3; 299, 787  
 — pr.; 6<sub>8</sub>, | 8<sub>21</sub>, 22<sub>69</sub>, 427<sub>69</sub> a, 484<sub>53</sub>,  
 138<sub>38</sub>, 605<sub>70</sub>, 683, 743<sub>97</sub>, 755<sub>30</sub>,  
 762<sub>46 49</sub>, 786<sub>48</sub>, 787<sub>52</sub>.  
 l. 3 § 1; 5<sub>1</sub>, 6<sub>8</sub>, | 8<sub>21</sub>, 23<sub>60</sub>, 216<sub>26</sub> a,  
 427<sub>69</sub> a, 484<sub>53</sub>, 605<sub>70</sub>, | 683, 743<sub>97</sub>,  
 762<sub>46 48</sub>  
 — § 2; 62<sub>4</sub> a, 138<sub>30</sub>, | 202, 269<sub>59</sub>,  
 271<sub>61</sub>, 295, 559<sub>22</sub>, 635<sub>54</sub>, 755<sub>30</sub>  
 l. 4; 202<sub>70</sub>  
 l. 4 pr.; 27<sub>28</sub>, 138<sub>40</sub>  
 — § 1; 118<sub>17</sub>, 262<sub>40</sub>, 296<sub>46</sub> a, 345<sub>6</sub>,  
 362<sub>70</sub>, | 364<sub>86</sub>  
 — §§ 2-4; 227, b  
 § 2; 667<sub>49</sub> b, 787<sub>51</sub>  
 — § 3; | 67<sub>81</sub>  
 § 4; 138<sub>40</sub>, 667<sub>49</sub> b  
 —, 5 de tab. exhib. l. 1 pr.; | 7<sub>14</sub>, 144<sub>20</sub>,  
 | 146<sub>39</sub>, 151<sub>31</sub> b, 256<sub>32</sub>, 260<sub>43</sub>  
 l. 1 § 1, 6<sub>10</sub>, | 404, 405<sub>22</sub>, 408<sub>24</sub> d. 25 27  
 — § 11; 260<sub>43</sub>  
 l. 3 § 2; | 257, 258  
 — § 3; | 257, 690<sub>13</sub>  
 — § 4; | 257, 690<sub>13</sub>  
 — § 6; 441<sub>39</sub>, 61<sub>1</sub>, 615<sub>95</sub>, 690<sub>13</sub>  
 l. 3 §§ 7 sq.; 135<sub>14</sub>  
 — § 8; | 151  
 l. 3 § 9; | 151, 633  
 — §§ 11-13; 497<sub>31</sub>, 590<sub>41</sub>  
 — § 11; 500<sub>51</sub>  
 — § 14; 497<sub>31</sub>  
 — § 15; 497<sub>31</sub>  
 — § 16; | 66<sub>47</sub>, 367, | 373  
 — l. 4; | 307, | 335, 338<sub>27</sub>  
 l. 5; | 359  
 —, 6 ne quid in loco sacro tit.; 754  
 l. 1 § 1; 262<sub>50</sub>  
 — § 3; | 754<sub>20</sub>
- , 7 de loc. et itin. publ. l. 1, | 33<sub>5</sub>, | 399<sub>4</sub>,  
 764<sub>51</sub>  
 l. 3 pr.; 338<sub>43</sub> g
- , 8 ne quid in loco publ. l. 1; | 751<sub>16</sub>  
 l. 2 pr.; 25<sub>13</sub>, 137<sub>28</sub>, | 266, 270, | 273<sub>69</sub>,  
 284, 345<sub>7</sub>, 360, 363<sub>76</sub>, 419<sub>44</sub>, 756<sub>34</sub>  
 — § 2; 32<sub>4</sub>, | 5; | 43, 262<sub>27</sub>, | 640<sub>66</sub> c,  
 | 751<sub>16</sub>  
 — § 3; 272<sub>61</sub>  
 — § 4; 262<sub>48</sub>, 365<sub>57</sub>, 661<sub>40</sub>  
 — § 6; 23<sub>69</sub>, 216<sub>26</sub> a, 262<sub>50</sub>, | 271, 272

XLIII, l. 2 § 7; 262<sup>49</sup>; | 264<sup>52</sup>; 279<sup>81</sup> a, 353<sup>45</sup>  
 | 751<sup>16</sup>  
 l. 2 § 8; 23<sup>89</sup>; 216<sup>26</sup> a, 262<sup>50</sup>  
 — § 9; 279<sup>81</sup> c  
 — § 13; 262<sup>46</sup>; 364<sup>86</sup>  
 — § 14; 262<sup>50</sup>  
 — § 15; 263<sup>50</sup>  
 — § 17; 137<sup>28</sup>; 266, 270, 273<sup>68</sup>; 284<sup>99</sup>  
 419<sup>41</sup>; | 604, 605, 605<sup>66</sup> a, 756<sup>34</sup>  
 757<sup>37</sup>  
 — § 18; | 267, 284<sup>69</sup>; 458<sup>44</sup>; 498<sup>36</sup>  
 | 591, 595<sup>51</sup>; 597 *bis*; 599, 678<sup>82</sup> *bis*  
 — § 19; 25<sup>10</sup>; 253<sup>20</sup>; 284<sup>99</sup>; | 751<sup>16</sup>  
 754<sup>26</sup>  
 — § 20; 25<sup>11</sup>; | 268<sup>59</sup>  
 — § 24; 641<sup>67</sup>  
 — § 26; 262<sup>46</sup>; | 278  
 — § 27; 262<sup>46</sup> 46 a, | 278  
 — § 28; | 36, 262<sup>46</sup> 48; | 278, 364<sup>86</sup>  
 498<sup>36</sup>, 601  
 — § 29; | 279  
 — § 30; 262<sup>48</sup>  
 — § 32; | 274<sup>72</sup>  
 — § 33; 262<sup>46</sup> | 274<sup>72</sup>  
 — § 34; 31<sup>3</sup>; | 35, 39, 36<sup>2</sup>, 395,  
 506<sup>52</sup> 53  
 — §§ 35 sq.; | 369<sup>7</sup>  
 — § 35; | 7<sup>12</sup>; 21<sup>63</sup>; 25<sup>15</sup>; 268<sup>59</sup>; 274,  
 274<sup>71</sup>  
 l. 2 § 36; | 268<sup>59</sup>; 269, 269<sup>60</sup>  
 — §§ 37-42; 250<sup>14</sup>  
 — § 37; | 251, 690<sup>13</sup>  
 — § 38; | 251, 285<sup>6</sup>; 302<sup>54</sup>  
 — §§ 39 sq; 5<sup>1</sup>  
 — § 39; 23<sup>69</sup>; 216<sup>26</sup> a, | 253, 690<sup>13</sup>  
 753<sup>22</sup>  
 — § 40; 456<sup>38</sup>; 458<sup>46</sup>; 607, 690<sup>13</sup>  
 — § 42; 145<sup>23</sup>; 251, | 252, 753<sup>20</sup>  
 — § 43; | 149, | 148, 252<sup>17</sup> a, 441<sup>3</sup>  
 458<sup>46</sup>; 559<sup>23</sup>; 608  
 — § 44; | 36, 39, 366<sup>1</sup> b, 367, 395,  
 506<sup>51</sup> 53  
 — § 45; 21<sup>63</sup>; 26<sup>16</sup>; 669<sup>52</sup>  
 l. 6; | 17<sup>47</sup>; 21<sup>63</sup>; 43, 441<sup>3</sup>  
 l. 7; | 11, 190<sup>59</sup> a. 267, 270, 284<sup>99</sup>  
 419<sup>41</sup>; 464 *bis* | 604, 756<sup>31</sup> *bis* 757<sup>37</sup>  
 —. 9 de loco publ. fruendo;  
 l. l. pr.; 139<sup>47</sup>; 144<sup>16</sup>  
 — § 1; | 62<sup>2</sup>; | 75<sup>16</sup>  
 — § 2; | 43  
 — § 3; 144<sup>16</sup> a  
 —. 10 de via publ. tit.; 641<sup>67</sup>

XLIII, l. 1 § 2; 605<sup>60</sup>  
 —, 11 de via publ. et it. publ.  
 l. l. pr.; 349<sup>27</sup> d, 363<sup>75</sup>  
 — § 2; 247<sup>41</sup>; | 268<sup>51</sup>; 364<sup>85</sup>; 441<sup>3</sup>  
 — § 3; | 33<sup>5</sup>; 36, 39, 45, 368, 369,  
 395, 506<sup>52</sup> 53; 661<sup>40</sup>; 764<sup>55</sup>  
 —, 12 de flumin. l. l. pr.; 261<sup>9</sup>; | 268<sup>59</sup>  
 l. l. § 4; 419<sup>43</sup>  
 — § 6; 466<sup>14</sup>  
 — § 12; 23<sup>69</sup>; 216<sup>26</sup> a, 263<sup>50</sup>; | 602,  
 | 751<sup>16</sup>; 752  
 — § 15; 262<sup>49</sup>  
 — § 16; 82<sup>31</sup>; | 354<sup>17</sup>; 362, 363  
 § 17; 2<sup>160</sup>; 216<sup>26</sup> a  
 — § 18; 23<sup>69</sup>  
 — § 19; | 7<sup>12</sup>; 2<sup>20</sup>; 250<sup>15</sup>; | 268<sup>59</sup>  
 354<sup>17</sup>  
 — § 20; 26<sup>50</sup>; 269<sup>60</sup>  
 — § 21;  
 — § 22; | 251, 458<sup>46</sup>  
 —, 13 ne quid in flum. l. (un) l. pr.; 262<sup>1</sup>  
 | 267<sup>50</sup>; | 377<sup>25</sup> a  
 l. l. § 2; 419<sup>43</sup>  
 — § 3; 262<sup>46</sup>; | 262<sup>46</sup>; | 263<sup>51</sup>  
 — § 4; 262<sup>46</sup>; 264<sup>52</sup>  
 — § 5; 262<sup>46</sup>; 262<sup>46</sup> a  
 — § 6; 83<sup>35</sup>; | 263<sup>51</sup>; 34<sup>3</sup>; | 353,  
 362<sup>5</sup>; 365<sup>87</sup>; 436<sup>87</sup>  
 — § 7; 263<sup>50</sup>  
 — § 8; 262<sup>46</sup>; | 262<sup>46</sup>; | 367<sup>25</sup> b  
 — § 9; | 32<sup>5</sup>; | 254<sup>53</sup> a, 285<sup>6</sup>; 290,  
 | 360, 764<sup>53</sup>  
 — § 10; 265, 235<sup>6</sup>; | 290, 290<sup>31</sup>; 448<sup>17</sup> a  
 — § 11; 7<sup>12</sup>; 26<sup>22</sup>; 250<sup>10</sup>; 264<sup>53</sup> a, 268<sup>58</sup>  
 360, | 377<sup>25</sup> a  
 — § 12; 196<sup>59</sup> a, | 262<sup>46</sup>; 264<sup>53</sup> a,  
 265, | 268, 269<sup>60</sup>; 270, 290  
 — § 13; | 252, 753<sup>21</sup>  
 —, 14 ut in flum. navigare:  
 l. un. § 1; 26<sup>50</sup>  
 — § 2;  
 — § 7; 23<sup>69</sup>; 216<sup>26</sup> a, | 625  
 l. un. § 9; 23<sup>69</sup>; 216<sup>26</sup> a  
 —, 15 de ripa mun.:  
 l. un. pr.; 83<sup>36</sup>; 349<sup>28</sup>; 363<sup>75</sup>  
 — § 6; 23<sup>69</sup>; 419<sup>43</sup>  
 —, 16 de vi. l. l. pr.; 26<sup>25</sup> 26; 249<sup>7</sup>; | 390,  
 425<sup>56</sup>; 672<sup>60</sup>  
 > l. l. pr. § 1; 136<sup>21</sup>  
 > — § 6; 143<sup>15</sup>  
 > — § 7; 354<sup>45</sup>  
 > — § 11; | 337, 425<sup>67</sup>

XLIII, 16 de vi. l. 1 § 12; 249<sub>7</sub>, | 337, 425<sub>65</sub>  
 » — § 13; 441<sub>37</sub>, 506<sub>51</sub>  
 » — § 14 sq.; 695<sub>33</sub>  
 » — § 14; 249<sub>7</sub>, 425<sub>65</sub>, 690<sub>13</sub>  
 » — § 15; | 333, 425<sub>67</sub>  
 » — § 16; | 337  
 » — § 17; 337, 426<sub>68</sub>  
 » — § 18; | 337  
 » — § 19; | 333  
 » — 20; 23<sub>60</sub>  
 » — § 22; 425<sub>64</sub>  
 » — § 24; | 198<sub>60</sub>  
 » — § 29; 165<sub>71</sub> a  
 » — §§ 31-38; 147<sub>10</sub>  
 » l. 1 §§ 31 35; 14<sup>4</sup><sub>15</sub>  
 » — § 35; | 579  
 » — § 36; | 579, 690<sub>13</sub>  
 » — § 39; 346<sub>22</sub>; | 378  
 » — §§ 40-42; 470, 497<sub>31</sub>  
 » — § 40; | 440, 442<sub>5</sub> a, 443<sub>7</sub>,  
 378  
 » — § 41; 497<sub>31</sub>, 506<sub>51</sub>, 578  
 » — § 43; 695<sub>33</sub>  
 » — § 44; | 63  
 » — §§ 45-47; 470  
 » — § 48; | 289<sub>26</sub>, 671<sub>59</sub>  
 » l. 2; 288<sub>25</sub>, 289<sub>26</sub>, 671<sub>59</sub>  
 » l. 3 pr.; | 289<sub>26</sub>, 671<sub>59</sub>, 695<sub>33</sub>  
 » — § 7; 165<sub>71</sub> a  
 » — § 10; 249<sub>7</sub>, 425<sub>65</sub>  
 » — § 12; | 390  
 » — §§ 13 sq.; | 136<sub>21</sub>, 391<sub>45</sub> a  
 » — § 14; 198<sub>60</sub>  
 » — § 15; 26<sub>27</sub>  
 » §§ 15 sq.; 23<sub>60</sub>  
 » — § 17; | 64, 136<sub>24</sub>  
 » — § 18; | 289<sub>26</sub>, 671<sub>59</sub>  
 » l. 4; | 308  
 » l. 6; -97<sub>31</sub>; | 505  
 » l. 7; | 302<sub>53</sub>  
 » l. 8 § 1; 497<sub>31</sub>  
 » l. 9 pr.; | 287<sub>18</sub> b  
 » — § 1; , 591<sub>46</sub>  
 » l. 11; 154<sub>46</sub>; | 157  
 » l. 12; 198<sub>60</sub>, 232<sub>14</sub>  
 » l. 13; | 609  
 » l. 15; 250<sub>8</sub> a, 506<sub>51</sub>; | 583  
 » l. 16; 23<sub>60</sub>; 690<sub>13</sub>  
 » l. 18 pr.; 198<sub>60</sub>, 690<sub>13</sub>  
 » l. 19; 695<sub>33</sub>  
 —, 17 uti poss. l. pr.; 132<sub>6</sub> a, | 140, | 163,  
 168<sub>80</sub> bis, 265<sub>33</sub> b, | 371,

372<sub>18</sub>; | 379, | 380, 396,  
 475, 482, 529, 547, 662<sub>40</sub>,  
 776, 783<sub>41</sub> bis, 791<sub>59</sub>  
 XLIII, 17 uti poss. l. 1 § 1; 173<sub>95</sub>  
 » — §§ 2 sq.; 193<sub>50</sub>, 209<sub>12</sub>  
 » — § 2; 137<sub>33</sub>  
 » — § 3; | 818<sub>41</sub>  
 » — § 4; 5<sub>3</sub>; | 131, 133<sub>7</sub> a,  
 | 751<sub>16</sub>  
 » — § 5; | 392<sub>50</sub>, 791<sub>59</sub>  
 » — § 6; 5<sub>3</sub>; | 131, 137, 776<sub>41</sub> a,  
 780<sub>35</sub> a  
 » — § 8; 781<sub>35</sub> a  
 » — § 9; 791<sub>59</sub>  
 » l. 2; 791<sub>59</sub>  
 » l. 3 pr.; 173<sub>95</sub>; | 534, 539,  
 791<sub>59</sub>  
 » — § 1; | 208, 758<sub>40</sub>  
 » — § 2; | 154, 268, 219<sub>34</sub>,  
 263<sub>50</sub>  
 » — § 3; 154<sub>46</sub>, 219<sub>34</sub>, 232<sub>14</sub>,  
 | 235<sub>22</sub>, 262<sub>50</sub>  
 » — § 4; 219<sub>34</sub>, 263<sub>50</sub>; | 280  
 » — § 5; 23<sub>60</sub>, 281<sub>67</sub>, 365<sub>88</sub>  
 » — § 6; 23<sub>60</sub>, 281<sub>67</sub>, 441<sub>3</sub>  
 » — § 7; 173<sub>95</sub>, 211<sub>18</sub>; | 233,  
 335  
 » — § 9; 262<sub>50</sub>; | 276  
 » — § 11; | 504, 506<sub>52</sub>, 517<sub>13</sub>,  
 525<sub>33</sub> 34, 527<sub>38</sub>, 774, 776<sub>41</sub> a,  
 781<sub>35</sub> a, 818<sub>41</sub> bis  
 » l. 4; | 214, 758<sub>40</sub>  
 —, 18 de superfic. l. 1 pr.; 5<sub>1</sub>, 119<sub>90</sub>, 137<sub>33</sub> a,  
 | 210<sub>16</sub>, 682<sub>94</sub>  
 » l. 1 § 2; 22<sub>67</sub>, 61<sub>99</sub>, 137<sub>33</sub> a,  
 | 210, 548, | 73, 758<sub>40</sub>  
 » — § 3; 682<sub>94</sub>  
 » — § 4; 210<sub>15</sub>  
 » — § 6; 682<sub>94</sub>  
 » — § 9; 23<sub>60</sub>, 216<sub>26</sub> a  
 —, 19 de it. actuoq. priv.:  
 l. 1 pr.; 27<sub>35</sub>, 424<sub>59</sub>  
 l. 1 § 2; 139<sub>42</sub>; | 140, 381<sub>34</sub>, 442<sub>5</sub> a, | 6  
 — § 3; —380, 442<sub>4</sub>, 443<sub>9</sub>  
 — § 4; | 424, | 574, 577, 772  
 — § 8; 120<sub>27</sub>  
 — §§ 9 sq.; 382<sub>25</sub>  
 — § 9; 178<sub>61</sub>; | 430  
 — § 10; | 430, 438<sub>96</sub>, 484<sub>55</sub>  
 — § 11; 23<sub>60</sub>; | 344, 347<sub>22</sub>  
 441<sub>3</sub>  
 — § 12; 139<sub>42</sub>, 203<sub>76</sub>

