

avvalersi dell'*exceptio doli* viene invece negata («*non idem*»), secondo quanto sostenuto da Proculo, per l'ipotesi della cd. *doctrina puerorum*, ovverosia delle spese per l'istruzione o l'ammaestramento di schiavi.

Si tratta della più antica testimonianza in materia di ritenzione per spese, ma dal tenore del passo sembra potersi desumere che questa

trattazione (*Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X. 3 'Paulus III ad Plautium', in AUPA III-V, 1917, 165 ss.*), nella quale si affronta anche il delicato tema del rimborso delle spese fatte su cose altrui, differenziandosi la posizione del possessore e quella del detentore, sia nel diritto classico sia in quello giustiniano; e, nell'indagine dello studioso – che esclude per il periodo classico una tutela del possessore di buona fede in via di azione – si intreccia inevitabilmente anche il profilo dell'accessione. G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano civile e commerciale*³, Padova, 1935, 357, pur seguendo la medesima rigidità di Riccobono nel negare al possessore di buona fede un'azione per le spese da lui sostenute, e pur riscontrando una forte analogia concettuale tra le spese su cosa altrui e i casi di accessione, ritiene tuttavia che si tratti di fattispecie diverse, di cui va distinta la trattazione. Su D. 6.1.27.5, si vd. anche J.-Ph. LÉVY, *D. 6.1.27.5, le droit de retention et le 'ius tollendi'*, in *'Synteleia'*, I, cit., 97 ss.; O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei 'Digesta' e la critica interpolazionista*, in *Index*, XXV, 1997, 13 ss. (ora in ID., *Scritti «italiani»*, Napoli 2009, 121 ss.), in part. 141; C.A. CANNATA, *'Exceptio'*, cit., 246 ss.

RIMEDI PRETORI IN ALCUNI CASI DI ACCESSIONE

1. Tra le testimonianze in materia di accessione, un testo di Ulpiano, tratto dal libro 16 del suo commentario *ad edictum*, menziona Alfeno Varo e Nerva in ordine all'ipotesi della cd. *implantatio*:

Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5.3: *De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.*

L'interpretazione del passo non è agevole: mentre è chiara la chiusa, in cui si afferma che il proprietario dell'albero non perde il suo diritto fin quando l'albero non abbia attecchito, non pochi dubbi solleva la prima parte, lì dove Ulpiano attribuisce ai due giuristi il riconoscimento di un'*actio in rem utilis* per il caso che l'albero sia divenuto tutt'uno con il fondo altrui.

Ulpiano non specifica a favore di chi venga riconosciuta l'azione, ma non si può che pensare al proprietario dell'albero; così come è plausibile ritenere, anche in virtù della collocazione¹ del passo, che l'*actio in rem* sia una *rei vindicatio*.

La legittimazione all'azione in capo al proprietario dell'albero, allignato nell'altrui suolo, implica la necessità di rivedere il principio, generalizzato in età moderna², secondo cui,

¹ O. LENEL, *'Palingenesia iuris civilis'*, II, Lipsiae, 1889, rist. Aalen, 2000, 508 ss., ipotizza che Ulpiano, nel sedicesimo libro del suo commentario all'editto, dopo essersi occupato delle azioni «*de universitate*», passi ad analizzare la formula per la *petitio* delle *singulae res*, ovvero la *rei vindicatio*: nella relativa serie di frammenti, Lenel inserisce anche D. 6.1.5.3, del resto collocato dai compilatori giustiniani nel titolo del Digesto "*De rei vindicatione*", nella parte iniziale relativa all'oggetto della pretesa.

² Come è noto (e come meglio si esporrà in seguito: *infra* § 2), nelle fonti romane non è contemplata una disciplina organica dell'accessione quale specifico modo di acquisto della proprietà: è, questo, un costante avvertimento di tutti gli studiosi che si sono occupati del tema, i quali mettono altresì in evidenza che una serie di differenze tra le varie fattispecie emerge persino sul piano terminologico: *ex multis*, C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose. La proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1938, rist. Milano, 1946, 106 ss. (lo studioso preferisce parlare di «congiunzio-

spese medesime; il giureconsulto afferma quindi che ciò vale anche per altri due casi: quello del possessore di uno schiavo altrui che, convenuto con un'azione nossale, avesse pagato l'ammontare della condanna; quello del costruttore in buona fede su suolo altrui (fatto salvo il cd. *ius tollendi*)⁴³. La possibilità di

⁴³ In ordine a quest'ultima ipotesi, si accenna poi, ancor più specificamente, al caso in cui fosse stata la moglie a costruire su di un'area donatale dal marito: costei, esercitata l'*actio rei uxoriae*, di fronte alla *retentio propter res donatas* del marito, avrebbe potuto far valere le spese sostenute per la costruzione. A tal fine non sarebbe stata però necessaria un'*exceptio doli*: infatti, riprendendo le parole di M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, 161; 200 ss., va ricordato che «già nel corso dell'ultima età repubblicana l'*actio rei uxoriae* è un *arbitrium* che presenta caratteristiche simili agli *arbitria* qualificati *ex fide bona*» (per l'epoca classica, cfr. Gai 4.62); ciò significa che il dolo avrebbe acquisito rilievo senza bisogno di far inserire nella formula la relativa *exceptio*: ma *contra*, A. METRO, *'Exceptio doli' e 'iudicia bonae fidei'*, in *φιλία. Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. d'Ippolito, III, Napoli, 2007, 1731 ss., critico rispetto all'inerenza automatica dell'*exceptio doli* ai giudizi di buona fede nel periodo classico. Il passo in questione, insieme con quelli che lo seguono nella compilazione giustiniana (Gai 7 *ad ed. prov.* D. 6.1.28; Pomp. 21 *ad Q. Mucium* D. 6.1.29; Gai 7 *ad ed. prov.* D. 6.1.30, nonché Cels. 3 *dig.* D. 6.1.38), viene puntualmente analizzato da S. RICCOBONO, in un'amplissima

cui traspare che ai tempi del giurista il suo utilizzo fosse alquanto diffuso.