XLIII, 19 de it. actug. priv.:

- l. 2; 139<sup>42</sup>, 203<sup>76</sup>
- l. 3 § 2; 23<sup>60</sup>, 247<sup>41</sup> | 301
- § 3; 506<sup>32</sup>, 776<sup>24</sup> a, 780, 781<sup>35</sup> a ter, 783<sup>44</sup>
- § 5; 23<sup>60</sup>, | 154, 262<sup>50</sup>
- §§ 6-10; 23<sup>60</sup>, 136<sup>17</sup>
- § 6; | 59<sup>92</sup>, 216<sup>26</sup> a
- § 7; | 59<sup>95</sup>
- § 8; | 59<sup>94</sup>
- § 9 | 59<sup>93</sup>
- § 10; | 59<sup>96</sup>
- § 11; 27<sup>37</sup>, | 76, | 143, | 360<sup>62</sup> a, 742<sup>93</sup>
- l. 3 § 13; | 76, 79<sup>21</sup>, 139<sup>43</sup>, | 143, | 575, 629<sup>36</sup>
- § 14; | 77, 629<sup>36</sup>
- l. 4 pr. | 156, 278<sup>80</sup>, 677<sup>78</sup>
- § 1; 247<sup>41</sup>, 263<sup>51</sup>, 278<sup>80</sup>, 364<sup>85</sup>
- l. 5 pr.; 278<sup>80</sup>
- § 1; 247<sup>41</sup>, 278<sup>80</sup>, 364<sup>85</sup>
- § 2; 58<sup>80</sup>, 59<sup>91</sup>, 139<sup>43</sup>, | 300
- § 3; 23<sup>60</sup>
- § 4; 360<sup>62</sup> b
- , 20 de aq. cott. l. 1 pr.; 27<sup>38</sup>, | 202
- > — § 1; 139<sup>44</sup>, | 202, 269<sup>50</sup>, 271<sup>61</sup>
- > — § 3; | 217<sup>29</sup>
- > — § 4; 141<sup>8</sup>
- > § 15; | 154, 247<sup>41</sup>, | 263<sup>51</sup>, | 264<sup>53</sup>, 364<sup>85</sup>
- > §§ 17 sq.; 677<sup>78</sup>
- > § 17; | 154, 247<sup>41</sup>
- > § 18; | 155, 247<sup>41</sup>
- > § 20; 139<sup>44</sup>, 141<sup>8</sup>, 203<sup>71</sup>
- > § 22; 141<sup>8</sup>, 441<sup>3</sup>
- > — § 23; 139<sup>44</sup>, 141<sup>8</sup>, | 155, 263<sup>50</sup>, | 591<sup>46</sup>
- > l. 1 § 24; 23<sup>60</sup>, 139<sup>44</sup>, 141<sup>8</sup>
- > — § 25; | 155, 262<sup>46</sup> 50
- > — § 26; | 215, 220, 758<sup>40</sup>
- > — § 27; 247<sup>41</sup>, 216, 429<sup>72</sup>, 655<sup>24</sup>
- > — § 28; 360<sup>62</sup>
- > — § 29; 27<sup>39</sup>, | 58, 136<sup>18</sup>, 382<sup>36</sup>, 653, 688<sup>4</sup>
- > — § 32; | 141, | 382
- > — § 33; | 141, | 382
- > — § 34; | 141, | 382, 441<sup>3</sup>, bis 444<sup>9</sup>
- > — § 35; 23<sup>60</sup>, 216<sup>26</sup> a, 383<sup>36</sup> b, 427<sup>60</sup> b

XLIII, 20 de aq. cott.:

- l. 1 § 36; 23<sup>60</sup>, 383<sup>36</sup> b
- > — § 37; 23<sup>60</sup>, 273<sup>38-40</sup>, | 58, 135<sup>17</sup>, 136<sup>18</sup>, 688<sup>4</sup>
- > — § 38; 27<sup>41</sup>, | 72<sup>18</sup>, 139<sup>48</sup>
- > — § 42; 656<sup>32</sup>
- > — § 43; | 66<sup>20</sup>
- > § 44; | 78<sup>19</sup>, 79<sup>22</sup>, 629<sup>35-37</sup>
- > l. 3 § 4; 388<sup>43</sup> g
- > — § 5; 216
- > l. 4; 216
- > l. 7; 595<sup>54</sup>, 780<sup>35</sup> a ter
- , 21 de riv. l. 1 pr.; 139<sup>45</sup>, 349<sup>29</sup>, 363<sup>75</sup>, 382<sup>36</sup> a
- > l. 1 § 10; 677<sup>78</sup>
- > — § 11; | 155, 247<sup>41</sup>, 264<sup>52</sup>, 364<sup>85</sup>
- > l. 3 pr.; 247<sup>41</sup>
- > — § 1; 677<sup>78</sup>
- > — § 2; 23<sup>60</sup>
- > — § 3; 23<sup>60</sup>
- > — § 6; 23<sup>60</sup>, 216<sup>26</sup> a, | 677<sup>79</sup>
- > — § 7; 23<sup>60</sup>, | 59, 136<sup>19</sup>, 216<sup>26</sup> a
- > — § 8; 159<sup>56</sup>, 263<sup>51</sup>, 356<sup>51</sup> b
- > — § 10; 263<sup>50</sup>, 278<sup>80</sup>, 677<sup>78</sup>
- , 22 de fonte, l. 1 pr.; 27<sup>43</sup>, 139<sup>46</sup>, 348<sup>27</sup>
- > l. 1 § 1; | 155
- > — § 2; | 155, 262<sup>48</sup>
- > — § 5; 156
- > — § 6; 27<sup>44</sup>, 139<sup>46</sup>, 349<sup>30</sup>, 363<sup>75</sup>
- > — §§ 6 sq.; 59<sup>90</sup>
- > — § 11; | 59, 136<sup>19</sup>
- , 23 de cloac. l. 1 pr.; 27<sup>45</sup>, | 119<sup>23</sup>, 137<sup>30</sup>, 350<sup>35</sup>, 438<sup>93</sup>
- > l. 1 § 5; 751<sup>16</sup>
- > — § 7; 43<sup>37</sup> a, 120<sup>38</sup>, 350<sup>35</sup>
- > — § 8; 23<sup>60</sup>
- > l. 1 § 9; 23<sup>60</sup>, | 155, 429<sup>71</sup> f, 751<sup>16</sup>
- > — § 13; 159<sup>57</sup>, 263<sup>51</sup>, 356<sup>51</sup> b
- > — § 14; 350<sup>35</sup>, 438<sup>93</sup>
- > — § 15; 28<sup>46</sup>, 145<sup>21</sup>, 148<sup>22</sup>, 250<sup>17</sup>, | 269<sup>50</sup>
- > l. 2; 23<sup>60</sup>, 428<sup>71</sup> d, 751<sup>16</sup>
- , 24 quod vi aut clam.:
- l. 1 pr.; 136<sup>25</sup>, 254<sup>21</sup>, 346<sup>19</sup>, 378<sup>28</sup>, 444<sup>10</sup>
- § 2; 121<sup>31</sup>, 690<sup>13</sup>
- § 3; 121<sup>32</sup>, | 358, 362<sup>66</sup>
- § 2; 160<sup>58</sup>
- l. 2; 695<sup>33</sup>



## XLIII, 24 quod vi aut clam.:

- l. 3 pr.; 695<sub>33</sub>  
 — § 1; 357<sub>53</sub>  
 — § 2; | 357  
 — § 4; | 357  
 — § 10; | 17<sub>48</sub>  
 l. 4; | 313<sub>75</sub>  
 l. 5 § 1; 420<sub>46</sub>  
 — § 5; | 54<sub>70</sub>  
 — § 6; | 54<sub>77</sub>  
 — §§ 8 sq.; | 672<sub>33</sub>  
 — § 8; | 254, 255 | 286<sub>17</sub> | 338  
 — § 9; 286<sub>17</sub>  
 l. 5 § 11; | 254, 255, 313<sub>75</sub>, | 339,  
 342 *bis*  
 — § 12; | 254, 255, 313<sub>74</sub>, | 74 | 314<sub>77</sub>  
 316, 331  
 — § 13; | 25<sub>28</sub>  
 — § 14; | 254  
 l. 6; 254<sub>25</sub>, 690<sub>13</sub>  
 l. 7 pr.; 149<sub>27</sub> | 255, 497<sub>31</sub>, 690<sub>13</sub>  
 — § 1; 23<sub>69</sub>, 149<sub>27</sub>, | 333, 441<sub>3</sub> *bis*,  
 443<sub>31</sub>, 497<sub>31</sub>  
 — § 2; 690<sub>13</sub>  
 — §§ 3 sq.; | 362<sub>66</sub>  
 — § 3; | 357, 497<sub>31</sub>  
 — § 4; 55<sub>75</sub>, | 358, 474<sub>33</sub>, | 499  
 — § 5; 690<sub>13</sub>  
 — § 6; 149<sub>26</sub>  
 — § 7; 55<sub>79</sub>  
 — § 8; | 150<sub>38</sub>, 634<sub>50</sub>  
 — §§ 9, 10; 690<sub>13</sub>  
 l. 9 §§ 2, 3; 690<sub>13</sub>  
 l. 11 pr.; 690<sub>13</sub>  
 — § 1; 37, 690<sub>13</sub>  
 — § 3; 690<sub>13</sub>  
 — § 4; | 142<sub>13</sub>, 150<sub>28</sub>, | 506<sub>51</sub>  
 l. 11 § 6; 23<sub>69</sub>, 53<sub>71</sub>, 682<sub>34</sub>, 690<sub>13</sub>  
 — § 7; 253<sub>19</sub>, | 340<sub>31</sub>  
 — § 10; 55<sub>79</sub>, 506<sub>51</sub>  
 — § 12; 55<sub>79</sub>, 506<sub>51</sub>  
 — § 14; 55<sub>79</sub>, 500<sub>38</sub> *d*, 506<sub>51</sub>  
 l. 12; | 46<sub>48</sub>, 506<sub>51</sub>  
 l. 13 § 1; | 51<sub>67</sub>, 55<sub>78</sub>, 424<sub>59</sub> *a*  
 — § 2; 52<sub>69</sub>, | 53, 424<sub>59</sub> *a*  
 — § 3 sq.; | 55<sub>79</sub>  
 — § 3; 506<sub>51</sub>  
 — § 4; 506<sub>51</sub>  
 — § 5; | 48<sub>51</sub>, | 55, 56<sub>38</sub> *b*, 66<sub>17</sub>  
 — §§ 6 sq.; | 254<sub>25</sub>  
 — § 6; 341<sub>35</sub>

## XLIII, 24 quod vi aut clam.:

- § 7; 149<sub>27</sub>, | 255, 341<sub>35</sub>, 497<sub>31</sub>  
 690<sub>13</sub>  
 l. 14; 142<sub>12</sub> *a*, 149<sub>27</sub>, 150<sub>28</sub>, 254<sub>25</sub>,  
 | 255, 339<sub>28</sub>, 340<sub>32</sub>, 497<sub>31</sub>  
 l. 15 pr.; 149<sub>27</sub>, | 255  
 — §§ 1 sq.; 149<sub>26</sub>  
 — § 1; 149<sub>27</sub> *bis*, 690<sub>13</sub>  
 — § 2; 254<sub>25</sub>  
 — § 3; | 286<sub>17</sub>, 672<sub>62</sub>  
 — §§ 4-6; 367<sub>3</sub>, 378<sub>23</sub>, 444<sub>10</sub>  
 l. 15 §§ 4 sq.; 346<sub>19</sub>  
 — § 4; | 379  
 — § 5; 120<sub>29</sub>, | 344, | 430  
 — §§ 7-9; 55<sub>80</sub>  
 §§ 7 sq.; 347<sub>27</sub>  
 — § 7; | 149, 497<sub>1</sub>, 506<sub>51</sub>,  
 — § 8; 497<sub>31</sub>, 506<sub>51</sub>, 591<sub>46</sub>  
 — §§ 9-11; 503<sub>47</sub> *b*  
 — § 9; 506<sub>51</sub>, | 584  
 § 10; 497<sub>31</sub>, | 584  
 — § 11; 497<sub>31</sub>, | 584  
 — § 12; 55<sub>81</sub>, 506<sub>51</sub>  
 l. 16 pr.; | 136<sub>25</sub>, 500<sub>38</sub> *d*, 506<sub>51</sub>  
 — § 1; 37<sub>22</sub>, 506<sub>51</sub>  
 — § 2; 254<sub>27</sub>, | 255, 497<sub>31</sub>  
 l. 17; | 51<sub>68</sub>, 55<sub>78</sub>, 424<sub>59</sub> *a*  
 l. 18 pr.; 690<sub>13</sub>  
 l. 19; 5<sub>78</sub>  
 l. 20 § 1; 160<sub>58</sub>  
 — § 2; 357<sub>53</sub>  
 l. 21 pr.; 497<sub>31</sub>, | 549<sub>3</sub>  
 — § 1; 340<sub>32</sub>, 690<sub>13</sub>  
 l. 22 § 2; 149<sub>25</sub>, | 353, 362<sub>72</sub>, 497<sub>31</sub>,  
 500<sub>38</sub> *e*, 506<sub>51</sub>  
 — § 3; 690<sub>13</sub>  
 — § 4; 5<sub>74</sub>, 53<sub>74</sub>, | 423, 456<sub>38</sub>  
 —, 25 de remission. l. 1 pr.; 28<sub>48</sub>, 121<sub>35</sub>,  
 137<sub>26</sub>  
 —, 26 de prec. l. 2 pr.; | 7<sub>12</sub>, 144<sub>21</sub>, 148<sub>31</sub>,  
 250<sub>13</sub>, 730<sub>53</sub>  
 » l. 4 § 2; 690<sub>13</sub>  
 » — § 3; 122<sub>38</sub> 39, 420<sub>49</sub>  
 » l. 6 § 1; |  
 » — § 4; 122<sub>38</sub> 39, 420<sub>49</sub>  
 » l. 8 pr.; 138<sub>41</sub>, | 303  
 » — § 1; | 65  
 » — § 2; | 65<sub>2</sub>  
 » — § 3; 632<sub>45</sub>  
 » — §§ 4-7; 497<sub>31</sub>  
 » — § 4; | 440, 442<sub>5</sub> *a*, 443<sub>7</sub>,  
 497<sub>31</sub>, 506<sub>51</sub>, | 578, 582<sub>23</sub>

XLIII, 26 de prec. :

- > l. 8 pr. § 6; | 440, 442<sub>2</sub> a, 443<sub>2</sub>, 580<sub>21</sub>
- > — § 7; 367, 396
- > — § 8; | 286<sub>14</sub>, 238<sub>20</sub>, 289<sub>28</sub>, 673<sub>15</sub>, 690<sub>13</sub>
- > l. 12 pr.: 358<sub>38</sub> a
- > — § 1; | 65, | 285<sub>10</sub>
- > l. 13; 690<sub>13</sub>
- > l. 15 § 4; 258<sub>35</sub> b, | 537, 538<sub>30</sub>, bis
- > l. 17; 791<sub>39</sub>
- > l. 18; 138<sub>41</sub>
- > l. 19 pr.; 537<sub>48</sub>, 542<sub>62</sub>
- > l. 22 pr. § 1; 690<sub>13</sub>

—, 27 de arb. caed. :

- l. 1 pr.; 28<sub>32</sub>, | 123<sub>41</sub>, 136<sub>20</sub>, 679<sub>87</sub>
- § 4; 23<sub>20</sub>, 119<sub>24</sub>, | 123<sub>41</sub>, 216<sub>26</sub> a, 263<sub>30</sub>, 631<sub>42</sub>
- § 7; 28<sub>33</sub> | 123<sub>41</sub>, 136<sub>20</sub>, 679<sub>87</sub>

—, 28 de glande leg. l. un. pr.; | 123<sub>42</sub>, 136<sub>21</sub>

—, 29 de hom. lib. exh.;

- l. 1 pr.; 151<sub>31</sub> a, 257<sub>34</sub>
- § 1; | 45, | 602<sub>62</sub>, | 617
- l. 3 pr.; | 45, | 617
- § 1; | 626
- § 2; 258<sub>30</sub>, 690<sub>13</sub>
- § 3; 258<sub>30</sub>, 626<sub>23</sub>, 690<sub>13</sub>
- § 4; 258<sub>30</sub>
- § 5; 258<sub>30</sub>, 359<sub>41</sub>
- § 6; 258<sub>30</sub>
- § 7; | 83, 258<sub>10</sub>, 618<sub>2</sub>, 623<sub>14</sub>
- § 8; | 151
- §§ 10-12; 45<sub>14</sub>
- § 10; 46, 436<sub>89</sub>
- § 11; 33<sub>6</sub>, 46
- § 12; 34<sub>7-8</sub>, 46, 436<sub>88</sub>
- l. 3 § 13: 41<sub>31-32</sub>, | 46<sub>44</sub>, 359<sub>58</sub> b, 430<sub>75</sub>, 436<sub>86</sub>, | 455, 456, 458<sub>46</sub>, 497<sub>31</sub>, 507<sub>38</sub>, | 601, 602<sub>63</sub>, 605
- § 14; | 17<sub>18</sub>, 399<sub>3</sub>
- § 15; 367, 395
- l. 4 pr.; 258<sub>30</sub>
- § 1; 258<sub>30</sub>, 690<sub>13</sub>
- § 2; 258<sub>30</sub>, 417<sub>30</sub> a, | 477<sub>40</sub>, 591<sub>42</sub>

—, 30 de lib. exh. l. 1 pr.; 23<sub>50</sub>, 77<sub>16</sub>, 144<sub>22</sub>,

- 151<sub>31</sub> a, 256<sub>33</sub>, 260<sub>11</sub>
- l. 1 § 1; | 77, 622<sub>10</sub>
- § 2; | 152<sub>33</sub>
- § 3; | 359
- § 4; 5<sub>1</sub>, | 359, 456<sub>38</sub>, | 700<sub>40</sub>

XLIII, 30 de lib. exh.:

- l. 3 pr.; 21<sub>64</sub>, 28<sub>57</sub>, 77<sub>16</sub>, 201<sub>68</sub>, 437<sub>90</sub>
- § 1; 48<sub>55</sub>, | 77, 201<sub>68</sub>, 627<sub>24</sub>
- § 3; , 259<sub>42</sub> a
- § 4; | 78, 437<sub>90</sub>, 627
- § 5; | 77<sub>17</sub>, 258<sub>38</sub> b
- § 6; | 437<sub>91</sub>
- l. 5; | 259<sub>42</sub>, 260<sub>42</sub> a, 441<sub>3</sub>, 622<sub>10</sub>
- , 31 utrobi l. 1 (un); 538<sub>50</sub>
- , 32 de migr. l. 1 pr.; 137<sub>32</sub>
- > l. 1 § 1 sq.; c<sub>3</sub>, 762<sub>46</sub>
- > — § 1; | 683, 743<sub>77</sub>
- > l. 1 § 2; 8<sub>21</sub>, 605<sub>70</sub>, 683, 753<sub>51</sub>, 786<sub>48</sub>, , ter
- > — § 3; 23<sub>69</sub>, 216<sub>26</sub> a
- > — § 4; 262<sub>19</sub>, 441<sub>3</sub>
- > — § 5; 124<sub>45</sub>, 125<sub>46</sub> a
- > — § 6; | 66<sub>21</sub>, | 292, | 368, 371, 445<sub>11</sub>, 662<sub>40</sub>
- , 33 de Salv. interd. l. 1 pr.; 125<sub>48</sub>
- l. 1 § 1; 125<sub>48</sub>, 133<sub>7</sub>, 136<sub>22</sub>, 218, 219
- l. 2; 125<sub>48</sub>, 218, 219

XLIV, 1 de except. l. 13; 361<sub>63</sub>

- > l. 14; 361<sub>63</sub>
- > l. 16; 361<sub>63</sub>
- > l. 18; 361<sub>63</sub>
- , 2 de exc. rei iud. l. 1; | 614<sub>14</sub>
- l. 2; 364<sub>81</sub>
- l. 9 § 2; 364<sub>82</sub>, 563<sub>20</sub>
- l. 11 § 3; 361<sub>63</sub>
- l. 14 § 3; 576<sub>13</sub> a

—, 3 de div. temp. praescr. l. 1; 378<sub>20</sub>

- > l. 11; | 285<sub>14</sub>
- , 4 de dol. m. exc. l. 4 § 17; 310<sub>71</sub>
- > l. 4 § 23; 309<sub>70</sub>
- > l. 5 § 2; 361<sub>63</sub>
- > l. 8 pr.; 770<sub>42</sub>
- > l. 17 § 2; 439<sub>90</sub>

—, 6 de litig. l. 2; | 340<sub>32</sub>

- , 7 de O. et A. l. 3 § 5; 5<sub>1</sub>
- > l. 9; | 50<sub>67</sub>, 52<sub>69-71</sub>, 54<sub>78</sub> bis, 424<sub>20</sub> a
- > l. 15; 362<sub>60</sub>
- > l. 35 pr.; 5<sub>1</sub>, | 289<sub>26</sub>, | 393<sub>75</sub>, 394
- > — § 1; 309<sub>69</sub>
- > l. 37 pr.; 5<sub>1</sub>
- > — § 1; 5<sub>1</sub>, 208<sub>20</sub> a, 758<sub>40</sub>
- > l. 52 § 6; | 690, 691<sub>14</sub>, 693

- XLV, 1 de V. O. l. 1 § 3; 501<sup>45</sup>  
 » l. 4 § 1; 462<sup>4</sup>  
 » l. 38 pr.; 447<sup>16</sup>  
 » l. 49 pr.; 310<sup>71</sup>  
 » l. 52 pr.; 353<sup>44</sup> | 478<sup>42</sup> a  
 » l. 71; 462<sup>4</sup>  
 » l. 75 § 4; 518<sup>14</sup> a  
 » — § 9; 518<sup>14</sup> a  
 » l. 82 § 2; 134<sup>3</sup>  
 » l. 85 § 3; 462<sup>4</sup>  
 » l. 91 § 3; 580<sup>20</sup>  
 » — § 5; 310<sup>71</sup>  
 » l. 115 pr.; 475<sup>34</sup>  
 » l. 126 § 2; | 328<sup>100</sup>  
 » l. 137 § 7; 462<sup>4</sup>  
 —, 2 de duob. reis l. 18; 310<sup>71</sup>  
 —, 3 de stip. serv. l. 18 § 1; 501<sup>45</sup>  
 XLVI, 1 de fideiuss. l. 21 pr.; | 99<sup>73</sup> 100,  
 101<sup>82</sup>  
 » l. 28; 362<sup>69</sup>  
 » l. 36; 487<sup>4</sup>  
 » l. 39; 487<sup>4</sup>  
 » l. 41 § 1; 497<sup>4</sup>  
 » l. 55 § 3; | 40<sup>28</sup>  
 —, 2 de novat. l. 29; 442<sup>5</sup>  
 —, 3 de solut. l. 40; 24<sup>70</sup>, 118<sup>12</sup>, 227<sup>7</sup> b, 296<sup>46</sup> a,  
 | 428<sup>71</sup> c, 655<sup>28</sup>  
 » l. 95 § 11; 487<sup>4</sup>  
 —, 4 de acceptil. l. 18 § 1; 252<sup>18</sup>  
 —, 5 de stip. praet. l. 1 § 10; | 353<sup>44</sup> 478<sup>42</sup> a  
 » l. 2 § 2; 449<sup>22</sup>  
 —, 7 iud. solvi. l. 3 pr.; 18; | 53  
 » l. 8; 19; | 58  
 » l. 13 § 1; 19<sup>59</sup>  
 » l. 19 § 2; 45<sup>233</sup>  
 » l. 20; 18; | 54; 19<sup>59</sup>  
 XLVII, 1 de priv. del. l. 3; | 818<sup>41</sup>  
 —, 2 de furt. l. 9 § 1; 417<sup>42</sup>  
 » l. 14 § 11; 442<sup>5</sup> a, 443<sup>7</sup> | 580  
 » l. 29; 680<sup>88</sup>  
 » l. 38; 507<sup>57</sup> a  
 l. 52 § 2; 690<sup>13</sup>  
 —, 3 de tigno iuncto l. 1 § 2; 680<sup>88</sup>  
 —, 8 vi bon. l. 2 § 1; 615<sup>95-97</sup> 815<sup>37</sup>  
 » l. 3; 444<sup>10</sup>  
 » l. 4 pr.; 444<sup>10</sup>  
 » — § 8; 444<sup>10</sup>  
 —, 9 de incend. l. 1 pr.; 444<sup>10</sup>  
 » l. 3 § 7; 502  
 » l. 7; 442<sup>5</sup>  
 —, 10 de iniur. l. 1 § 6; 56<sup>83</sup> c  
 » l. 4; 646<sup>85</sup>
- XLVII, 10 de iniur. :  
 » l. 5 § 8; 612<sup>80</sup> a  
 » l. 7 § 1: 615<sup>94-95</sup> | 96 | 616,  
 617<sup>4</sup>, 815<sup>37</sup>  
 » l. 13 § 7; 670<sup>54</sup>  
 » l. 14; 23<sup>39</sup> | 154, 216<sup>28</sup> a,  
 262<sup>20</sup>  
 » l. 15 § 25; 462<sup>4</sup>  
 » l. 17 § 10; 52<sup>71</sup> a  
 » — § 12; | 52  
 » — § 13; | 52<sup>72</sup>  
 » — § 14; 53<sup>74</sup>  
 » — § 22; 53<sup>74</sup>  
 » l. 35; 809  
 —, 12 de sepulchro viol. :  
 l. 3 pr.; | 34<sup>8</sup>  
 — § 9; 640<sup>66</sup> c  
 — § 10; 41<sup>30</sup>, 455<sup>37</sup> a  
 l. 3 § 12; 640<sup>66</sup> c  
 —, 14 de abig. l. 1 § 4; | 818<sup>41</sup>  
 —, 15 de praevar. l. 3 § 1; 457<sup>40</sup>  
 —, 17 de fur. balu l. 2; 818<sup>41</sup>  
 —, 23 de pop act. l. 1; | 31<sup>2</sup>  
 » l. 2; | 34<sup>7</sup>, 436<sup>88</sup>  
 » l. 3 pr.; | 41<sup>30</sup>  
 » — § 1; | 34<sup>8</sup>  
 » l. 4; | 33<sup>6</sup>  
 » l. 5; | 20<sup>61</sup>  
 » l. 6; | 33<sup>6</sup>, 640<sup>66</sup> c  
 » l. 7 pr.; 40<sup>27</sup>  
 » — § 1; | 20<sup>62</sup>  
 » l. 8; | 394  
 XLVIII, 1 de publ. iud. l. 4; | 615, 815<sup>37</sup>  
 —, 2 de accus. l. 3 § 4; 456<sup>30</sup>,  
 » l. 8 sqq.; 34<sup>6</sup>  
 » l. 11 § 2; | 456<sup>39</sup>, 457<sup>42</sup>  
 » l. 15; 615<sup>37</sup>  
 —, 5 ad leg. Iul. de adult. :  
 l. 2 § 4; 613<sup>30</sup>  
 — § 7; 613<sup>90</sup>  
 l. 12 § 3; 611<sup>85</sup>  
 l. 16 (15) § 7; 613<sup>30</sup>  
 l. 18 (17); 501<sup>41</sup>  
 —, 7 ad leg. Iul. de vi priv. l. 1 pr.; 614<sup>33</sup>  
 —, 16 ad Sc. Turpill. :  
 l. 1 §§ 7, 9, 10, 14; 456<sup>39</sup>  
 l. 4 pr.; 456<sup>39</sup>  
 l. 6 pr. §§ 1 sq.; 456<sup>39</sup>  
 l. 10 pr.; 456<sup>39</sup>  
 l. 13, 14; 456<sup>39</sup>  
 l. 15 pr. §§ 3, 4, 5; 456<sup>39</sup>  
 —, 19 de poen. l. 38 § 10; | 801, 802, 812

- XLIX, 1 de app. l. 1 § 1; 729<sub>54</sub>  
 > l. 21 § 3; 729<sub>53</sub>  
 —, 2 a quib. app. l. 2; 807<sub>16</sub> *c*  
 —, 3 quis a quo app. l. 1 pr.; 807<sub>16</sub> *c*  
 > l. 3; 807<sub>16</sub> *c*  
 —, 4 quando app. l. 3; 729<sub>54</sub>  
 —, 5 de app. recip. l. 7 pr.; 739<sub>78</sub>  
 > l. 7 § 1; 692<sub>22</sub>  
 —, 14 de I. F. l. 1 § 2; 95<sub>61</sub> *a*  
 > l. 49; 106<sub>91</sub>  
 L, 1 ad munic. l. 26 pr.; | 7<sub>18</sub>  
 > l. 26 § 1; 13<sub>31</sub>, | 14<sub>38</sub>  
 —, 8 de adm. rer. ad civ. pertin. l. 5 § 1  
 (l. 3 § 2); 309<sub>60</sub>  
 —, 9 de decret. ab ord. l. 6; 462<sub>4</sub>  
 —, 10 de op. publ. l. 2 § 2; 4<sub>2</sub> *b*, 10<sub>26</sub>  
 —, 13 de extraord. cogn. l. 1; 809<sub>24</sub>  
 > l. 1 § 9; 809<sub>24</sub>  
 > l. 1 § 14; 809  
 —, 16 de V. S. l. 6 § 1; 405<sub>9</sub>  
 > l. 7; | 471<sub>25</sub>  
 > l. 12 pr.; | 20<sub>62</sub>, 40<sub>69</sub>  
 > l. 22; 152<sub>28</sub>, | 590  
 > l. 63; | 257  
 > l. 67 § 1; 501<sub>45</sub>  
 > l. 81; | 150  
 > l. 122;  
 > l. 131 § 1; 563<sub>29</sub>  
 > l. 156; | 376<sub>24</sub>  
 > l. 178 pr.; 552<sub>7</sub> *a*  
 > l. 195 § 3; | 338  
 > l. 198; 808  
 > l. 199; 810  
 > l. 246 pr.; 586. | 586<sub>33</sub>  
 > — § 1; | 586  
 —, 17 de R. I. l. 38; | 287<sub>18</sub> *a*  
 > l. 58; 563<sub>29</sub>  
 > l. 94; 563<sub>29</sub>  
 > l. 102 pr.; 12<sub>20</sub>, | 465 *bis*  
 > l. 111 § 1; 563<sub>29</sub>  
 > l. 121; 462<sub>1</sub>  
 > l. 131; 451, | 451<sub>30</sub> *b*  
 > l. 152 §§ 1 sq.; 249<sub>7</sub>, 425<sub>66</sub>  
 > l. 155 § 1; | 197<sub>59</sub> *b*  
 > l. 157 pr.; | 340<sub>31</sub>  
 > l. 157 § 1; 145<sub>24</sub>, 225<sub>5</sub>,  
 | 253<sub>19</sub>, 584<sub>26</sub>, 753<sub>23</sub>  
 > l. 169 pr.; | 340<sub>31</sub>  
 > l. 173 § 1; | 585<sub>31</sub>  
 > — § 3; 770<sub>12</sub>  
 > l. 198; | 308

*Institutiones.*

- I, 10 de nupt. § 12; 462<sub>4</sub>  
 —, 20 de Atil. tut. § 3; 807<sub>17</sub>, 810<sub>24</sub> *a*  
 —, 23 de curat. § 6 (ult.);  
 II, 6 de usuc. § 13; 526<sub>35</sub>  
 —, 8 quib. alien. § 2; 680<sub>88</sub>  
 —, 23 de fideic. hered. § 1; 4<sub>2</sub> *b*, | 10<sub>26</sub>  
 III, 15 de V. O. § 7; 462<sub>4</sub>  
 —, 18 de divis. stip. § 1; 593<sub>51</sub> *bis*  
 —, 29 quib. mod. obl. toll. § 2; 252<sub>18</sub>  
 IV, 6 de act. § 7: |  
 > § 11; 403<sub>11</sub>  
 > § 31; 516<sub>10</sub>, | 607  
 > § 33; 418<sub>42</sub>  
 > § 33 *a*; | 419<sub>42</sub>  
 —, 8 de nox. act. § 7; 334<sub>13</sub>  
 —, 11 de satisd. § 2; 804<sub>8</sub>  
 —, 12 de perp. et temp. act. § 1; 563<sub>30</sub>  
 —, 13 de except. § 11; 34<sub>6</sub>  
 —, 14 de replic. § 4; 363  
 —, 15 de interd. *tit.*; 742, pr.; 624<sub>18</sub>, | 704,  
 | 741<sub>29</sub>, | 750<sub>15</sub>  
 § 1; 16<sub>41</sub>, 28<sub>58</sub>, | 49<sub>56</sub>, 60, 130 *a*, i. f.  
 | 146, init. 146, 265, 624<sub>18</sub>, 750,  
 774  
 § 2; 130 | 3  
 § 3; 125<sub>48</sub>, 135<sub>12</sub>, 136<sub>22</sub>  
 §§ 4 sq.; 137<sub>33</sub>  
 § 4; 193<sub>50</sub>, 209<sub>12</sub>  
 § 4 *a*; | 711, 791<sub>59</sub>  
 § 6; 132<sub>6</sub> *a*, 136<sub>24</sub>  
 § 7; | 205, 758<sub>40</sub>  
 § 8; 553<sub>8</sub>, | 704, 711<sub>19</sub>, 741, | 744  
 —, 17 de off. iud. §§ 2 sq.; 417<sub>41</sub>  
 > § 2; 417<sub>42</sub>  
 > § 3; 418<sub>42</sub>

*Novellae* (ed. SCHÖLL-KROLL).