Del resto, l'impiego della *exceptio doli* per consentire al possessore di buona fede di ottenere indirettamente, attraverso il meccanismo della *retentio*, il rimborso delle spese effettuate sulla cosa altrui, è da Paolo testimoniato già per i tempi di Proculo:

Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.27.5: *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.*

Paolo enuncia in termini generali la possibilità per il possessore che, prima della *litis contestatio*, avesse effettuato delle spese sulla *res* altrui di opporre l'*exceptio doli mali* al *petitor*, il quale si ostinasse a portare avanti il giudizio di rivendica, senza avergli prima rimborsato le

nell'ipotesi di incorporazione di una cosa in un'altra, il proprietario della cosa considerata principale diviene *dominus* di quella accessoria;

ne»); P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*, Milano, 1952, 253 s.; C. SANFILIPPO, voce *Accessione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, I/1, Torino, 1957, rist. Torino, 1964, 129 s.; G. BRANCA, voce *Accessione* in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 261 e 263 s.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1965, 239 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, II, rist. corretta della 1^a ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1968, 92 ss.; P. MADDALENA, 'Accedere' e 'cedere' nelle fonti classiche, in *Labeo*, XVII, 1971, 169 ss. Alcuni autori ritengono peraltro che nei casi di accessione non si verificasse un acquisto, bensì solo una continuazione della proprietà sopra un oggetto, che risultava accresciuto dalla congiunzione con un altro oggetto: sul punto, C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4^a ed. curata ed integrata da G. Grosso, Milano, 1953, 291; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante, Roma, 1931, 70 s. (il quale ritiene conciliabili le due posizioni); B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., 240; P. BONFANTE, *Corso*, II.II, cit., 94 ss.; che si debba pensare ad un «arricchimento» della cosa principale (e non ad un acquisto della proprietà sulla cosa accessoria) è espressamente affermato da G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di Diritto privato romano*, Catania, 1999, 438 ss.; la medesima impostazione si riscontra anche in A. PLISECKA, 'Accessio' and 'specificatio' reconsidered, in *TR*, LXXIV, 2006, 45 ss.

e ciò anche al fine di stabilire in che senso l'*actio* fosse *utilis* e come, quindi, dovesse essere strutturata la relativa *formula*.

Occorre innanzitutto rilevare che il testo non presenta mende di tipo formale: la forte valenza avversativa del «*nam*», che segna il passaggio dall'ipotesi in cui l'albero abbia messo radici a quella in cui non abbia ancora attecchito, induce ad ipotizzare una manipolazione del passo ad opera dei compilatori, i quali avrebbero omesso di riportare le ragioni a sostegno della posizione assunta dai due giuristi; ma non giustifica di per sé l'idea di un totale stravolgimento dell'originario significato del passo³. Ugualmente infondati ci sem-

³ Stravolgimento ipotizzato in un primo momento da S. RICCOBONO, *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in *BIDR*, XVIII, 1906, 197 ss. (in part. 207 ss.); ma sui successivi mutamenti di opinione, si vd. *infra* nt. 87; si vd. anche F. MANCALEONI, *Contributo alla storia e alla teoria della 'rei vindicatio utilis'*, Sassari, 1900 (estratto da *Studi sass.*, I, 1900), 49; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, rist. dell'ed. del 1928 a cura di L. Capogrossi Colognesi, Roma, 2002, 705 nt. 3. Non dubita affatto della genuinità del passo M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma Imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romani-*

viene richiamata da Gaio per tutte le ipotesi di accessione da lui considerate, in un modo da

sa nonostante fatti sopravvenuti o circostanze concomitanti, quindi a tenere un comportamento doloso nel corso del giudizio; essa si contrappone alla cd. *exceptio doli specialis seu praeteriti*, con cui si fa valere il dolo dell'attore al momento della conclusione del negozio. Come di recente ribadito da M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 34 e nt. 118, la distinzione, sul piano terminologico, tra *dolus praesens* (o *generalis*) e *dolus praeteritum* (o *specialis*) non è romana; le espressioni che si leggono nelle fonti (e da cui gli interpreti dell'età intermedia hanno tratto spunto per coniare la contrapposizione) presentano invero un significato affatto diverso: Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.33; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.2.1; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.18; la formulazione dell'*exceptio doli* contenuta nell'editto adrianeo e riportata da Gaio (4.119: *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*; O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, 512) è comunque relativa sia al cd. dolo negoziale sia al cd. dolo processuale; cfr. anche A. BURDESE, voce '*Exceptio doli*' (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, rist. Torino, 1981, 1073; ID., *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 91 ss., in part. 95 ss. (anche in *D@S*, V, 2006, sez. *Tradizione romana*); L. LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, in *L'eccezione*, cit., 123 ss.; C.A. CANNATA, '*Exceptio doli generalis*' e *diritti reali*, in *L'eccezione*, cit., spec. 235 ss.