XC, c. 5; 612<sub>89</sub>

CXII, c. 1; 524<sub>30</sub>

LEX ACILIA.

lin. 21; 457<sub>42</sub>

LEX COLONIAE JULIAE GENETIVAE  
S. URSONENSIS.

- c. LXI, tab. I col. 3 v. 6; 162<sub>06</sub>  
 c. LXXIV, LXXV, LXXXI, XCII, XCVI;  
 74<sub>10</sub> a  
 c. XCIV, 7  
 c. XCV, tab. III, col. 2 v. 4 sq.; | 572<sub>2</sub>  
 c. C; 656<sub>32</sub>  
 c. CIV; 74<sub>10</sub> a  
 c. CXXV; 7, 74<sub>10</sub> a  
 c. CXXVI; 74<sub>10</sub> a  
 c. CXXVIII; 7, 74<sub>10</sub> a  
 c. CXXIX, CXXX, CXXXI, CXXXII; 74<sub>10</sub> a

LEX MALACITANA.

- c. LVIII, LXII, LXVII; 74<sub>10</sub> a

LEX MAMILIA.

- c. LV; | 572<sub>2</sub>

LEX RUBRIA.

- c. XIX; | 351, 364, 466<sub>14</sub>  
 c. XX, v. 23, 24, 29, 30, 33; 126<sub>51</sub>  
 c. XXI; 7, 404<sub>16</sub>  
 — lin. 13 sq.; 483<sub>40</sub>, 570  
 c. XXII; 408<sub>24</sub> c, 409, 483  
 v. 31; 6  
 v. 32; 7  
 v. 34 sqq.; | 448, 483<sub>48</sub>  
 v. 34 sq.; 7, | 570  
 v. 35; 6  
 v. 39; 6  
 v. 45-53; 201<sub>68</sub>  
 v. 45 sqq.; | 448, 483<sub>50</sub>

LEX URSONENSIS, VEDI LEX COLONIAE  
IULIAE GENETIVAE.

LIVIVS.

- III, 24; | 653<sub>14</sub>  
 XXV, 1; | 652  
 XL, 17; 173.

PAULUS, *receptae sententiae*.

- I, 17, 3; 802<sub>4</sub>  
 III, 2, 1; 49<sub>62</sub>  
 IV, 7, 6; | 373, 396, 455, 482  
 V, 5 a, 1; | 10<sub>26</sub>  
 —, 6, 1; 137<sub>33</sub>, 173<sub>35</sub>, 442<sub>5</sub> a, | 443<sub>6</sub>  
 —, 2; 605<sub>69</sub>, | 669, |  
 —, 3; 23<sub>69</sub>, | 337<sub>24</sub>  
 —, 4; 165<sub>71</sub> a  
 —, 7; 132<sub>6</sub> a, 263<sub>51</sub>, 364<sub>65</sub>  
 —, 12; | 286<sub>12</sub>  
 —, 13; 119<sub>21</sub>, 123<sub>41</sub>, 631<sub>42</sub>  
 —, 14; | 45, | 618  
 —, 9, 1; 19, | 37  
 —, 15, 3; 718<sub>37</sub>  
 —, 16, 2; 807<sub>17</sub>  
 —, 21 A, 17; 10<sub>26</sub>  
 —, 22, 3, 4; 802<sub>4</sub>  
 —, 26, 4; 10<sub>26</sub>  
 —, 28; | 801, 812

PHAEDRUS, *fabulae*.

- V, 3, 2; 646<sub>35</sub>

PLAUTUS.

- Amphit. II, 2, 232 (v. 852): 646<sub>36</sub>  
 Asin. III, 2, 66 (v. 551); | 646<sub>34</sub>  
 Bacch. II, 3, 37 (v. 270 sqq.), | 603. | 63 c  
 Capt. III, 1, 34 sq. (v. 494 sq.); 646<sub>36</sub>  
 Poen. III, 4, 3 sq. (v. 713 sq.); | 645  
 — V, 5, 55 sq. (v. 1336 sq.); | 644  
 — V, 6, 14 sq. (v. 1350 sq.); | 646  
 Stich. IV, 4, 14 (v. 700); 173<sub>35</sub>, | 650  
 — V, 4, 43 (v. 723): 646<sub>36</sub>  
 — V, 5, 9 (v. 750); | 651<sub>2</sub>  
 Trucul. IV, 3, 70 (v. 844); 646<sub>36</sub>

PLINIUS.

- epistolae III, 9, 30; 74<sub>10</sub> a, | 457<sub>40</sub>  
 ad Traian. 104 (= epp. X, 105); 623<sub>23</sub>  
 panegyricus c. 36; 807

QUINTILIANUS, *institutiones oratoriae*.

- III, 6, 71; 441<sub>3</sub>  
 —, 10, 1; | 489<sub>10</sub>, 509

V, 6, 2, 3; 805  
 —, 7, 9; 612<sub>88</sub>  
 VI, 3, 83; 646<sub>85</sub>  
 VII, 5, 3; | 475<sub>89</sub>, 490<sub>15</sub>  
 IX, 2, 95; | 805  
 —, 3, 22; | 464,

REICHS-CIVILPROCESSORDNUNG  
 (CODICE DI PROC. CIV. DELL'IMPERO)  
*Einführungsgesetz (Legge d'introduzione).*

§ 16 num. 4; 773  
 § 239; 783  
 § 678 capov. 3; 788  
 § 773; 788  
 § 775; 782, 783<sub>40</sub>, 788  
 § 777; | 788  
 § 800 capov. 2; 772<sub>20</sub>  
 § 801; 772<sub>20</sub>  
 § 815; 772<sub>20</sub>  
 § 816 cap. 2; 772<sub>20</sub>

SENATUS CONSULTUM DE BACCHANALIBUS.

v. 24 sq.; | 652

M. ANNAEUS SENECA *controvers.*

lib. III praef. (ed. Bursian lib. VII praef.  
 § 8); | 805<sub>13</sub>

SPARTIANUS *Piscennius Niger.*

c. 2; | 5<sub>1</sub>

SUETONIUS.

Claudius c. 23; 810<sub>21</sub> a  
 de rhetor 6; | 805<sub>13</sub>

SYMMACHUS *relationes (= epistolae lib. X).*

Rel. 16 (epp. X, 29 al. 36); | 733  
 Rel. 28 (epp. X, 41 al. 48); 6<sub>9</sub>, | 717, 731<sub>60</sub>,  
 732  
 § 1; 738  
 § 10; 738  
 —, 33 (epp. X, 46 al. 53); | 727<sub>50</sub>  
 —, 38 (epp. X, 51 al. 58); 726, 730, | 56

TACITUS, *Germania.*

c. XI; | 183<sub>17</sub>

TERENTIUS.

Eunuch. II, 2, 125; 183<sub>17</sub>  
 » II, 3, 27 sq.; | 651<sub>2</sub>  
 Heautontim. IV, 1, 10 sq.; 462<sub>4</sub>

THEODOSIUS II, *Codez.*

I, 6 de off. praef. urbil. 7; 15<sub>39</sub>  
 II, de iurisd. l. 8; 10<sub>28</sub>  
 » l. 8 § 1 sq.; | 13<sub>32</sub>  
 » — § 1; 574<sub>7</sub>, 726<sub>48</sub>, 736<sub>69</sub> bis,  
 739<sub>80</sub>  
 —, 3 de om. act. impetr. l. 1; | 712<sub>23-25</sub> bis,  
 740<sub>86</sub>  
 —, 4 de denunt. l. 5; 574<sub>7</sub>, | 735  
 » l. 6; 574<sub>7</sub>, 705<sub>3</sub>, 726<sub>48</sub>,  
 | 731, 740  
 IV, 10 de libert. l. 2; 718<sub>37</sub>  
 —, 21 quor. bon. l. un.; | 63, 85<sub>40</sub> c  
 » l. un. § 1; 63<sub>5</sub>  
 » — § 2; 63<sub>5</sub>, 574<sub>7</sub>, 705<sub>3</sub>,  
 735<sub>66</sub> e, 738, 739<sub>79</sub>  
 IV, 22 unde vi. l. 1; | 10<sub>28</sub>, 574<sub>7</sub>, 705<sub>4</sub>, | 715<sub>30</sub>,  
 | 716<sub>33</sub>, 721<sub>40</sub> a, 726<sub>48</sub>, 739, 738<sub>77</sub>  
 l. 2; 574<sub>7</sub>, 721<sub>40</sub> a, | 723<sub>44</sub>, | 731.  
 732<sub>82</sub>, | 736<sub>69</sub> bis  
 l. 4; 574<sub>7</sub>, 725<sub>48</sub>, | 736<sub>69</sub> bis | 737  
 l. 5 pr.; | 731, 731<sub>62</sub>  
 l. 6; 705<sub>4</sub>, 725<sub>48</sub>, 739<sub>77</sub>  
 —, 23 utrobi l. 1 (un.); 574<sub>7</sub>, | 726<sub>48</sub> a, | 736,  
 739<sub>82</sub>  
 VI, 22 de honor. codicill. l. 1; 648<sub>89</sub>  
 VII, 2 qui prob. deb. l. 1; 648<sub>89</sub>  
 IX, 6 ne praeter crim. maiest. l. 4; 718<sub>37</sub>  
 —, 10 ad leg. Jul. de vi publ. l. 3; 613<sub>90</sub>,  
 | 735<sub>69</sub> bis, 739<sub>81</sub>  
 —, 19 ad leg. Cornel. de fals. l. 2 § 2;  
 742<sub>91</sub> a  
 —, 20 victum civil. Rubr.; 611  
 l. un.; 610<sub>82</sub>  
 — pr.; | 616  
 XI, 36 quor. app. l. 22; 85<sub>40</sub> b, 574<sub>7</sub>, 661<sub>38</sub>,  
 705<sub>3</sub>, 728<sub>51</sub> bb, | 738<sub>72</sub>  
 l. 26; 729<sub>53</sub>  
 —, 37 si demom. fuerit app. l. 1; 725<sub>48</sub>,  
 726, | 730<sub>58</sub>, 738, 739<sub>77</sub>  
 XV, 14 de infirm. his, quae sub tyr. l. 9;  
 705<sub>3</sub>, 716, 717<sub>33</sub> a; | 813<sub>31</sub>

## INTERPRETATIO ad Cod. Theod.

- ad II, 1 de iurisd. l. 8 §§ 1 sq.; 13<sub>32</sub>  
 ad IV, 21 quor. bon. l. un.; 63, *bb*.  
 —, 22 unde vi l. 1: | 705<sub>4</sub>  
     > l. 2: | 723<sub>44</sub>  
     > l. 6: | 705<sub>4</sub>  
 —, 23 utrobi l. un.; | 736<sub>70</sub>

THEOPHILUS *paraphrasis graeca*  
*institutionum.*

- ad IV, 15 de interd. pr.; | 16<sub>11</sub>, | 22<sub>65</sub> *a*,  
     | 638<sub>61</sub> *b*  
 § 1: | 16<sub>11</sub>, | 146, | 156, | 265, 283<sub>97</sub> *98*,  
     | 402<sub>8</sub>, | 707, 709, 750  
 § 3; 135<sub>12</sub>, 136<sub>22</sub>  
 §§ 4 sq.; 137<sub>33</sub>  
 § 6; 136<sub>21</sub>  
 § 7: | 205

## ULPIANUS.

*Instit. fragm. Vindob. (Endlicher).*

- § 4 (Kr.); 24<sub>3</sub>, 27<sub>32</sub>, | 71, 138<sub>34-35</sub>, 250<sub>11-12</sub>,  
     | 304<sub>61</sub>  
 § 5 (Kr.); | 461, | 479, 500<sub>38</sub> *c*, 549, 563

*Liber singularis regularum.*

- fragm.* XI, 20; | 810  
 » XI, 24; 810  
 » XXIII, 16; 74<sub>10</sub> *b*  
 » XXVII, 2 sq.; 49<sub>62</sub>  
 » XXVIII, 3; 74<sub>10</sub> *b*  
 » XXVIII, 12; 93

VALERIUS PROBUS, *de notis iuris*  
(*ed. Krusger*).

- Nr. 8; | 573<sub>2</sub>  
 Nr. 64, 65; 568, | *12 b*  
 Nr. 66-69; 568, | *42 c*  
 Nr. 70; | 7<sub>11</sub>, | 568

## VARRO.

- de lingua Lat. VI, 29; 183<sub>17</sub>  
 de re rust. II, 5, 1; 183<sub>17</sub>

## VATICANA FRAGMENTA.

- § 49; 489<sub>8</sub> *a*  
 § 52; 501<sub>45</sub>  
 § 90; | 7<sub>13</sub>, | 22<sub>67-69</sub>, 27<sub>31</sub>, 144<sub>19</sub>, | 212<sub>21</sub>, 226<sub>7</sub> *b*,  
     | 427<sub>70</sub>  
 § 91; | 22<sub>67</sub>  
 § 92; 22<sub>67</sub>, 27<sub>33</sub>, 138<sub>36</sub>, 147<sub>9</sub>, 148<sub>44</sub>  
 § 124; 501<sub>44</sub>  
 § 293; 651<sub>3</sub>  
 § 310; 651<sub>6</sub>  
 § 311; 651<sub>3</sub>  
 § 312; 367<sub>4</sub>, | 390, 672<sub>80</sub>  
 § 313; 4<sub>2</sub> *b*, | 10<sub>26</sub>

## VELLEIUS PATERCULUS.

- II, 23; 183<sub>17</sub>

# SOMMARIO

## Gli interdetti.

Lib. XLIII. Tit. 1. DE INTERDICTIS SIVE EXTRAORDINARIIS  
ACTIONIBUS, QUAE PRO HIS COMPETUNT.

§ 1833.

*Concetto degli interdetti e loro requisiti generali.* — Pag. 1-23.

1. Concetto di *interdictum*, pag. 1 seg. Significato di *principaliter* in GAIO, IV, 139, pag. 3 seg.
2. Il *magistratus* interdicente. È competente soltanto un *magistratus cum imperio*. GAIO, IV, 139. L. 7 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8. L. 2 Cod. *de inter.* VIII, 1. L. 3 D. *de off. praes.* I, 18, pag. 5-14. — Foro competente; competenza del *praefectus urbi ex interdictis Quod vi aut clam* e *Unde vi*, pag. 14 seg.
3. Differenza tra gli interdetti e altri comandi del magistrato, pag. 15. — La presenza delle parti *in iure*, pag. 15-17. — Rappresentanza, pag. 17; cauzioni dei rappresentanti; momento in cui veniva ordinata la *cautio iudicatum solvi* del rappresentante del convenuto, pag. 18-20. Esclusione della rappresentanza dell'attore negli interdetti popolari e nell'interdetto *de liberis ducendis*, pag. 20 seg.
4. Il tenore degli interdetti è di regola concepito secondo i modelli pubblicati nell'editto, pag. 21. Questi in parte sono alla loro volta imitazioni di modelli più antichi (*utilia interdicta* in questo senso), pag. 22.

§ 1834.

*Oggetto degli interdetti.* — Pag. 24-31.

5. Gli interdetti pubblicati nell'editto secondo il LENEL, pag. 24-29.
6. Classificazioni sistematiche dei giuristi romani, pag. 29-31.



## § 1835.

*Divisioni degli interdetti.* — Pag. 31-70.

## I. Secondo il contenuto:

- a) Secondo la persona dell'attore: *interdicta popularia* e *interdicta privata*.
7. Caratteristica degli interdetti popolari, pag. 31-34. Condanna diretta unicamente a una somma di danaro; l'ammontare della *sponsio* determinato da giuramento di calunnia dell'attore, l'ammontare della condanna pel *iudicium secutorium* e per l'*actio arbitraria*, secondo il valore materiale dell'oggetto, determinato di regola da giuramento estimatorio dell'attore, pag. 34-39. Prima della domanda dell'interdetto la sua possibilità non aumenta il patrimonio del singolo cittadino; conseguenze, pag. 39-42.
8. I varii interdetti popolari. Critica della divergenza d'opinioni circa sei interdetti; di questi è privato soltanto l'interdetto *Ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur*. È popolare anche l'interdetto *de homine libero exhibendo*, pag. 42-46.
9. *Interdicta privata*. Rappresentanza ammessa nel domandarli, pag. 46 seg. La sua trasmissibilità attiva nell'erede dipende dal trasmettersi o no nell'erede dei requisiti voluti dal loro tenore, pag. 47. Non trasmissibili nell'erede sono quindi gli interdetti a tutela dei diritti di famiglia; tra questi va annoverato anche l'interdetto *de libertate exhibendo*, pagina 48-50.
10. Non vi sono *interdicta vindictam spirantia*. L. 13 §§ 1 e 2 D. *quod vi*, XLIII, 24, pag. 50-56.
11. Interdetti concernenti diritti patrimoniali, intrasmissibili, pag. 56 seg. Gli interdetti a tutela del possesso di *servitutes discontinuae* spettano all'avente diritto di chi le esercita, pag. 57-60; gli interdetti a tutela del possesso di *servitutes continuas* al successivo possessore del *praedium dominans*, pag. 60; gli interdetti *Uti possidetis* e *Utrubi* non si trasmettono nell'erede, pag. 60-62; la loro funzione è adempiuta dal *Quorum bonorum*, pag. 62 seg.; l'*Unde vi* si trasmette nell'erede pagina 63 seg.; così pure l'interdetto *de precario*, pag. 64 seg.
12. Interdetti per attività patrimoniali trasmissibili nell'erede: la formula designa ora solo i requisiti obbiettivi, pag. 65, ora anche i subbiettivi; enumerazione dei varii interdetti di questa specie così distinti, pagina 65-70.

## § 1835 a.

- b) Secondo la forza della decisione: *interdicta, quae proprietatis causam continent*, e *interdicta, quae possessionis causam continent*. Pag. 70-129.
13. L. 2 § 2 D. h. t. Confutazione del concetto dominante di questa distinzione, pag. 70 seg. Confutazione del concetto dello SCHMIDT, pag. 71-73. La distinzione è tra mezzo definitivo e mezzo provvisorio, pag. 73-76.

14. Classificazione degli interdetti secondo questa distinzione. Dettami delle fonti in proposito, pag. 76-79.
15. Ricerca sugli interdetti non classificati nelle fonti. — L'interdetto *de mortuo inferendo* è provvisorio, pag. 79-81, definitivo quelli *de sepulchro aedificando*, pag. 81 seg., *de locis et itineribus publicis*, pag. 82, e *de fluminibus publicis*, pag. 82 seg. È provvisorio l'interdetto *de libero homine exhibendo*, pag. 83.
16. Ricerca sulla natura del *Quorum bonorum*. Il diritto di successione civile non può venir opposto all'interdetto nemmeno come *doli exceptio*, pag. 84-87.
17. Non può dedursi il contrario dalla L. 11 § 2 D. *de B. P. sec. tab.* XXXVII, 11, pag. 87-89, L. 1 § 3 *si a parente* XXXVII, 12, pag. 89 seg. e L. 2 D. *si tab. test. nullae* XXXVIII, 6, pag. 90 seg.
18. Se l'avversario affermava un diritto di successione definitivo, il *Quorum bonorum* veniva rifiutato, e il *bonorum possessor* era rimandato all'*hereditatis petitio possessoria*. L. 2. Cod. *de inoff. test.* III, 28, pag. 91 seg.
19. Confutazione dell'opinione del LEIST, che l'*H. P. possessoria* non sia sorta nell'epoca classica, pag. 92 seg. Bisogno di quest'azione, pag. 93 seg. I frammenti del titolo delle Pandette V, 5 non sono interpolati, pagina 94-98.
20. All'*H. P. possessoria* e non al *Quorum bonorum* si riferisce l'*hereditatem petere* della L. 13 pr. D. *de b. p. c. t.* XXXVII, 4, pag. 98-101.
21. della L. 3 § 13 D. *de Carb. ed.* XXXVII, 10, pag. 101-105.
22. della L. 5 § 1 D. *de his, quae ut indign.* XXXIV, 9, pag. 105-108.
23. e della L. 1 Cod. *Quor. bon.* VIII, 2, pag. 108-115.
24. Sono definitivi gli interdetti *possessorium* e *secutorium*, pag. 115-117, provvisori gli interdetti *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est*, — *quae ventris nomine missa est*, pag. 117-118.
25. È provvisorio l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui damni infecti nomine missus est*, pag. 118; l'interdetto *de superficiebus*, pag. 119.
26. È provvisorio l'interdetto *de cloaca privata*, pag. 119 seg.; definitivo quello *de cloaca publica*, pag. 120.
27. È provvisorio l'interdetto *Quod vi aut clam*, pag. 121, definitivo l'interdetto *ex remissione operis novi nuntiat onis*, pag. 121, provvisori gli interdetti *demolitorium* e *Ne vis fiat aedificanti*, pag. 122; definitivo l'interdetto *de precario*, pag. 122.
28. Sono presumibilmente provvisori gli interdetti *de arboribus caedendis* e *de glande legenda*, pag. 123 seg.
29. Definitivi gli interdetti *de migrando*, pag. 124 seg., *Salvianum*, pag. 125 e seg., *fraudatorium*, pag. 126-128.
30. Enumerazione degli interdetti definitivi, pag. 128.

## § 1835 b.

c Secondo il loro scopo immediato: *interdicta retinendae possessionis*, *interdicta recuperandae possessionis* e *interdicta adipiscendae possessionis*. — Pag. 129-139.

31. L. 2 § 3 D. h. t. GAIO, IV, 143. Questa divisione si riferisce a tutti gli interdetti *rei familiaris* e non soltanto agli interdetti possessorii, pagina 129-131. L. 1 §§ 4 e 6 D. *Uti poss.* XLIII, 17. Nemmeno gli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis* sono tutti del mezzo di tutela del possesso, pag. 131-134. *Possessio* significa in questa divisione uno stato di fatto in generale, pag. 134 seg.
32. Classificazione degli interdetti *rei familiaris* secondo questa divisione, pagina 135-139.

## § 1836.

*Divisioni degli interdetti.* — Pag. 140-144.

## II. Secondo la forma:

a) Secondo il tenore dei requisiti edittali: *interdicta in praesens* e *in praeteritum relata*.

33. L. 1 § 2 D. h. t., pag. 139 seg. L. 1 § 2 D. *de it. actus priv.* XLIII, 19, pag. 140 seg. Il criterio della distinzione spiegato dalla L. 11 § 4 D. *quod vi* XLIII, 24, pag. 142 seg. Requisiti riferiti parte al passato, parte al presente. L. 3 §§ 11 e 13 D. *de it. actus priv.* XLIII, 19, pag. 143 seg. Requisiti riferiti alternativamente al passato o al presente, pag. 144.

## § 1836 a.

b) Secondo il tenore dell'ordine: *interdicta restitutoria, exhibitoria, prohibitoria*. Pag. 145-203.

34. Gli interdetti sono o 1) *decreta*, cioè *interdicta restitutoria* ed *exhibitoria* o 2) *interdicta* in senso stretto, cioè *prohibitoria*, pag. 145-147.
35. Interdetti restitutorii. Doppio significato del *restituere* in essi: 1) Consegna di una cosa materiale a una persona o immisione di una persona nella detenzione di una cosa, pag. 147 seg.; 2) Ristabilimento del pristino stato, pag. 148 seg., sia mediante *praestatio patientiae*, sia mediante un atto del convenuto, a sue spese e con pieno risarcimento di danni, pag. 149 seg. — Confutazione dell'opinione dello SCHMIDT circa un terzo significato da lui ammesso nell'*interdictum fraudatorium*, pag. 150.
36. Interdetti esibitorii. Di questi si riferisce a cose l'interdetto *de tabulis exhibentis*; gli altri hanno per oggetto l'esibizione di uomini liberi. Significato dell'*exhibere*, pag. 151 seg.
37. Interdetti proibitorii. Vario tenore del divieto, pag. 152. Significato della forma: *vim fieri veto*, pag. 153. Prove per *vis* = impedimento fatto direttamente all'avversario, pag. 153-155; così pure per *vis* = conseguenza di un atto non avente per scopo immediato tale impedimento, pag. 156 seg.
38. Fino a qual punto può avvenire una *vis* soltanto a parole? pag. 157. Non

- è *vis* la semplice contestazione verbale della facoltà dell'avversario di eseguire certi atti, pag. 157 seg., nemmeno la contestazione verbale del diritto subiettivo dell'avversario, pag. 158. — Il divieto di certi atti è *vis*, ove l'esecuzione dell'atto vietato rechi danno all'avversario, pagina 159. — La semplice pretesa verbale a una facoltà, che escluderebbe la facoltà affermata dall'avversario, è *vis* solo ove contenga un divieto di atti dell'avversario costituente una *vis*, pag. 159. — Un atto simbolico è *vis*, quando contiene l'espressione riconosciuta di una manifestazione di volontà, che significata verbalmente sarebbe una *vis*, pag. 160.
39. *Vis ex conventu* nell'*Uti possidetis*? pag. 160. GAI, IV, 170 richiede una *vis post interdictum redditum facta* per la continuazione della procedura *ex interdicto primario*, pag. 161. Confutazione dell'opinione del KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, che tale *vis* sia riposta nell'esecuzione della *litis contestatio* in base alle sponzioni *ex interdicto*, pag. 162. Non v'era bisogno, che la *vis adversus edictum* avvenisse subito *post interdictum redditum*, pag. 162 seg. L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17 pag. 163 seg. CIC. *pro Caeo*. XVI, pag. 45, pag. 164 seg. Confutazione del MÜNDELOH, pag. 165, del KAPPEYNE, 166, del DERNBURG, pag. 167, i quali ammettono per ragioni formali una *vis ex conventu*.
40. Confutazione dell'ipotesi di una *vis ex conventu* ammessa per ragioni sostanziali, e 1.° a cagione della natura di mezzi coattivi degli *interdicta secundaria*, pag. 168-170 (BRUNS, pag. 168-170, MÜNDELOH, pagina 170 nota 86);
41. 2.° a cagione della natura di una *vis adversus edictum* quale negozio processuale, pag. 171 seg. (KAPPEYNE, pag. 171, EXNER, pag. 172);
42. 3.° a cagione della *vis ex conventu* in CICERONE, pag. 172-185 (KARLOWA, pag. 172-177, MÜNDELOH, pag. 177-180, KAPPEYNE, pag. 180-182, BRUNS. CIC. *pro Caeo*. XVI, 45, *ad fam.* VII, 13, 2, pag. 182-184);
43. a cagione della natura pregiudiziale dell'*Uti possidetis* (KAPPEYNE) pagina 185-187.
44. Nemmeno le funzioni attribuite alla presunta *vis ex conventu* la giustificano, pag. 187-195.
45. Anche nell'*Uti possidetis* la *vis* era reale, pag. 195-200; parimenti negli altri *interdicta duplicia*, pag. 200. Congettura circa il suo luogo nell'*Utrubi*, pag. 201.
46. *Interdicta mixta tam prohibitoria quam restitutoria* L. 1 § 1 D. *de interd.* XLIII, 1. L. 3 § 2 D. *ne vis fiat ei, qui in poss.* XLIII, 4. L. 1 pr. D. *de aq. coll.* XLIII, 20. Questi sono interdetti proibitorii, che con l'effetto recuperatorio ne congiungono un altro, pag. 202 seg.

## § 1836 b.

- c) A seconda che sono diretti contro una delle parti o contro ambedue: *interdicta simplicia* e *interdicta duplicia*. Pag. 204-221.
47. GAI, IV, 156-160. § 7 L. *de interd.* IV, 15. TROFILO ad h. l. L. 2 pr. D. h. t. pag. 204-206. L'essenza della duplicità è riposta, non nel *pari*

- sermone cum utroque loqui* del pretore, ma nella *par utriusque litigatoris condicio*, di cui la doppia posizione di ciascuna delle parti non è che una conseguenza necessaria, pag. 206-208. L. 3 § 1 D. *uti poss.* XLIII, 17, pag. 208.
48. Dimostrazione della *par utriusque litigatoris condicio* negli *interdicta retinentias possessionis*, pag. 209.
49. Lo stesso per l'interdetto *de superficiebus*, pag. 210-212.
50. Inoltre per l'*Uti possidetis utile* per la *iuris quasi possessio* di usufrutto e uso. L. 4 D. *uti poss.* XLIII, 17, pag. 212-215.
51. Finalmente per l'interdetto *de aqua cottidiana inter rivales*. L. 1 § 26 D. *de aq. cott.* XLIII, 20, pag. 215-217.
52. La *par utriusque litigatoris condicio* manca in tutti gli altri casi, nei quali lo SCHMIDT e l'ECK ammettono degli *interdicta duplicia* mercè combinazioni di *interdicta simplicia* con opposta posizione delle parti, pagina 217-219.
53. Nella procedura la duplicità non si manifesta necessariamente alla *impe-tratio interdicti*, bensì per la procedura *ex interdicto reddito*, pag. 219-221

## § 1836 c.

- d) A seconda che essi vengono emanati sulla prima domanda, o presuppongono l'emanazione di un altro interdetto: *interdicta primaria* o *interdicta secundaria*. Pag. 221-248.
54. GAIO, IV, 170. Necessità degli *interdicta secundaria* in tutti gli *interdicta duplicia* pel caso che una parte non eseguisca i *cetera ex interdicto*. pag. 221 seg. Di questo requisito non è fatta menzione nella formula del *secundarium*, pag. 223. Il *secundarium* non è un comando incondizionato. Nel *secundarium restitutorium* dell'*Uti possidetis* l'impetrante deve talvolta provare il suo possesso, e così pure il possesso dell'impetrato o il *dotus* di lui, *quo minus habeat*, pag. 223-225; parimenti nel *secundarium prohibitorium* il suo possesso, pag. 225-228. Spiegazione della L. 52 § 2 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2 (nota 7 b), pag. 226 seg. Presumibile tenore dei *secundaria*, pag. 228. Ragioni per le quali l'impetrato aspetti l'emanazione del *secundarium*, pag. 228. In ciascun dato caso non è ammesso che un solo *secundarium*, pag. 229. Per quanto tempo la domanda del *secundarium* impedisce all'impetrato di domandare di nuovo il *primarium*? pag. 230.
55. Casi di applicazione del *secundarium restitutorium* dell'*Uti possidetis*, pagina 230 seg.
- 1.° Il *plus licitans* non eseguisce gli altri *cetera*, pag. 231.
- 2.° Il possessore giuridico ha ottenuto l'*Uti possidetis* contro un individuo, il quale è soltanto detentore del fondo controverso, e, secondo l'affermazione dell'impetrante, lo detiene per costui:
- a) il detentore dell'impetrante, a detta del possessore giuridico, non ha la facoltà di detenere la cosa (L. 3 § 7 i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17), pag. 232 seg.;

b) il detentore afferma di essere proprietario (L. 25 Cod. de loc. IV, 65), pag. 233 seg.;

c) Il dissidio concerne solo l'ambito delle facoltà del detentore (L. 3 § 3 D. uti poss. XLIII, 17), pag. 234 seg.;

d) il detentore contesta, che l'impetrante sia erede dell'antico possessore, pag. 235 seg.;

3.º colui che possiede *iniuste* dall'avversario non eseguisce i *cetera*, pag. 236;

4.º l'impetrato comparisce come detentore di un terzo mentre l'impetrante non vuole riconoscere nè lui come proprio detentore, nè quel terzo come *iuste a se possidens*, pag. 237 seg.

56. Applicazione dell'*secundarium prohibitorium* dell'*Uti possidetis*. In seguito alla sua istituzione il possesso è tutelato anche contro semplici turbative, pag. 238-240. Di fronte ad esso non può farsi richiamo a un diritto, come ammette il KAPPEYNE, pag. 240 seg.

57. Confutazione dell'opinione, che anche negli *interdicta simplicia* (BEKKER), o almeno nei proibitorii di quella specie (DEMELIUS, WACH), vi siano stati *interdicta secundaria*, pag. 241-248.

#### § 1837.

#### *Requisiti generali nella persona del convenuto.* — Pag. 248-342.

58. Negli interdetti restitutorii il requisito è ora un atto dell'impetrato stesso commesso in passato o un atto cosimile della sua *familia* (interd. *Unde vi*), pag. 249; ora un atto illecito di un terzo commesso con la consapevolezza dell'impetrato (interd. *fraudatorium*), pag. 249 seg.; ora un *possidere* o *habere* o *dolo malo desuisse possidere* o *habere*, pag. 250; ora un *factum immissum habere* (Significato dell'*habere*; differenza dell'obbligo, a seconda che l'*habens* ha cagionato il *factum immissum* oppure no. Estensione dell'obbligo al *dolo malo desuisse factum immissum habere*), pag. 250-253; ora finalmente un *factum esse* (Significato di questo termine; differenza dell'obbligo, a seconda che quel *factum* è stato cagionato dal convenuto oppure no), pag. 253-256.

59. Negli interdetti esibitorii il requisito è ora un *penes aliquem esse* (interd. *de tabulis exhibendis*); ora un *apud aliquem esse* (interd. *de liberis exhibendis*), pag. 256-258; ora un *dolo malo retinere* (interd. *de homine libero exhibendo*), pag. 258 seg. Al *penes* e *apud aliquem esse* è espressamente parificato il *dolo malo fecisse, quo minus esset*, pag. 260.

60. Negli interdetti proibitorii non v'è tra i requisiti, che dalla parte dell'impetrato sia già avvenuto qualche cosa, che in seguito all'emanazione dell'interdetto dovrebbe produrre subito un obbligo di contenuto positivo, pag. 260. Confutazione del WACH, pag. 261-264. L. 1 § 9 D. *ne quid in flum. publ.* XLIII, 13, pag. 264.