si esporrà a breve – intorno al I secolo a.C. Si intuisce che l'attore, pur di evitare la *retentio* della propria *res* da parte del convenuto, si decideva a pagare. Orbene, questo meccanismo funzionava anche a favore dell'ex *dominus* dei materiali (o dei semi o dell'albero), possessore di buona fede del fondo altrui, in quanto la perdita della *res* accessoria veniva fatta rientrare nella categoria delle *impensae*⁴². E l'*exceptio*

nica; di *ius retentionis* si parla invece presso gli interpreti: E. NARDI, voce *Ritenzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1363 ss.; M. MARRONE, voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1 ss. (ora in ID., *Scritti*, cit., I, Palermo, 2003, 385 ss.), 399. In materia di ritenzione restano imprescindibili i numerosi lavori di E. NARDI, tra cui si segnalano i tre fondamentali volumi degli *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, *Fonti e casi*, Milano, 1947; II, *Profilo storico*, Milano, 1957; III, *Dogmatica giustiniana*, Milano, 1957. Lo studioso, pur ipotizzando un'origine della *retentio* nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* (*infra* nel testo), mette bene in luce la stretta connessione tra *retentio* ed *exceptio doli*: ID., *Studi*, I, cit., 8: «...il maggior numero dei nostri testi appar compreso tra quelli che senza specifico impiego di termini particolari contemplano ipotesi di *exceptio doli*»; ID., *Studi*, II, cit., 30 s.; 136 s.; cfr. anche A. BÜRGE, *'Retentio' im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich, 1979, 25 ss.

⁴² L'*exceptio doli* viene in questi casi qualificata *generalis seu praesentis*, poiché il dolo consiste nell'accanimento dell'attore a far valere giudizialmente la propria prete-

brano i sospetti circa l'uso della locuzione «*dare actionem*» riferita a giuristi⁴: se è vero che l'attività di *dare* (o *denegare*) *actionem* spettava esclusivamente al magistrato giudicante, è altresì vero che l'attività dei giureconsulti presentava un indubbio carattere creativo: spesso erano proprio i giuristi ad escogitare mezzi di tutela, anche se era poi naturalmente indi-

stico Gérard Boulvert, *Copanello*, 5-8 giugno 1996, a cura di F. Milazzo, 1999, 173 s.

⁴ S. RICCOBONO, *Tracce*, cit., 211: a suo parere, solo ai compilatori può essere addebitata tale imprecisione, che per essi non sarebbe rara; allo stato attuale, non risulta che gli altri studiosi che si sono occupati del frammento abbiano messo in luce questa anomalia, anche là dove, sul piano del contenuto, abbiano pensato ad un rimaneggiamento. Il Nerva cui fa riferimento Ulpiano, comunque, non può che essere il padre del giurista omonimo che fu *praetor designatus* nel 65 d.C.; quest'ultimo, infatti, viene sempre indicato nelle fonti come «*Nerva filius*». Si vd. O. LENEL, *'Palin-genesia'*, cit., I, Lipsiae, 1889, rist. Aalen, 2000, 787, *Nerva* 1; R. ORESTANO, voce *Nerva M. Cocceio (padre)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 233; ID., voce *Nerva M. Cocceio (figlio)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 234; A. GUARINO, *Esegesi delle fonti del diritto romano*, I, 2^a ed. a cura di L. Labruna, Napoli, 1982, 195 s. Su Alfeno Varo, si vd. L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi 'Digesta'*, Milano, 1940 (spec. 48 ss.); H.J. ROTH, *'Alfeni Digesta'*. *Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999, il quale però non analizza il frammento in esame.

spensabile la loro concessione da parte del pretore⁵.

Per una più compiuta interpretazione della testimonianza, appare opportuno valutare il contesto in cui essa era inizialmente inserita.

Nella ricostruzione palinogenetica di Lenel, Ulpiano, in questo luogo del commento all'editto, si occupa delle problematiche relative all'*intentio* dell'azione di rivendica ed esamina certi casi particolari, ponendosi di volta in volta la questione circa la corretta formulazione della pretesa⁶; vengono così analizzate,

⁵ G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, Milano, 1939, rist. Napoli, 2006, a cura di C. Masi Doria, 130; si vd. anche M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 37 nt. 122; G. NICOSIA, *'Iura condere'*, in *AUPA*, I, 2005, 223 ss.; L. VACCA, *L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi «qui fundaverunt ius civile» a Labeone*, in *'Aequitas'. Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno, Trento, 11 e 12 aprile 2002*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, 31 e 33 ss.

⁶ Gli ultimi due paragrafi (4 e 5) di Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5 sono uniti da O. LENEL, *'Palinogenesi'*, II, cit., 509, Ulp. 550, in un frammento a parte: in essi, infatti, Ulpiano esamina il tema della *res qua de agitur* sotto lo

emanava il *iussum de restituendo*, e l'attore teneva fermo sino alla sentenza il suo rifiuto di pagare le spese, il giudice rigettava⁴⁰ la domanda di rivendica e il possessore finiva con il trattenere la cosa: si attribuiva cioè al possessore un cd. *ius retentionis*⁴¹, databile – come

⁴⁰ Secondo l'opinione ormai consolidatasi in dottrina, l'eccezione – se fondata – aveva soltanto il potere di paralizzare la pretesa dell'attore (dunque, di far guadagnare l'assoluzione al convenuto), e non anche quello di diminuire la condanna, sebbene Paolo (3 *sing.*, in D. 44.1.22) affermi esplicitamente che l'*exceptio* «modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem»; celeberrima, sul punto, la disputa tra V. ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio' in diminuzione della condanna*, Modena, 1930 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, a cura di B. Biondo e L. Labruna, II, Napoli, 1974, 247 ss.), favorevole ad una funzione diminutoria dell'*exceptio*, e S. SOLAZZI, *Sull'exceptio' in diminuzione della condanna*, in *BIDR*, XLII, 1934, 268 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 463 ss.), di opinione negativa. Nel senso che l'inserzione di un'*exceptio* permettesse di giungere indirettamente al risultato di far pagare al convenuto una somma inferiore rispetto a quella indicata nella formula, si è espressa di recente P. LAMBRINI, *'Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor': novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna*, in *Il ruolo*, cit., II, Padova, 2003, 377 ss.

⁴¹ Nelle fonti giuridiche romane è adoperato il verbo *retinere* con maggiore frequenza rispetto al sostantivo *retentio* e non sempre con la medesima accezione tec-

poratasi, che non poteva più essere rivendicata da colui che in precedenza ne era *dominus*.

3. Dopo aver illustrato le tre ipotesi di *inaedificatio*, *implantatio* e *satio*, Gaio (2.76) dichiara che il proprietario della cosa accessoria che si trovasse nel possesso del fondo (su cui si era costruito ovvero seminato ovvero piantato l'albero), convenuto in giudizio con la *rei vindicatio* dal proprietario di esso, poteva disporre – purché fosse possessore di buona fede («*utique si bonae fidei possessor fuerit*») – di una *exceptio doli mali* per respingere la *petitio fundi*, nel caso in cui il rivendicante non gli avesse corrisposto le «*impensae*» relative alla cosa accessoria. Il proprietario del fondo poteva, cioè, esercitare la *rei vindicatio* nei confronti del proprietario della cosa accessoria, possessore del fondo; il pretore, però, apprestava a favore del convenuto, che possedesse in buona fede, l'*exceptio doli mali* per il mancato pagamento delle *impensae*.

Tale eccezione costituisce nient'altro che un'applicazione specifica dell'*exceptio doli* prevista per il possessore di buona fede, convenuto con la *rei vindicatio*, in ordine alle spese erogate in ragione del bene altrui: se il *iudex*, verificata la fondatezza dell'eccezione, non

in chiave processuale, alcune di quelle che oggi vengono dogmaticamente inquadrare come “vicende del *dominium*”⁷. In particolare, riportando il parere di Pomponio⁸, il giurista severiano contempla l'ipotesi della *confusio* di materiali della medesima natura che non possono venire disgiunti (D. 6.1.3.2)⁹; fa la distinzione

specifico profilo delle conseguenze di una imprecisa individuazione dell'oggetto della pretesa.

⁷ Per le quali non esisteva un principio unificante: le ipotesi di confusione, come quelle di specificazione e, soprattutto, di accessione, vengono valutate caso per caso, fermi restando i diversi presupposti di carattere generale da cui muovevano, da un lato, i Sabiniani e, dall'altro, i Proculiani nell'esame di queste problematiche: si vd. *infra* ntt. 21 e 102.

⁸ Puntualmente illustrato da E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 320 ss., ove ampia bibliografia e discussione della precedente letteratura.

⁹ Tra questo e il successivo frammento di Ulpiano (D. 6.1.5) è inserito nella compilazione giustiniana un passo (D. 6.1.4.), escerpito dal libro 21 *ad edictum* di Paolo, che O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 1005, *Paul.* 329, colloca sotto la rubrica “*De rei vindicatione*”: *Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit: sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat*. In tal modo, i compilatori sembrano completare la disciplina della confusione inseparabile, riconoscendo l'espe-

ne¹⁰ tra una mescolanza di *frumentum* avvenuta *non voluntate* da parte dei proprietari e quella realizzatasi per volontà degli stessi (D. 6.1.5 pr.); confronta l'ipotesi del *mulsum* fatto con vino e miele appartenenti a due diversi *domini*¹¹ con quella dell'unione di due metalli, illustrando la differenza di regime in base alla separabilità (piombo e argento) o meno (bronzo e oro) dell'unione (D. 6.1.5.1)¹²; si occupa poi

ribilità anche dell'*actio communi dividundo*, dell'*actio furti* e dell'*actio ad exhibendum*.

¹⁰ Ancora citando il parere di Pomponio: si spiega così l'«*idem*» con cui iniziano il *principium* di D. 6.1.5 e i paragrafi successivi.

¹¹ Rispetto a questa ipotesi, peraltro, Ulpiano (o Pomponio: non è ben chiaro a chi si riferisca il «*puto*»: cfr. B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in *BIDR*, LXXII, 1969, 113 nt. 69; G. THIELMANN, *Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung im römischen Recht*, in *'De iustitia et de iure'. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag*, a cura di M. Harder e G. Thielmann, Berlin, 1980, 206; M.J. SCHERMAIER, *Zur Unterscheidung von Vermischung und Verarbeitung im klassischen römischen Recht*, in *RIDA*, XXXIX, 1992, 245 s.; E. STOLFI, *Studi*, II, cit., 324 nt. 57) ritiene più corretto attribuire la proprietà a colui che ha effettuato il miscuglio, quasi come se si trattasse di uno specificatore, laddove altri giuristi («*quosdam*») pensavano ad una comunione.

¹² Sul passo, si vd. l'approfondita analisi di M.J. SCHERMAIER, *D. 41,1,24 und 26 pr.: Ein Versuch zur*

Institutiones (2.71), per cui il proprietario della porzione di terreno non perdeva il *dominium* per il solo fatto del suo distacco dal fondo originario, aggiunge che il proprietario del fondo che venisse accresciuto della parte avulsa acquistava *ipso iure* la proprietà di questa, allorquando con il tempo, spontaneamente, si fosse realizzato un incorporamento organico di essa con il fondo. Ed è significativo che l'idea dell'incorporamento venga collegata al fatto che gli alberi, eventualmente presenti sulla porzione di terreno, avessero messo radici nel fondo altrui.

Quindi, finché le radici dell'albero non avessero attecchito o la parte avulsa non si fosse incorporata al terreno, il *dominus* dell'albero o della parte avulsa conservava il suo diritto, tutelabile con l'azione tipica, la *rei vindicatio*; una volta che l'albero o la porzione di terreno fossero diventati tutt'uno con il fondo (ecco l'unione organica)³⁹, il proprietario di quest'ultimo acquistava la proprietà della cosa incor-

³⁹ L'attecchimento dell'albero sul suolo altrui valeva a determinare l'acquisto, a favore del proprietario del fondo, anche della parte avulsa in cui l'albero era piantato; anzi, era proprio questo il parametro adottato per valutare se tale parte si fosse o meno incorporata al fondo su cui veniva a trovarsi: cfr. anche i testi indicati *supra* nt. 18.

Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.2: *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.*³⁷

In quest'ultimo testo, in realtà, il giurista³⁸ si occupa dell'*avulsio*; ma, dopo aver enunciato nella prima parte la regola, già espressa nelle

³⁷ Si tenga presente che tutti e tre questi testi sono compresi nel titolo del Digesto “*De acquirendo rerum dominio*”.

³⁸ Com'è noto, si è sospettato fortemente della genuinità dei 7 *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, in molti punti non del tutto fedeli al pensiero gaiano, ma ormai attribuiti a Gaio dalla dottrina largamente dominante: tra la vastissima letteratura, si vd. in part. V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle ‘res cottidianae’*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, cit., 493 ss.; S. DI MARZO, *I ‘libri rerum cottidianarum sive aureorum’*, in *BIDR*, LI-LII, 1948, 1 ss. (spec. 31 ss.); H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von ‘Gai Institutiones’*, unter Mitwirkung von M. David, Leiden, 1981, in part. 294 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹¹, Napoli, 1996, 486; M. KASER, *‘Ius gentium’*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 93 ss.; G. FALCONE, *‘Obligatio est iuris vinculum’*, Torino, 2003, 30 ss., cui si rinvia anche per un puntuale ragguaglio bibliografico.

di una cavalla ingravidata da un cavallo altrui (D. 6.1.5.2). L'intero brano si presenta quindi così strutturato:

Pal. Ulpianus 549: Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: quod si voluntate eorum commixta sunt,

Verarbeitungslehre des Paulus, in *ZSS*, CV, 1988, 473 ss.; ID., *‘Materia’*. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, Wien-Köln-Weimar, 1990, 164 ss.; ID., *Teilvindikation oder Teilungsklage? Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht*, in *ZSS*, CX, 1993, 135 ss., il quale evidenzia tra l'altro che ormai non si dubita più della classicità del testo, nonostante segni evidenti di rielaborazione. Sull'impostazione di Schermaier, cfr. O. BEHRENDTS, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die ‘media sententia’ in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in *ZSS*, CXII, 1995, 195 ss. (spec. 229 i.f. ss. su D. 6.1.5.1).

tunc communicata videbuntur et erit communi dividendo actio.

Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividendo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen.

Idem scribit, si equam meam equus tuus praegnatem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est.

De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

Il giurista severiano, in ordine alle varie ipotesi, indica se fosse possibile avvalersi della *formula petitoria* e, in caso affermativo, se essa restasse invariata o dovesse subire degli adattamenti, o perché la pretesa andava espressa *pro parte* o perché l'*intentio* si doveva rivolgere all'*id*, in *quantum paret in illo acervo suum cuiusque*

che si fossero staccati dal fondo, il proprietario originario non avrebbe potuto rivendicarli.

Chiarissimo in tal senso un testo di Paolo:

Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26.1: *Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.*

Fondamentale risultava allora il momento in cui la pianta (o il seme) attecchisse, poiché solo a partire da tale momento si realizzava l'acquisto del *dominium* a favore del proprietario del fondo; del resto, lo stesso Gaio (2.74), per l'ipotesi dell'*implantatio*, ha cura di precisare che la pianta doveva unire le proprie radici con il terreno perché si verificasse l'acquisto: «... *radicibus terram complexa fuerit*». E ancora più chiaramente il principio è espresso nelle *Res cottidianae*:

Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9 pr.: *Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur...*³⁶

³⁶ L'intero *principium* è sostanzialmente identico al passo delle Istituzioni di Giustiniano 2.1.32.

Tuttavia, l'*inaedificatio*, l'*implantatio* e la *satio* vengono ricondotte ad un unico principio: «*superficies solo cedit*», menzionato da Gaio con riguardo alla prima ipotesi (nella specie, costruzione di un edificio con materiali propri su suolo altrui) e da lui reputato valido anche³⁴ per le altre due³⁵.

Tra *inaedificatio*, da un lato, e *implantatio* e *satio* dall'altro, esiste però una basilare differenza, che Gaio qui trascura di considerare, ma che risulta da altre fonti classiche: infatti – come segnalato –, il *dominus* dei materiali di cui era formato l'edificio, una volta che l'edificio crollasse, era legittimato ad esperire la *rei vindicatio*. Viceversa, era definitivo l'acquisto sugli alberi e sui semi altrui, i quali, essendosi “alimentati” nel terreno, erano diventati una cosa diversa, di modo che, se an-

³⁴ Arg. da «*multoque magis*» in 2.74 e «*idem*» in 2.75.

³⁵ D. DAUBE, 'Implantatio' and 'satio', in *AJ*, I, 1958, 181 ss. (ora in ID., *Collected Studies in Roman Law*, a cura di D. Cohen e D. Simon, II, Frankfurt am Main, 1991, 739 ss.); E. HOLTHÖFER, *Sachteil und Sachzuehör im römischen und gemeinen Recht*, Berlin, 1972; F. MAROI, *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, in *SDHI*, I, 1935, 349 ss.; M. KASER, *Die natürliche Eigentumsverwerbsarten im altrömischen Recht*, in *ZSS*, LXV, 1947, 219 ss. (in part. 226 ss.).

esse»¹³ o, ancora, perché era necessaria qualche modifica per la natura “utile” della tutela.