61. Prove a favore dell'opinione, che questi interdetti in massima abbiano effetto solo pel futuro. L. 2 pr. §§ 17 seg.; L. 7 D. *ne quid in loc. publ.*

- XLIII, 8; L. 1 § 12 D. *ne quid in flum.* XLIII, 13, pag. 265-269. Confutazione dello *РѢКЕСЧНѢ*, pag. 269-271.
62. Spiegazione della L. 3 § 2 D. *ne vis fiat* XLIII, 4; L. 1 § 1 D. *de aqu. coll.* XLIII, 20, pag. 271; L. 2 § 6 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8, pag. 271-273; L. 17 § 2 D. *si serv.* VIII, 5, pag. 273-275
63. Certi interdetti proibitorii obbligano l'impetrato a una prestazione positiva. In primo luogo l'interdetto di remissione, quando l'impetrato dopo la denuncia ha costruito contro il diritto di proibizione del denunziante, pag. 275. In secondo luogo quegli interdetti proibitorii, secondo i quali la permanenza di un dato stato di cose, che l'impetrato ha creato prima della loro emanazione, è contraria all'editto. L. 3 § 9 D. *uti poss.* XLIII, 17, pag. 276. Ciò è solo possibile in interdetti che contengono un *vim fieri veto*, pag. 276 seg. L. 1 §§ 3, 8, 10 D. *de mort. inf.* XI, 8, pag. 277. L. 2 §§ 26-29 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8, pag. 278.
64. Quello stato di cose deve esser prodotto dall'impetrato stesso con un atto positivo. L. 3 § 4 D. *uti poss.* XLIII, 17, pag. 279 seg. Confutazione dell'opinione, che l'*Uti possidetis* possa aver luogo nel caso di rigonfiamento di un muro, pag. 280-282.
65. I requisiti degli interdetti proibitorii, in quanto concernono l'impetrato, non occorre si riferiscano al passato o al presente; ciò è necessario solo in pochi interdetti, e anche in questi non consistono in atti dell'impetrato, pag. 282-284.
66. Trasmissibilità passiva degli interdetti negli eredi. I restitutorii sono intransmissibili, ove essi abbiano per requisito un atto dell'impetrato appartenente al passato, o un atto illecito di un terzo commesso con la sua consapevolezza, o un *dolo malo fecisse, ut desineretur possideri*; o un *possidere*, pag. 284. Invece la qualificazione del *possidere* richiesta in taluni di essi si trasmette nell'erede, e secondo l'opinione accettata più tardi anche quella del *precario habere*, pag. 285 seg. Degli interdetti che contengono un *factum est*, il *Quod vi aut clam* è dato anche contro gli eredi, non però l'*interdictum demolitorium*; qui ha luogo un *actio in factum*, pag. 286. Interdetto *de loco sacro?* pag. 287. — La misura dell'obbligo per il possesso o la detenzione si determina secondo l'esteusione di questo possesso o detenzione, pag. 287; analogamente pel *dolo fecisse, ut desineretur possideri, o quo minus ad heredem perveniret*, pag. 287 seg.; l'obbligo derivante dal *factum est* secondo *id, quod ad heredem pervenit*. L'analogo obbligo derivante da *maleficia* del *de cuius*, per esempio nella deiezione, viene spesso perseguito non con l'interdetto, ma con una *actio in factum*, pag. 288 seg. — Gli interdetti esibitorii seguono l'analogia dei restitutorii ad essi corrispondenti, pag. 289.
67. Gli interdetti proibitorii non si trasmettono passivamente nell'erede, quando non hanno relativamente all'impetrato requisiti appartenenti al passato o al presente. Spiegazione della L. 1 § 10 D. *ne quid in flum. publ.* XLIII, 13, pag. 290. I requisiti positivi appartenenti al

- passato o al presente concernenti l'impetrato, che alcuni interdetti proibitorii stabiliscono, si trasmettono certamente all'erede; ciononostante non può parlarsi di trasmissione della legittimazione passiva, pag. 290-292. Spiegazione della L. 1 § 6 D. *de migr.* XLIII, 32, pagina 292-294, e della L. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4, pag. 294-300.
68. Trasmissione dell'interdetto contro il successore a titolo singolare. È esclusa in tutti i casi, in cui non ha luogo una trasmissione contro il successore a titolo universale, pag. 300. L. 5 § 2 D. *de itin. actuy. priv.* XLIII, 19, pag. 300. L. 3 § 2 eod., pag. 301. Il successore a titolo singolare non è obbligato nemmeno là, dove l'erede risponde dell'*id, quod ad eum pervenit*, pag. 302. Possesso, detenzione, possibilità materiale dell'esibizione quale requisito dell'obbligo vincolano anche il successore a titolo singolare, ma solo perchè quel requisito si riscontra in lui; appunto perciò essi obbligano anche l'occupante pag. 302. Se la legittimazione passiva richiede un *possidere* qualificato, bisogna vedere, se questa qualificazione esiste nel successore a titolo singolare, pag. 302. Essa non esiste nel *precario habere* (L. 8 pr. D. *de prec.* XLIII, 26, pag. 303; nemmeno nel *possidere pro herede* o *pro possessore* per gli interdetti *Quorum bonorum* e *Quam hereditatem*, pagina 303; tuttavia ambedue per ragioni di opportunità hanno luogo anche contro il compratore dell'eredità, pag. 303 seg. Nel *Quod legatorum* la qualificazione del *legatorum nomine possidere* si trasmette nel successore a titolo singolare, anzi a ogni possessore. L. 1 § 13 D. *quod legal.* XLIII, 3, pag. 304 seg.
69. Obbligo di una persona incapace di agire in forza di un interdetto cagionato da un atto illecito, per la violazione della legge commessa dal suo rappresentante, pag. 306 seg. Principio fondamentale: irresponsabilità, pag. 307. L. 4 D. *de tab. exh.* XLIII, 4; L. 11 § 6 D. *quod vi* XLIII, 24; L. 198 D. *de R. I.* L, 17; L. 4 D. *de vi* XLIII, 16, pagina 308. Eccezioni: una persona incapace di agire risponde dell'atto illecito del suo rappresentante 1.° quando questi commette dolo o colpa nello stipulare un contratto oneroso in suo nome, pag. 308 seg.; o 2.° nell'adempire un'obbligazione che incombe al rappresentato, pagina 310 seg.; 3.° quando un diritto estracontrattuale già esercibile contro il rappresentato vien modificato per dolo o colpa del rappresentante, L. 1 D. *quando ex facto tut.* XXVI, 9; L. 78 § 2 D. *de legat.* II, pag. 311 seg. (confutazione dell'interpretazione di quest'ultimo frammento data dal DERNBURG, pag. 311 seg. nota 73); 4.° quando il rappresentante nella determinazione di un atto contenuto nei limiti della sua competenza commette una colpa, in seguito alla quale nasce per un terzo estracontrattualmente un diritto a parte, in altri termini quando il rappresentante commette un delitto colposo, pag. 312 e seg. L. 5 § 12 D. *quod vi* XLIII, 24, pag. 313 seg. La incapacità delle persone giuridiche a commettere un delitto è enunciata solo riguardo a delitti dolosi. L. 15 § 1 D. *de dol. m.* IV, 3, pag. 315 seg.



70. Critica di sentenze moderne di tribunali supremi sulla responsabilità di persone giuridiche per un *damnum iniuria datum*, pag. 316-327.
71. Confutazione dell'affermazione del DEKREURO, che il diritto moderno ha abbandonato il concetto fondamentale del diritto romano circa la rappresentazione di persone giuridiche. La L. 27 D. *de R. Cr.* XII, 1 non enuncia una specialità per le persone giuridiche, ma l'ammissibilità già riconosciuta dal *ius civile* di una rappresentanza diretta nella stipulazione di un mutuo, pag. 327-331 (Sulla L. 78 § 2 D. *de legat.* II vedi num. 69, pag. 311 seg. nota 73).
72. *Interdicta noxalia*. L. 5 D. *de interd.* XLIII, 1; L. 7 § 1, L. 14 D. *quod vi* XLIII, 24; L. 1 §§ 15 e 19 D. *de vi* XLIII, 16, pag. 332 seg. Non possono concepirsi interdetti proibitorii noxali, pag. 334. Gli interdetti imperativi non possono essere noxali quando hanno per requisito un *possidere*, un *habere* o la possibilità pratica di esibire, pag. 334; bensì però quando si fondano su di un *dolo fecisse, quo minus possideretur*, ecc. arg. L. 4 D. *de tab. exh.* XLIII, 5, pag. 335. Sono noxali oltre gli interdetti *Quod vi* e *Unde vi*, designati come tali, il *restitutorium de loco sacro* e il *demolitorium*, come pure il *fraudatorium*, pag. 336. — Tenore degli interdetti noxali, pag. 336-338; non v'è bisogno di alcuna modificazione della formula pubblicata nell'editto nell'*Unde vi* (L. 1 §§ 11, 12, 16, 17, 18 D. *de vi* XLIII, 16; L. 195 § 3 i. f. D. *de V. S. L.*, 16) e nel *Quod vi* (L. 5 § 8 D. *quod vi* XLIII, 24), pag. 336-338; e nemmeno negli interdetti *de loco sacro* e *demolitorium*, pag. 338. — L'interdetto noxale non può aver luogo, non solo quando lo schiavo ha agito *inssu domini*, ma nell'*opus clam factum* anche allorché esso lo ha fatto colposamente nell'attendere alla cura di un fondo affidatogli. L. 5 § 11 D. *quod vi* XLIII, 24, pag. 339-342.

## § 1837 a.

*Exceptiones.* — Pag. 342-365.

73. Presumibile origine dell'istituto delle eccezioni nella procedura interdittale, pag. 342 seg. Concetto dell'*exceptio* negli interdetti, pag. 344. Eccezioni stabili negli interdetti. L. 1 § 11 D. *de itin. actusq. priv.* XLIII, 19; L. 15 § 5 D. *quod vi* XLIII, 24, pag. 344 seg. Loro enumerazione, pagina 345 seg. Fra esse va annoverato anche l'*in hoc anno* dell'*Unde vi*, pag. 346 seg., e l'accenno all'esercizio praticato nell'ultimo anno (estate) in varii interdetti dati a tutela dell'esercizio di servitù discontinue, pag. 347 seg., come pure il *« maiore parte huiusce anni »* nell'*Urubi*, pag. 348; inoltre le clausole stabili di certi interdetti dati a tutela delle riparazioni contenenti un *« damne »*, pag. 349. Bisogna invece scorgere una motivazione dell'azione nell'accenno alla prestazione della cauzione dell'impetrante negli interdetti *Quod legatorum, de ripa munenda, Ne vis fiat aedificanti*, pag. 349 seg.; nell'interdetto *de cloaca privata* il pretore prima dell'emanazione dell'interdetto decide

- sulla cauzione domandata, pag. 350. Alla motivazione dell'azione accenna anche la clausola concernente la remissione nell'*interdictum demolitorium*, pag. 351; sua antitesi con l'*exceptio* della *lex Rubria* c. XIX, pag. 352.
74. *Exceptiones instabiles*; luogo in cui vengono introdotte, pag. 352 seg. Esempio delle fonti per una tale *exceptio* inserita nell'interdetto stesso: L. 1 § 6 D. *ne quid in flum.* XLIII, 13, pag. 353; esempio per una tale *exceptio* nella *sponsio ex interdicto* o nell'*actio ex sponsione*: L. 1 § 16 *de flumine* XLIII, 12, pag. 354. Altri esempi delle fonti di *exceptiones instabiles*: a) negli interdetti restitutorii, pag. 355-358, b) negli esibitorii, pag. 359, c) nei proibitorii, pag. 359-361.
75. Forme usate per le *exceptiones*, pag. 361-364.
76. Effetto dell'*exceptio* nella procedura interdittale è sempre solo l'esclusione della forza obbligatoria dell'interdetto, pag. 364 seg.

## § 1837 b.

*La prescrizione.* — Pag. 366-397.

77. Concetto della prescrizione negli interdetti, pag. 366. Interdetti prescrivibili: *de vi non armata*, *Quod vi aut clam, fraudatorium*, pag. 366 seg. Esempi di interdetti imprescrivibili nelle fonti: gli interdetti restitutorii *de via publica*, *de precario*, *demolitorium*, *de vi armata*; gli esibitorii *de tabulis exhibendis* e *de homine libero exhibendo*, pag. 367. L'imprescrivibilità pare espressa anche per i proibitorii *Ne quid in loco publico*, *de via publica reficienda*, *Ne vis fiat aedificanti*, *de migrando* e *Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est*, pag. 368; in realtà però quei frammenti (L. 2 § 34 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8; L. 1 § 3 D. *de via pub. ref.* XLIII, 11; L. 20 § 16 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1; L. 1 § 6 D. *de migr.* XLIII, 32 e L. 1 § 8 D. *ne vis fiat ei* XLIII, 4) si riferiscono all'imprescrivibilità dell'*agere ex interdicto*, pag. 368-371. Un'uguale interpolazione si trova nella L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17, il quale frammento in origine parlava della prescrizione della *sponsio ex interdicto*, pag. 371-373. Testimonianza espressa per la prescrizione dell'*agere ex interdicto reddito* in PAOLO, *Rec. sent.* IV, 7, 6 in rapporto col *iudicium secularium* e la *sponsio*, pag. 373-375. Scomparsa della differenza tra prescrivibilità dell'interdetto stesso e prescrivibilità dell'*agere ex interdicto reddito* nella compilazione, pag. 375. La prescrizione teodosiana vale anche per le *actiones ex causa* di interdetti imperativi imprescrivibili, ma non per quelle *ex causa* di interdetti proibitorii, fatta eccezione per l'*Uti possidetis*, pag. 375 seg. — Prescrizione del diritto stesso tutelato dall'interdetto negli interdetti per le *servitutes discontinuae*, nell'*Utrubi*, pag. 376 e per gli interdetti popolari a tutela di corsi d'acqua, pag. 377.
78. La prescrizione di un anno per la domanda degli interdetti è computata

*utiliter*, pag. 378. Principio del termine negli interdetti di questa categoria, pag. 378. — Vien computato *utiliter* anche il termine di un anno per la stipulazione delle sponsioni in base all'*Uti possidetis*, e negli altri casi, in cui essa ha luogo, pag. 379. Negli interdetti imperativi il termine decorre *ex interdicto reddito*, nei proibitorii soltanto da un atto contrario al divieto, pag. 379. Oggidì il termine di prescrizione di un anno vien computato *utiliter* per la parte dell'*actio ex causa* dell'interdetto *Uti possidetis*, che veniva prima conseguita per mezzo del *iudicium secutorium*. L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17, pag. 380. La prescrizione del diritto stesso tutelato da interdetti vien computata *continue*, pag. 380-383.

79. Effetto della prescrizione di interdetti. Confutazione dello SCHMIDT, secondo il quale tale effetto è, che non nasce l'*obligatio ex interdicto reddito*, pag. 383. Nei tre interdetti, che servono a tutelare rapporti d'obbligazione, di cui è attestata la prescrizione, l'effetto è lo stesso che nella prescrizione di azioni obbligatorie in generale, pag. 383 seg. L'effetto della prescrizione di un anno dell'*agere ex interdicto reddito* negli interdetti imperativi si determina, come l'effetto della prescrizione di 30 anni dell'*actio ex causa* di un tale interdetto, secondo la natura del rapporto tutelato dall'interdetto, pag. 384 seg. Negli interdetti proibitorii la prescrizione dell'*agere ex interdicto reddito* estingue soltanto il diritto sempre obbligatorio al risarcimento dei danni per una data violazione del divieto, pag. 385. Lo stesso vale nel diritto dell'epoca più tarda per la prescrizione di un anno del diritto a risarcimento per una turbativa di possesso cagionata da uno stato di cose stabile prodotto dall'avversario prima dell'istituzione dell'azione, pag. 386.

L'effetto della prescrizione del diritto alla tutela nel quasi-possesto di servitù discontinue è la completa estinzione del diritto al quasi-possesto con tutte le sue conseguenze, tra le quali va notata l'interruzione dell'usucapione del diritto di servitù, pag. 386-389. Parimenti la prescrizione degli interdetti popolari a tutela di corsi d'acqua estingue il diritto pubblico al mantenimento del corso d'acqua, in quanto questo è tutelato da questi interdetti. E la prescrizione del diritto di possesso dell'antico possessore tutelato con l'*Utrubi* ha per effetto l'estinzione di questo diritto, pag. 389.

80. *Iudicium* sull'arricchimento dell'avversario dopo la prescrizione dell'interdetto secondo la L. 4 D. h. t. Esempi: L. 10 § 24 D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8 (con estensione al *dolo malo fecisse, quo minus perveniret*); *Framm. Vat.* § 312; L. 1 pr. i. f., L. 3 § 12 D. *de vi* XLIII, 16, pag. 389-391. Per la forma interdittale rivestita da quest'*actio* nulla prova la L. 7 § 5 D. *comm. div.* X, 3, pag. 391. Le azioni di arricchimento soggiacciono alla prescrizione teodosiana, pag. 391. — La L. 4 cit. non valeva per l'*agere ex interdicto*, pag. 392. Oggi essa vale per l'effetto recuperatorio dell'*Uti possidetis*. La L. 4 cit. non ha applicazione all'antico *Utrubi* e agli interdetti a tutela del quasipossesto di servitù discontinue, pag. 392 seg.

- 81 Dove manca ogni testimonianza della prescrizione di un interdetto, essa non può essere ammessa, poichè i principii generali della prescrizione non si confanno agli interdetti, pag. 393. L. 35 pr. D. *de O. et l.* XLIV, 7, pag. 393 seg.; L. 8 D. *de pop. act.* XLVII, 23, pagina 394 seg. Viceversa la prescrizione del diritto alla *sponsio ex interdico reddito intra annum, quo primum experiri potestas erat*, dovrà essere ammessa dovunque non si tratti di un interdetto popolare, o possa ritenersi come attestata un'eccezione alla regola, pag. 395-397.