In tale contesto, il frammento da cui abbiamo preso le mosse presenta una sua indubbia coerenza: con riferimento alla *implantatio*, da un lato, si prospetta l'ipotesi che l'albero non abbia attecchito nel fondo altrui e sia perciò rimasto dello stesso proprietario, il quale potrà dunque – la conclusione è implicita – esercitare una normale *rei vindicatio*; e, dall'altro, si considera l'ipotesi dell'albero che abbia allignato: secondo il pensiero di Alfeno Varo e Nerva, l'ex proprietario dell'albero poteva disporre di un'*actio in rem utilis*, ossia di una *vindicatio* con un qualche adattamento della formula¹⁴.

¹³ F. GUIZZI, voce *Confusione nella proprietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, rist. Torino, 1981, 87 ss., reputa (p. 89) la *vindicatio in quantum paret* di origine giustiniana. Alla *vindicatio incertae partis* accenna Gaio (4.54), sia pure come a un genere di azione che «*in paucissimis causis dari solet*»: sulla differenza tra l'*intentio* “*pro rata ponderis quod in massa A'.A'. habet*” e quella “*quantum paret in illo acervo A'.A'. esse*”, si vd., con accurata discussione delle opinioni espresse in letteratura, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 2005, 37 nt. 8.

¹⁴ Ciò implica che nell'editto, al tempo di Alfeno Varo, fosse proposta una *rei vindicatio* formulare; del re-

Si evince pertanto che Alfeno Varo, poi Nerva e quindi Ulpiano presumibilmente reputavano che il *dominus* della pianta ne perdesse la proprietà una volta che questa si fosse incorporata al terreno altrui; ma, al tempo stesso, gli riconoscevano un'azione di rivendica, benché in via utile.

A tale azione tuttavia non si fa alcun cenno in un altro brano ulpiano, in cui si tocca indirettamente il tema della accessione e in cui pure viene menzionato un parere di Alfeno Varo:

Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.9.2: *Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum*

sto, allo stesso giurista sono collegati altri due passi (Alf. 6 *dig.* D. 6.1.57; Paul. 3 *epit.* Alf. *dig.* D. 6.1.58) che testimoniano la diffusione del processo formulare *inter cives* per la tutela del *dominium* già nel I secolo a.C.: su tale complessa tematica, si vd. da ultimo M. TALLAMANCA, *Il riordinamento*, cit., *passim*.

che i moderni ritengono di accessione in senso stretto; gli uni e le altre vengono accomunati semplicemente come acquisti *iure naturali* del *dominium*.

rino, 1957, rist. Torino, 1964, 192 s.; M. SARGENTI, *Osservazioni su D. 41.1.38 in rapporto alla teoria dell'alveo abbandonato*, in 'Synteleia', I, cit., 359 ss.; ID., *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, in BIDR, LXVIII, 1965, 195 ss.; P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli, 1970, *passim*, in part. 38 ss. (con indicazione della più risalente letteratura); ID., *A proposito di incrementi fluviali*, in Labeo, XX, 1974, 224 ss.; L. MAGANZANI, *Gli incrementi fluviali in Fiorentino VI 'inst.'* (D. 41.1.16), in SDHI, XLIX, 1993, 207 ss.; EAD., *I fenomeni fluviali e la situazione giuridica del suolo rivierasco: tracce di un dibattito giurisprudenziale*, in Jus, XLIV, 1997, 343 ss.; R. KNÜTEL, *Arbres errantes, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis*, in RHD, LXXVI, 1998, 187 ss.; A. METRO, *Un'ipotesi sul regime giuridico dell'insula in flumine nata*, in Iura, LI, 2000 (ma pubbl. 2003), 47 ss.; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003; C. MASI DORIA, *Modificazione e estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque. Un esempio della relazione tra 'natura' e 'ius': diritto romano e codificazioni*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 277 ss.; M.P. PAVESE, *'Fundus cum vadis et alluvionibus'. Gli incrementi fluviali fra documenti della prassi e riflessioni giurisprudenziali*, Roma, 2004.

tatio, la *satio*, la *scriptura*, la *pictura*, senza mai dettare una regola generale. Il giureconsulto accosta casi di incrementi fluviali³³ ad ipotesi

mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit. 77. Eadem ratione probatum est, quod in cartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt. Itaque si ego eos libros easve membranas petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero. 78. Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatori; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subriperis tabulam siue alius, competit mihi furti actio.

³³ Gli incrementi fluviali (a quelli considerati da Gaio va aggiunta l'ipotesi del cd. *alveus derelictus*) rientrerebbero nella categoria della cd. accessione di immobili a immobili (sempre che essi, secondo l'impostazione classica, fossero *arcifinii*, e non già *limitati*: Flor. 6 *inst.* D. 41.1.16), ma la loro configurazione dogmatica è alquanto complessa, anche perché involge le diverse teorie sulla proprietà dell'alveo: per alcuni, esso era *res publica* nei fiumi pubblici e *res nullius* nei fiumi privati; per altri, anche sull'alveo del fiume pubblico esisteva un *dominium* latente dei proprietari rivieraschi. Sulla tematica, si vd. V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 58 ss.; L. BOVE, voce *Acque (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, I/1, To-

meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.

Il passo, alquanto complesso, è inserito nel titolo 39.2 dei *Digesta* giustinianeï, in materia di *damnum infectum*¹⁵, ma riguarda un'ipotesi in cui l'evento dannoso si è già verificato: una parte di un fondo sito in alto si è staccata, cadendo su di un fondo inferiore (cd. «*crusta lapsa*»). Riportando l'opinione di Alfeno Varo (approvata da Labeone), Ulpiano, da un lato, afferma che il proprietario del fondo danneggiato dalla porzione di terreno potrà agire per il risarcimento contro il proprietario di questa¹⁶; dall'altro, affronta la questione circa la

¹⁵ Il titolo è più precisamente rubricato “*De damno infecto et de suggrundis et projectionibus*”. O. LENEL, ‘*Palingenesia*’, II, cit., 746 s., *Ulp.* 1272, inserisce questo passo in un lungo frammento relativo ai rimedi concessi al danneggiato – qualora non avesse provveduto a garantirsi contro il danno futuro mediante la *cautio* –, sotto il duplice profilo della rimozione dei materiali altrui che avessero invaso la sua proprietà e del risarcimento del danno verificatosi.

¹⁶ Alfeno menziona un *iudicium de damno iam facto*: il riconoscimento di quest'azione è giustificato dall'impossibilità per il giudice «*apud quem res prolapsae petentur*» di avvalersi del suo *arbitrium* per tener conto del danno: tale impossibilità è spiegata da P. BONFANTE,

esperibilità della rivendica da parte del proprietario del fondo da cui si è staccato il terreno¹⁷.

Al riguardo, risulta del tutto lineare, in ordine agli effetti, la distinzione tra l'ipotesi della parte avulsa che non si sia ancora incorporata al terreno su cui è franata e quella dell'albero (presumibilmente piantato sulla *crusta*) che abbia invece attecchito sul suolo altrui¹⁸ («... *cru-*

Corso di diritto romano, II, *La proprietà*, I, rist. corretta della 1ª ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1966, 426, con la considerazione che in quell'epoca per ciascuna pretesa occorreva un giudizio distinto; P. VOCI, *Modi*, cit., 268, asserisce che il *iudicium* consigliato da Alfeno Varo con molta probabilità presentava una formulazione *in factum*. Secondo M. MARRONE, *Danno temuto, danno già verificato e 'officium iudicis'*, in *RDR*, I, 2001, www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html (ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di G. Falcone, II, Palermo, 2003, 811 ss.), 821 s., tale rimedio «non era proponibile in via autonoma dal danneggiato, ma opponibile ... riconvenzionalmente».

¹⁷ Alquanto sibillina la parte finale del passo, in cui G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 68, e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 513 s., leggono un'estensione dell'*actio negatoria servitutis*.

¹⁸ Sia nel caso della *implantatio* sia in quello della *crusta lapsa* (così come in quello analogo della *avulsio*, su cui

tro un'ulteriore valenza ai fini della nostra indagine, poiché Gaio, analizzando il caso della *pictura* (2.78), accenna ad un'*actio utilis* che in letteratura si trova sempre posta in relazione con l'*utilis in rem actio* menzionata in D. 6.1.5.3.

Si ritiene comunque opportuno valutare la testimonianza gaiana nel suo insieme, prima di soffermarsi specificamente sul paragrafo in questione.

Gaio³² esamina, nell'ordine, l'*alluvio*, l'*avulsio*, l'*insula in flumine nata*, l'*inaedificatio*, la *implan-*

³² Gai 2.70-78: *Sed et id, quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adicitur: hoc est quod vulgo dicitur per adlusionem id adici videri, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat. 71. Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet. 72. At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident: si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxima est, iuxta ripam praedia habent. 73. Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. 74. Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit. 75. Idem contingit et in frumento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit. 76. Sed si ab eo petamus fundum vel aedificium et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolimus, poterit nos per exceptionem doli*

separabile comportava ugualmente la perdita del diritto del proprietario della cosa accessoria, poiché questa si estingueva; ma, una volta realizzatosi il distacco, l'oggetto rinasceva, determinando così il risorgere della proprietà in capo all'antico *dominus*³¹.

Quanto sin qui illustrato dà la misura della mancanza, nelle fonti romane, di una trattazione organica ed esaustiva della materia. Dei tentativi di sistematizzazione sono ciononostante ravvisabili: in tal senso, le *Institutiones* giuridiche costituiscono un essenziale punto di riferimento.

La lettura dei paragrafi (70-78) del secondo libro dedicati all'"accessione" presenta peral-

³¹ I testi che secondo U. RATTI, *La rinascita*, cit., 277 s., proverebbero a favore dell'estinzione giuridica della cosa accessoria come conseguenza della congiunzione alla principale sono: Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.2; Ulp. 18 *ad ed.* D. 47.12.2; Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30.41.12 e 15; Marc. *l. sing. resp.* D. 34.2.6.1; a favore del fenomeno della rinascita del diritto di proprietà – in seguito alla separazione della cosa accessoria dalla principale – vengono poi adottati Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.11.4 e lo stesso Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.5, cit. *supra* nt. 24 e riportato *infra* pp. 60 s. L'autore (p. 272) sottolinea comunque che «la rinascita del diritto reale va esclusa quando la cosa sia divenuta definitivamente *alia res*, mentre è possibile quando sia giuridicamente ammissibile la rinascita della cosa stessa».

stam vindicari posse ... si non coaluerit»; «*nec arbor potest vindicari a te ... cum terra mea coaluit*»); e – come anticipato – al *dominus* dell'albero non viene riconosciuta nessuna azione, nemmeno in via utile.

Da quanto esposto emergono dunque degli interrogativi: come spiegare il contrasto tra questi due testi? Quale diritto veniva ad essere tutelato con la concessione dell'*actio utilis* al proprietario dell'albero?

Per tentare di rispondere, occorre tener presenti alcuni aspetti preliminari.

2. Come è risaputo, l'accessione non trova nel diritto romano una regolamentazione unitaria¹⁹: essa viene disciplinata casisticamente ancora nelle Istituzioni giustiniane, nella Parafraresi di Teofilo e persino nei Basilici, tanto che un inquadramento sistematico si avrà soltanto in età postromana. Del resto, lo stesso

si vd. *infra* pp. 28 ss.), l'acquisto della proprietà si realizzava non con la semplice *positio*, ovvero con il mero contatto dell'albero o della zolla con il suolo altrui, bensì con la *coalitio*, cioè con una congiunzione organica al terreno: cfr. Gai 2.74; Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.13; Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9 pr.; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.7.3.3.