## PARTE SECONDA.

## § 1838.

*La procedura.*

## I. IN IURE.

- a) fino all'emanazione dell'interdetto. Pag. 397-459.
82. L'emanazione dell'interdetto è indipendente dal *rerum actus* L. 9 D. *de relig.* XI, 7, pag. 397; poteva aver luogo anche in *dies nefasti*. Veniva fatta in speciali giorni di udienza. Cic. *pro Caec.* XIII, 36. Citazione, pag. 398. *Postulare interdictum* in discussione non vincolata a date forme; Cic. *pro Caec.* XXXI, 91. Festo s. v. *possessio*, pag. 399-402. *Iusiurandum voluntarium* su di un interdetto, pag. 402 e seg. *Iusiurandum in iure delatum* su di esso, pag. 403.
83. *Confessio in iure*. Le L. 1 § 1 *de tab. exh.* XLIII, 5 e L. 2 § 8 D. *test. quaemadm.* XXIX, 3 designano un trattamento speciale, pag. 404; la procedura regolare è indicata dalla L. 6 § 2 D. *de conf.* XLII, 2. SCHMIDT, BETHMANN-HOLLWEG, DEMELIUS, pag. 405-411.
84. Continuazione. Svolgimento dell'opinione propria, pag. 411-414. GAIO IV, 163, pag. 414 seg. *Oratio D. Marci*, pag. 415-417. Il *iussus de restituendo* nelle *actiones arbitrarie*, pag. 417-419.
85. Opposizione dell'impetrato, pag. 419. *Denegatio interdieti*, pag. 419 seg. Emanazione dell'interdetto; tenore della formula. Cic. *Pro Tull.* XII, 29. *pro Caec.* XXVIII, 80, pag. 421-423. L. 22 § 4 D. *quod vi* XLIII, 24. Cic. *Pro Caec.* XIX, 55 sq., pag. 423-426.
86. Tenore degli *interdicta utilia* e degli interdetti senza modello nell'editto, pag. 426-429. Ragioni generali per la modificazione di una formula stabilita nell'editto: *in integrum restitutio*, pag. 429 seg.; rappresentanza, pag. 431-435.
87. *Causae cognitio* prima dell'emanazione dell'interdetto, pag. 435-439.
88. L'*edere interdictum* quale domanda definitiva da parte dell'impetrante dell'emanazione dell'interdetto in una determinata forma, pag. 440; detto anche *interdicere*, pag. 441, e riguardo agli effetti usato spesso come equivalente a *reddere interdictum*, pag. 442. Gli effetti dell'*interdictum*

*restitutum* sono i medesimi che quelli della *litis contestatio* in un'*actio*, pag. 442-444, con la differenza, che l'emanazione di un interdetto proibitorio di regola ha effetto per gli eredi dell'impetrante solo allorché il divieto sia stato violato di fronte all'impetrante stesso, pagina 444. Eccezioni: l'interdetto *Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est*, ha effetto per gli eredi dell'impetrante solo allorché questi è ancor vivo al verificarsi della condizione del legato; se è così, l'effetto si trasmette nell'erede attivamente, sebbene il divieto non sia stato violato di fronte all'impetrante, pag. 445; parimenti si trasmette nell'erede l'effetto degli interdetti *de migrando* e *Ne vis fiat ei, qui damni infecti missus est*, pag. 445, *Ne vis fiat aedificanti* e *Salvianum*, pag. 445; — in questi interdetti l'effetto si trasmette negli eredi anche passivamente, quantunque l'impetrato non abbia violato il divieto, pagina 447-449. — Responsabilità di colui, *qui liti se obtulit*. L. 13 § 13. L. 45 D. *de H. P.* V, 3; L. 25 D. *de R. V.* VI, 1, pag. 450-454. — Consunzione processuale prodotta dall'*interdictum redditum*. L. 3 § 13 D. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29, pag. 454-459.

## § 1838 a.

## b) Dopo l'emanazione dell'interdetto.

## 1) La procedura per sponzione.

## a a) Le sponzioni. Pag. 459-486.

89. Requisiti generali, pag. 459-462. Forma delle sponzioni in generale; significato del termine « *edictum* » in essa, pag. 462-466. — La forma in particolare era ora specificata, pag. 466, ora indeterminata in modo da venir determinata solo dal suo rinvio all'*interdictum redditum*, pagina 467-471. Applicazione della *sponsio* a *peregrini*, pag. 471. — (FRONTINO, *De controversiis agrorum*, pag. 36, v. 13 seq. Lachm. nota 28, pag. 472). La *restipulatio*, pag. 473 seg. Determinazione della *summa sponsionis*, pag. 474-476.
90. Momento della stipulazione della sponzione: udienza della *litiscontestatio* nell'*actio ex sponsione* nel *rerum actus*, pag. 476-482. PAOLO, IV, 7, 6, pag. 482. L. 1 pr. i. f. D. *uti poss.* XLIII, 17, pag. 482. Il rifiuto di prestare la sponzione dà luogo a *missio in bona*, pag. 482-484; il rifiuto dell'impetrante ad acconsentire alla *restipulatio* ha per effetto *denegatio actionum ex sponsione*, pag. 484.

Per iniziare la procedura della sponzione era necessaria una nuova *in ius vocatio* dell'impetrato, pag. 484-486.

## § 1838 b.

## b b) L'agere ex sponsione. Pag. 486-510.

91. Forma processuale delle azioni *ex sponsione et restipulatione*, pag. 486. Le *exceptiones* sorte tra l'*interdictum redditum* e il *rerum actus* venivano

inserite nella *sponsio* o nell'*actio ex sponsione*, a seconda che la *sponsio* era specificata o no, pag. 486-488. Per le azioni *ex sponsione* o *ex restipulatione* era assegnato nello stesso tempo lo stesso tribunale di giudici giurati, pag. 488 seg. Questo è costituito ora da *unus iudex*, ora da *recuperatores*, anche questi ultimi vengono presi dall'*album iudicum selectorum*, pag. 489 seg.

92. Accanto all'azione della sponsione nella procedura formulare ha luogo una seconda azione per il diritto in sè. La sua *intentio* contiene probabilmente un: *Si Aulus Agerius sponsione vicerit*. GAIO, IV, 165, pagina 490-492. Noi la chiamiamo *iudicium secutorium*, pag. 492. — Quando la legittimazione passiva consisteva nel possesso dell'oggetto della lite o nella facoltà di disporne, è presumibile che l'impetrato dovesse prestare *cautio iudicatum solvi*, pag. 492-496.
93. Natura arbitraria dei *iudicia secutoria* derivanti da interdetti imperativi, GAIO, IV, 165, pag. 496; e così del *Cascellianum* dell'*Uti possidetis*, GAIO IV, 166 a i. f. 167, pag. 497, forse anche dei *iudicia secutoria* di certi altri interdetti proibitorii, pag. 497 seg. — La *condemnatio* non era penale, pag. 499 (Spiegazione della L. 7, § 4, D. *quod vi* XLIII, 24, in contraddizione con lo SCHMIDT e T. MOMMSEN, pag. 499-504; essa era concepita in un « *quanti ea res est* », e questo significa l'interesse. L. 3 § 11 D. *uti poss.* XLIII, 17; L. 6 D. *de vi* XLIII, 16, pag. 504-507. Soltanto nell'interdetto *de homine libero exhibendo* è da presumere che la *condemnatio* fosse rimessa al criterio del giudice. Il *iudicium secutorium* viene eventualmente subito collegato col *iudicium de sponsione*, pag. 507. Confutazione della diversa opinione del DERNBURG per l'*Uti possidetis*, pag. 507-510.

### § 1838 c.

c) La procedura degli *interdicta duplicia*. Pag. 510-549.

94. L'*Uti possidetis* secondo GAIO, IV, 166-170, pag. 510 seg. Necessità della cooperazione di ambedue le parti per evitare l'*interdictum secundarium*, pag. 511. *Fructus licitatio*, pag. 512; momento in cui avveniva, pagina 513; *Fructuaria stipulatio* con *satisfactio*, pag. 514; *Iudicium Cascellianum*, pag. 514; questo abbraccia anche la restituzione dei frutti percepiti, pag. 514-518.
95. Invece della *fructuaria stipulatio* il *iudicium fructuarium* dato a scelta, pagina 518 seg. Il contenuto di quest'ultimo è diverso da quello della *fructuaria stipulatio*, pag. 519-529; confutazione dello SCHMIDT, pag. 520 e del DERNBURG, pag. 520 seg. Dimostrazione della diversità; confutazione del RUDORFF, pag. 522, del KRÜGER (*satisfactio* anche pel *Cascellianum*, pag. 523-527) e del LENEL pag. 527 seg. — Prescrizione del diritto alla doppia sponsione, pag. 529.
95. Corso della procedura con regolare esecuzione della prova, pag. 529 seg. Corso della procedura negli altri casi: 1.° quando nessuna delle parti prova il suo possesso al momento dell'emanazione dell'interdetto, pa-

- gina 530-533; 2.<sup>o</sup> quando ciascuna lo prova. L. 3 pr. D. *uti poss.* XLIII, 17; L. 3 § 5 D. *de a. v. a. p.* XLI, 2, pag. 533-543. Confutazione dell'opinione del SAVIGNY riguardo a questi frammenti, pag. 533-535; le opinioni di SABINO e di TREBATIO sulla *possessio plurium* si riferiscono alla continuazione della *condictio usucipiendi* dell'antico *iustus possessor* durante il tempo del possesso dell'*iniuste ab eo possidens*, pagine 536-539. Il caso della concorrenza tra *iustus possessor* e *iniuste ab alio possidens*, pag. 539-543 (I tre rapporti, in cui si può parlare di una *possessio plurium in solidum*: nota 61, pag. 541).
97. Procedura negli *interdicta secundaria*, pag. 543-546. — Prescrizione del diritto alla sponzione in un interdetto di tale specie, pag. 547.
98. Procedura nei rimanenti *interdicta duplicia*, pag. 548 seg.

## § 1838 d.

## 2) La formula arbitraria. Pag. 549-571.

99. Non occorre che l'*arbiter* sia preso dall'*album iudicum selectorum*; perciò la procedura innanzi a lui è indipendente dal *rerum actus (extra ordinem* in questo senso), pag. 549 seg. Da ciò proviene, che essa è *sine poena*, perchè la *poena sponsionis* è stabilita non tanto per la disubbidienza dell'impetrato, quanto per il ritardo, che l'*ordo iudiciorum* porta con sé, pag. 550-553. L'impetrante non può domandare la nomina di un *arbiter*, pag. 553-555. La prova dello SCHMIDT in contrario desunta da GAIO, IV, 175, viene a cadere leggendo nel vero suo senso questo passo e GAIO, IV, 163, pag. 555 seg.
100. Negli interdetti proibitorii non è ammessa la domanda di un *arbiter*, pagina 557. Critica della spiegazione tentata dallo SCHMIDT, pag. 557 seg. Di quella dello HUSCHKE, pag. 558-560, e del PUCHTA, pag. 560. La vera ragione è, che questi interdetti essenzialmente non tendono che a un divieto, un diritto a risarcimento è in essi causale, pag. 561-563.
101. Confutazione delle opinioni dello HUSCHKE e del KAPPEYNE, secondo le quali la procedura *per arbitrum* è sorta nello stesso tempo che gli interdetti; essa presuppone l'*agere per formulas*, pag. 563-566. La più antica testimonianza Cic. *Pro Tull.* XXIII, 53, pag. 566; Cic. *Pro Caec.* non prova che questa procedura allora non esistesse ancora per l'interdetto *de vi armata*, pag. 566 seg.

Menzione di questa procedura nell'albo? pag. 568. VALERIO PROBO *Excerpta* num. 70 (Kr.), pag. 568-570. LEX RUBRIA c. XXII v. 31 sq., pag. 570.

La formula arbitraria è in *factum concepta*, pag. 571. Essenzione dell'impetrato dalla cauzione in questa procedura, pag. 571.

## § 1838 e.

## II. IN IUDICIO. — Pag. 571-618.

102. Le *actiones* fondate su interdetti hanno le peculiarità determinate dalla specie dell'*actio* e dei *iudices*. Così anche nei processi interdittali di competenza dei *recuperatores* non erano ammessi più di dieci testimoni per ciascuna parte. Cic. *Pro Caec.* X, 28, pag. 571-573. Esame della questione, se l'origine dell'azione interdittale influisca sul trattamento giuridico di quest'azione in singoli punti.

1.° L'onere della prova non vien soddisfatto mediante semplice certificato, nemmeno negli interdetti di effetto provvisorio, e nemmeno nel *Quorum bonorum* e nel *Salvianum*, pag. 573-577.

103. 2.° In rapporto all'*officium iudicis* negli interdetti si osserva in massima una differenza riguardo ai *fructus*, che debbono esser prestati solo *ex interdicto reddito*, e riguardo alla mora, i cui effetti rimangono esclusi. L. 3 D. h. t., L. 8 § 4 D. *de prec.* XLIII, 26. Fanno eccezione in ambedue i punti gli interdetti *Unde vi* e *Quod vi aut clam*, nei quali vengon prestati i *fructus* e *omne periculum* a datare dal momento in cui è commesso il delitto. L. 1 §§ 40 sq. D. *de vi* XLIII, 16; L. 1 §§ 35 sq. eod. cfr. L. 14 § 11 D. *de furt.* XLVII, 2; L. 8 § 6 D. *de prec.* XLIII, 26. — L. 15 D. *de vi* XLIII, 16. Riguardo alla *praestatio periculi* vale lo stesso nel *fraudatorium*, mentre del tempo *ante interdictum redditum* si debbono qui restituire soltanto quei frutti, che al tempo dell'alienazione fraudolenta erano parte della cosa principale. L. 25 § 1 D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. — L. 25 cit. §§ 4 sqq. cfr. L. 38 § 4 D. *de usur.* XXII, 1, pag. 577-590.

104. Gli interdetti proibitorii mirano unicamente al risarcimento di quel danno, che è stato arrecato in seguito alla *vis adversus edictum facta*, pag. 591. Dove non si ha una tale *vis*, l'azione derivante dalla sponzione dev'essere respinta; le cauzioni, di cui fanno menzione la L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 e L. 15 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1, presuppongono la condanna dell'impetrato in base alla sponzione, pag. 591-595. Le cauzioni non sono punto sottintese in tutti gli interdetti proibitorii. — L. 2 § 18 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8, pag. 596-601.

105. 3.° La *condemnatio* nei *iudicia secutoria* e nelle *actiones arbitrarie* ha per oggetto una somma di danaro. L. 3 § 13 D. *de hon. lib. exh.* XLIII, 29, pag. 601. L'esecuzione diretta è esclusa anche negli interdetti popolari, pag. 602 seg. La L. 2 § 17 D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8 parla di un procedere dell'autorità in via di amministrazione della polizia; la L. 7 eod. non deve riferirsi all'esecuzione diretta, pagina 603-607. Nemmeno negli interdetti popolari l'impetrante poteva essere autorizzato a demolire a spese dell'impetrato le opere costruite in contravvenzione all'editto, pag. 607-609. La condanna in base a un interdetto non era mai infamante. L. 13 D. *de vi*, XLIII, 16, pag. 609.



106. 4.° La decisione di un interdetto *ex delicto* in massima non esercita influenza giuridica sul *iudicium publicum* concorrente, segnatamente non ha forza di cosa giudicata per esso, pag. 610. L. un. Cod. *quando civilis actio*, IX, 31 (= L. un. Cod. Theod. *victum civiliter*, IX, 20), pagina 610-612. La decisione di un processo civile ha forza di cosa giudicata pel giudice penale soltanto là, dove quel processo decide sullo *status* di una delle parti, che è di per sè un presupposto del processo penale, o sull'esistenza di quel diritto privato, che forma l'oggetto della lesione da perseguire penalmente. Così è nell'interdetto *Unde vi*, ove esso statuisca, che l'impetrato nel momento della *vis* non era possessore del fondo controverso. Cic. *Pro Caec.* II, 6 sq.; III, 8; IV, 9. Cfr. L. 3 § 6 D. *de tab. exh.* XLIII, 5; L. 23 § 9 D. *ad leg. Aquil.* IX, 2, pag. 612-615. Appunto a cagione di quel principio un interdetto può precedere il *iudicium publicum* concorrente, quando nel primo *de re familiari agitur*. L. 4 D. *de publ. iud.* XLVIII, 1, cfr. L. 7 § 1 D. *de iniur.* XLVII, 10, pag. 615-617. Lo stesso vale anche per l'interdetto *de homine libero exhibendo* di fronte all'*accusatio ex lege Fabia*, perchè non tende a una pena. L. 1 § 1, L. 3 pr. D. *de hom. lib. exh.* XLIII, 29. PAUL. *R. S.* V, 6, 14, pag. 617 seg.

## § 1839.

*Origine e funzione della procedura interdittale.* — Pag. 618-687.

107. Opinioni dello ZIMMERN, BETHMANN-HOLLWEG, RUDORFF: gli interdetti dichiarati misure di polizia, pag. 618-623.
108. Opinione del BEKKER: natura processuale degli interdetti dati a tutela di interessi privati, pag. 623-632.
109. Opinione dello HUSCHKE: gli interdetti sono attuazioni esecutive di diritti assoluti ed effettivi a tutela dei cittadini, che ne hanno il godimento, pag. 632-636.
110. Al tempo dell'esclusivo dominio della procedura per *legis actiones* un mezzo di tutela giuridica non accordato direttamente dal *ius civile* poteva ottenersi solo mediante un interdetto, pag. 636-643.
111. Secondo lo HUSCHKE la lite fondata sull'interdetto s'iniziava mediante *multae certatio*. — PLAUTO, *Poen.*, V, 5, 55 sq. — Cic. *De orat.*, I, 10, 41. Secondo la retta opinione essa era iniziata mediante *sponsio* e *restipulatio*, pag. 643-649.
112. Determinazione approssimativa del tempo, in cui è sorta la procedura interdittale. Cic., *Pro Caec.*, XIII, 36. XVI, 45, XVII, 49. *Pro Tull.*, XIX, 44. *De orat.*, I, 10, 41, pag. 649 seg. — PLAUTO, *Stich.*, IV, 4, 14 pag. 650. — LEX CINCIA, pag. 651. — LIVIO, XXV, 1? pagina 652. L. 1 § 29 D. *de aq. coll.*, XLIII, 20? pag. 653.
113. Congetture sulla procedura per la cosa principale. HUSCHKE, WITTE, KELLER, pag. 654.

114. Dopo la *lex Aebutia* il pretore poteva dare anche con un'*actio* tutela giuridica a rapporti, che secondo il *ius civile* erano privi di tutela. Ciononostante anche più tardi non solo sono mantenuti gli interdetti già esistenti, ma ne vengono istituiti dei nuovi, pag. 655. Ciò si spiega coi vantaggi peculiari della procedura interdittale. Questi negli interdetti imperativi consistono in ciò, che quando l'impetrato domanda la formula arbitraria istituita in seguito alla *lex Aebutia*, la decisione è pronunciata subito, senza dilazione fino al *rerum actus*, e in caso diverso la parte vittoriosa guadagna la *summa sponsionis* o *restipulationis*, pag. 655-661. Negli interdetti proibitorii il pericolo, processualmente inevitabile, della *sponsio* distoglieva in molti casi da una contravvenzione, pag. 662.
115. Spiegazione del fatto, che malgrado i vantaggi della procedura interdittale per i rapporti tutelati dal pretore solo dopo la *lex Aebutia* per lo più è stata istituita un'*actio*: per le azioni onorarie create sul modello del *ius civile*, pag. 663 seg.; per le azioni penali pretorie, pagina 664; per le azioni pretorie *ex delicto* dirette a semplice risarcimento, pag. 665. Spiegazione per la concorrenza di azioni pretorie di risarcimento con un interdetto, pag. 666-671 (PAOLO, V, 6, 2), pagina 669-671. Gli interdetti presentano l'inconveniente, che possono essere impartiti solo dal *magistratus cum imperio*. Perciò spesso ha luogo un'*actio in factum* anche là, dove per il medesimo diritto in altre circostanze vien dato un interdetto, pag. 671-673. Spiegazione per le *actiones de pecunia constituta, ex recepto argentarii, ex recepto nauae etc., funeraria*, pag. 673-675. Spiegazione per l'istituzione di nuovi interdetti restitutorii dopo la *lex Aebutia* data dal bisogno di acceleramento (L. 7 § 2 *de damno inf.*, XXXIX, 2), pag. 675, per l'istituzione di nuovi interdetti proibitorii data dal desiderio di prevenire il più possibile una temuta turbativa. L. 9 § 1 D. *eod.* L. 15 D. *ad exhib.*, X, 4, pag. 676-682.
116. *Executio iure potestatis* invece di un interdetto. L. 1 §§ 1 sq. D. *de migr.*, XLIII, 32; L. 5 § 27 D. *ut in poss. legat.*, XXXVI, 4; L. 3 pr. § 1 D. *ne vis fiat ei*, XLIII, 4; L. 1 § 2 D. *si ventr.*, XXV, 5, pag. 682 seg. Quel mezzo non è un avanzo del diritto originario (PERNICE), pagina 684; nè deriva dal *ius extraordinarium* (SCHMIDT), pag. 684 seg.; e nemmeno deve tutelare dal pericolo della *sponsio ex interdicto* (DERNBURG), pag. 586; esso serve invece a soddisfare il bisogno di un acceleramento ancora maggiore di quello che offre l'interdetto, pag. 687.

## § 1839 a.

*Natura dei rapporti giuridici creati dalla difesa interdittale.* - Pag. 687-702.

117. Astrazione fatta dagli interdetti popolari, un diritto soggettivo dell'impe-  
trante sorge, non appena si è verificato quell'elemento di fatto, a cui  
la legge come sicuro effetto giuridico collega la prospettiva dell'ema-

nazione di un interdetto. Gli interdetti quindi non sono che una forma speciale di procedura, pag. 687-690. La L. 52 § 6 D. *de O. et A.*, XLIV, 7 non contrappone gli interdetti ad altri mezzi di tutela giuridica di natura obbligatoria; la contrapposizione, di cui essa parla è quella tra l'*edictum perpetuum* di GIULIANO e le aggiunte fattevi più tardi dalla giurisdizione, pag. 690-693. Nemmeno la L. 1 § 3 D. h. t. attesta la natura obbligatoria degli interdetti, pag. 693. — Nemmeno gli interdetti obbligatori sono tutti azioni *ex delicto*, pag. 693-695. — La natura di ciascun interdetto determinata dal contenuto particolare del diritto accordato pel rapporto tutelato, pag. 695. Non obbligatori sono per esempio il *Quorum bonorum*, pag. 696, il *Quod legatorum*, gli interdetti *retinendae possessionis*, pag. 697, gli interdetti dati a tutela di una *missio*; obbligatori gli interdetti *de migrando* e *Salvianum*, pag. 698.

118. Non obbligatori sono gli interdetti dati a tutela di diritti di famiglia, pag. 699.
119. L'*obligatio in non faciendo* derivante da interdetti proibitori obbligatori è in sostanza un'obbligazione avente per oggetto l'interesse con la condizione della violazione del divieto. Il divieto pronunciato da un interdetto di questa specie ottiene forza obbligatoria soltanto mediante ripetizione personale; e a questa può accampar diritto l'impetrante quando sussistano i requisiti edittali, pag. 700 seg.
120. Da tutti gli interdetti popolari deriva un diritto d'obbligazione dell'impetrante, però solo in forza dell'emanazione ottenuta, e negli interdetti imperativi questo diritto è incondizionato, nei proibitori ha per condizione la violazione del divieto, pag. 701. Il vero scopo degli interdetti popolari è la tutela assoluta di quei dati rapporti nell'interesse pubblico, pag. 702.

#### § 1840.

#### *Fine della procedura interdittale.* — Pag. 702-764.

121. Fin dal tempo di DIOCLEZIANO è attestata una procedura *secundum sententiam interdicti, interdicti exemplo, secundum tenorem, ad instar interdicti* nei casi in cui veniva anticamente pronunciato un interdetto: *in extraordinariis iudiciis interdicta proprie locum non habent; perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*, pagina 702-706. Insufficienza della spiegazione dello SCHMIDT, pag. 706 e seg. Confutazione della spiegazione del BETHMANN-HOLLWEG, pagina 707-709 (nota 11: la differenza tra i *iudices privati* della procedura formulare e i *iudices pedanei* della procedura giustiniana consiste nella diversa delimitazione delle loro funzioni, pag. 708). Lo sparire della procedura interdittale si spiega invece col concetto dell'*ordo iudiciorum* e dei *iudicia extraordinaria* di O. E. HARTMANN, pagina 709.

122. Confutazione del BETHMANN-HOLLWEG, il quale reputa, che l'emanazione degli interdetti sia continuata sino all'anno 428, pag. 710-712. Significato della *exceptio non impetratas actionis*, pag. 712-715. L. 1 Cod. Theod. *unde vi* IV, 22 — L. 1 Cod. Iust. *si per vim* VIII, 5, pag. 715. L. 9 Cod. Theod. *de his quae sub tyr.* XV, 14 pag. 716. — SYMMACHUS, Rel. XXVIII (= Epp. X, 41, *alias* 48), pag. 717-726 (= Epp. X, 51 *al.* 58), pag. 727-730 XXXVIII, (= Epp. X, 51 *al.* 58), pag. 730. Confutazione del KIPP., L. 2 e 5 Cod. Theod. *unde vi*, IV, 22 pag. 731 seg.
123. Procedura accelerata delle *actiones extraordinariae ex causa* di un interdetto, pag. 732. Esclusione generale della *litis denunciatio* coi suoi termini pag. 733: SYMMACHUS, Rel. XVI (= Epp. X, 29 *al.* 36), pag. 733 e seg. L. 5 Cod. Theod. *de denunt.*, II, 4 pag. 735, L. un. *cod. utrubi*, IV, 23, L. 6 *cod. de denunt.* II, 4, pag. 736. Mezzi speciali di acceleramento per singoli interdetti, pag. 737-739. Acceleramento generale della procedura presso GIUSTINIANO L. 4 Cod. Iust. *de interd.* VIII, 1, pag. 740.
124. Contenuto delle azioni *ex causa* di interdetti imperativi, pag. 743-745. Contenuto delle azioni *ex causa* di interdetti proibitorii. Confutazione dell'opinione dello SCHMIDT: queste ultime azioni non presuppongono la violazione di un divieto, pag. 745 seg. Esse hanno per iscopo di ovviare al pericolo di un atto contrario al divieto mediante una cauzione verbale, che promette una pena convenzionale per un tale atto; se il convenuto non presta questa cauzione, è condannato nell'interesse, pag. 746 seg. La condanna comprende inoltre il risarcimento del danno cagionato da una violazione dell'editto dopo l'istituzione dell'azione, come pure la rimozione di uno stato di cose prodotto precedentemente dal convenuto, la cui permanenza sia contraria all'editto, pag. 747 seg. Non è vero, che ogni azione *ex causa* di interdetti proibitorii sia un'azione *ex delicto*. Senza previa istituzione di azione non può domandarsi risarcimento per la violazione del divieto tutelato da un interdetto di questa specie, pag. 748-750. § 1 I. *de interd.* IV, 15, pag. 750 seg. Interdetti proibitorii e restitutorii per il medesimo rapporto, pag. 751-755; concorrenza di un interdetto proibitorio con un'actio *in factum* diretta a risarcimento di danni. L. 2 pr. § 17; L. 7 D. *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8, pag. 755-758.
125. Azioni *ex causa* di interdetti bilaterali. Con esse si domandava, che il giudice vietasse incondizionatamente a quella parte, presso la quale egli considerasse esistenti i voluti requisiti, ciò che era stato ugualmente vietato con l'interdetto a ciascuna parte, pel caso del verificarsi di quei requisiti, pag. 758 seg. Per conseguenza restava libero ai convenuti di ottenere la condanna dell'attore senza azione riconvenzionale. La decisione dell'autorità giudiziaria era anche qui già giustificata in caso di fondato timore di una violazione del divieto edittale, su cui si fondava l'interdetto, pag. 759. Scomparsa della *fructus licitatio* nell'*Uti possidetis*, pag. 760. Nemmeno la lite sul possesso è un *praecudicium*, pag. 761. Effetto recuperatorio dell'azione possessoria; sua prescrizione

- trentennale, pag. 761. Naturale trasformazione della domanda d'azione bilaterale in una domanda unilaterale là dove il convenuto non solleva una pretesa al possesso. Con ciò egli rinunzia nello stesso tempo ad allegare la viziosità del possesso dell'attore, pag. 761 seg.
126. *L'extraordinaria executio iure potestatis* restata accanto alle singole azioni *ex causa* di interdetti proibitorii: esse hanno scopi ed effetti essenzialmente diversi, pag. 762.
127. Gli interdetti popolari continuano a sussistere come tali, cioè l'azione *ex causa interdicii* spetta a ogni cittadino, pag. 763; la condanna non viene misurata secondo l'interesse personale, ma nel modo di prima, pag. 764.

## § 1840 a.

*Le azioni « ex causa » degli interdetti dalla Glossa fino ad oggi.*

128. 1.° Acceleramento della procedura. — La GLOSSA ammette pel *Quorum bonorum* una cognizione sommaria, cioè *prima-facie*, pag. 765 seg. — BARTOLO la estende a tutti gli interdetti possessorii, pag. 766 e seg. Altro concetto della cognizione è quello di una procedura tendente a semplice acceleramento (Giovanni FAXIOLUS, DURANTIS, in principio anche BARTOLO), pag. 768. Confutazione di queste due opinioni, pag. 769-772. Una *prima-facie-cognitio* è sconosciuta al Codice di procedura dell'Impero Germanico; una decisione in base a semplice certificato a norma della legge d'introduzione di tale Codice § 16 num. 4 è permessa soltanto là dove un interdetto ha per iscopo una disposizione provvisoria, pag. 772. Quindi l'interdetto *de itinere reficiendo* non è pratico, pag. 773.
129. 2.° Contenuto delle azioni *ex causa* di interdetti proibitorii. — Secondo il BRACHILOGO, la dottrina dei GLOSSATORI, pag. 774, lo SPECULUM IUDICIALE, pag. 774 seg., BARTOLO, il CLAGSPIEGEL, pag. 776, esso ha per oggetto un divieto. E così è rimasto; alcuni scrittori moderni, per esempio il GÖSCHEN, sembra però che non si siano reso conto della differenza tra l'azione diretta all'emanazione di un divieto e quella diretta a risarcimento di danni per un atto vietato, pag. 777-779. Oltre a emanare un divieto in origine veniva ordinata anche una *cautio de non amplius turbando*, pag. 779 (la GLOSSA, BARTOLO, pag. 780, GAILL, pag. 781). A norma dell'ULTIMO RECESSO DELL'IMPERO § 162 ogni contravvenzione è vietata sotto una determinata pena, pag. 781 seg.; similmente a norma del COD. DI PROC. CIV. GERM., § 757, pag. 782. — Secondo l'equità ora deve prestarsi risarcimento anche pel danno cagionato dal convenuto prima dell'istituzione dell'azione con la consapevolezza di compiere un atto illecito, pag. 782-784. — PROGETTO DEL CODICE CIVILE PER L'IMPERO GERMANICO, pag. 785.

130. 3.° Relazione tra l'*executio iure potestatis* e gli interdetti proibitorii. — Il DURANTIS ne ha un giusto concetto, pag. 786; così pure MENCHIO 1571; lo stesso fanno i pratici tedeschi, pag. 787. Secondo il § 777 del COD. DI PROC. CIV. GERM. la distinzione non ha più ragion d'essere, pag. 788. Il PROGETTO abolisce anche quegli interdetti, in cui questa aveva luogo sino al COD. DI PROC. CIV., pag. 788.
131. 4.° Trattamento degli *interdicta duplicia*. Dalla GLOSSA in poi manca una forma della domanda dell'azione, secondo la quale colui che esercita un'azione in base a un *interdictum duplex* possa esser condannato senza formale azione riconvenzionale, pag. 788. Ammissibilità dell'azione riconvenzionale diretta alla tutela nel possesso attuale contro un'azione avente per oggetto tale possesso; effetto recuperatorio di una delle due azioni, pag. 789. Anche questa deve considerarsi come *remedium retinendae possessionis*, pag. 790. Il doppio processo formato da azione e riconvenzione per la *iusta possessio* è l'esclusivo campo di applicazione dell'*exceptio vitiosae possessionis*; questa eccezione non è permessa a colui, il quale, citato affinché desista da una turbativa di possesso, non accampa diritti da parte sua al possesso, pag. 791. Critica dei §§ 819 cap. 2 e 820 cap. 2 del PROGETTO, pag. 792.
132. 5.° Trattamento degli interdetti popolari. I trattati o i manuali rappresentano fino ai tempi moderni questi interdetti come diritto vigente; così pure, a quanto pare, la giurisprudenza fino alla fine del secolo scorso, pag. 794. Il PUCHTA li ammette *in subsidium*. Il BRUNS formula l'opinione giusta, che è stata generalmente accettata, pag. 795 seg. Secondo questa la condanna concerne unicamente l'interesse personale dell'attore, tanto riguardo al risarcimento dei danni quanto riguardo al ristabilimento del pristino stato o al divieto pel futuro, pag. 797. In tale applicazione i cosiddetti interdetti popolari non sono punto delle azioni *ex delicto*, ma azioni fondate sulla facoltà dell'individuo di partecipare all'uso delle *res in publico usu* divenuto un vero e proprio diritto privato, fondate cioè su di un rapporto simile a quello delle servitù, pag. 798 seg.

## APPENDICE.

(al § 1840 num. 121 nota 11 pag. 708). — Pag. 800-818.

*Sul « iudex pedaneus » delle Pandette.*

Nella L. 38 § 10 D. *de poen.*, XLVIII, 19 — PAOLO, V, 28 il nome di *iudices pedanei* può comprendere benissimo anche i *iudices privati* della procedura formulare, pag. 800-802. La L. 3 § 1 D. *ne quis eum, qui in ius*, II, 7 non parla di *in ius vocare*, pag. 802-804. Nella L. 1 § 6 D. *de post.* III, 1, l'*apud iudices pedaneos postulare* si riferisce anche a domande presentate dopo la contestazione della lite, pag. 804-806. Nella L. 4 D. *de*

*tul. dat.*, XXVI, 5 il *iudex pedaneus* non è altro che il *iudex privatus* della procedura formulare, pag. 806-813 (Esistenza di giurati anche nelle preture speciali create dal *princeps*. Pel *praetor tutelaris* non può dimostrarsi una giurisdizione contenziosa, pag. 807. L'opera di ULPIANO, *De omnibus tribunalibus*, trattava anche della giurisdizione del *praetor urbanus*, pagina 808-810. Nemmeno coi decreti degli imperatori CLAUDIO e MARCO AURELIO fu tolta interamente al *praetor urbanus* la nomina di *tutores*, pag. 810). — La L. 11 Cod. *de fals.*, IX, 22 nulla prova pel concetto del *iudex pedaneus*; essa non parla di un'accusa criminale, ma di un *civiliter requiri*. La L. 9 *cod.* non parla di una contemporanea cognizione civile e penale, pag. 813-818.

E. F. C. M.  
9/3