¹⁹ Per la letteratura, si vd. *supra* nt. 2.

termine “*accessio*” presenta nelle fonti romane un significato differente da quello moderno di “modo di acquisto della proprietà”, indicando invero l’incremento di una cosa per il fatto stesso dell’attrazione di un’altra²⁰.

I giuristi romani si sono limitati a stabilire di volta in volta quali fossero gli effetti che si producevano sul piano dei rapporti di proprietà quando due cose appartenenti a diversi *domini* venivano a congiungersi, formando un tutt’uno. Di grande raffinatezza, giuridica e filosofica, si rivelano in proposito le dissertazioni giurisprudenziali sui criteri idonei a distinguere la *res* principale rispetto a quella accessoria²¹ e sulle caratteristiche del risultato

²⁰ B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., 240; C. SANFILIPPO, voce *Accessione (dir. rom.)*, cit., 129.

²¹ Nessun dubbio sussisteva nei casi di accessione di beni mobili a beni immobili: il fondo rappresentava sempre la cosa principale; in ordine all’accessione di beni mobili a beni mobili, invece, è celeberrima la disputa tra Sabiniani e Proculiani: i primi, più inclini al dato materialistico, ritenevano che la cosa principale fosse quella di maggiore grandezza e volume (la «*maior species*»: cfr. Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34.2.19.13; Pomp. 30 *ad Sab.* D. 41.1.27.2); i secondi, più innovativi, guardavano al contrario alla *res* la cui *qualitas* permanesse anche dopo la congiunzione: cfr. Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26 pr.; Flor. 11 *inst.* D. 34.2.29.1. Sulla classificazione, di matrice giusnaturalista, dei vari tipi

Il primo, assumendo come «chiave di volta» la possibilità per i Romani di concepire una proprietà del tutto indipendente da una proprietà delle parti³⁰, ha più volte sostenuto l’idea di una quiescenza della proprietà sulla cosa accessoria: il proprietario della cosa principale diveniva sì *dominus totius rei*, ma solo attraverso l’ampliamento della propria *res*. La proprietà della cosa accessoria, in quanto parte del tutto, continuava ad avere il medesimo titolare, ma restava in uno stato di quiescenza, per ridestarsi qualora le due cose venissero separate. Secondo Ratti, invece, l’accessione

producesse acquisto e rispettiva perdita della cosa accessoria che si consumava, diventava «*alia*». Su queste tematiche, si vd. anche M. PAMPALONI, *Sopra il significato delle parole ‘ferruminare’ e ‘adplumbare’ nelle Pandette e sopra il fondamento giuridico dell’acquisto di proprietà per ferruminazione in diritto romano*, Bologna, 1879 (in part. 66 ss.); P. SOKOLOWSKY, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, *Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1902; in senso critico, L. AMIRANTE, voce *Quiescenza dei diritti (storia)*, in *Enc. dir.* XXXVIII, Milano, 1987, 136 ss.

³⁰ Cfr. Paul. 15 *ad Sab.* D. 41.2.30 pr.; Iav. 9 *ep.* D. 41.3.23; Venul. 2 *interd.* D. 43.24.8; Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.7.1-2; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.6: su tali testi, si vd. anche P. MADDALENA, *Possesso del tutto e possesso della parte nei corpi composti*, in ‘*Syntelesia*’. *Scritti in onore di V. Arangio-Ruiz*, a cura di A. Guarino e L. Labruna, I, Napoli, 1964, 366 ss.

spetto ai vari casi di accessione separabile, la questione della spettanza del *dominium* sull'accessorio durante la congiunzione. Sul punto, è nota la divergenza di opinioni tra Guarneri Citati e Ratti²⁹.

LXXXVIII, 1971, 136 ss.; A. WATSON, 'Tignum iunctum', *the XII Tables and a Lost Word*, in *RIDA*, XXI, 1974, 337 ss.; L. MINIERI, *Tab. 6.8: il 'tignum iunctum' nella coltura vinaria 'a palo morto'*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, 1223 ss.; F. MUSUMECI, 'Inaedificatio', Catania, 1988; H. HINKER, 'Tignum iunctum', in *ZSS*, CVIII, 1991, 94 ss.

²⁹ A. GUARNERI CITATI, *Reviviscenza*, cit., 33 ss., con puntuali riferimenti alle varie opinioni espresse in letteratura; ID., *La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti*, in *AUPA*, XIV, 1930, 227 ss. (in cui viene trasfuso ed ampliato un precedente lavoro: ID., *Appunti critici in materia di accessione nel diritto romano*, in *AUMA*, V, 1929, 260 ss.): con questo secondo studio l'insigne romanista, da un canto, estende la sua idea di una 'quiescenza' della proprietà anche ai casi di unione di mobili a mobili (laddove in *Reviviscenza*, 44 ss., l'aveva circoscritta all'ipotesi di accessione di mobili ad immobili), dall'altro, sottopone a garbata ma efficace critica le argomentazioni formulate da U. RATTI, *La rinascita della proprietà in tema di accessione*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano, 1930, 263 ss. Non sembra superfluo precisare che le argomentazioni di Guarneri Citati valgono soltanto per le unioni che diano vita ad un corpo composto: non viene invero affatto messo in discussione che la creazione di quello che i Greci definivano un $\sigma\tilde{\omega}\mu\alpha$ ἡνωμένον (si vd. *supra* nt. 22)

dell'unione²², soprattutto in termini di definitività della stessa.

Non è questa la sede per soffermarsi su tali aspetti; si ritiene però necessario segnalare che, accanto ai casi in cui l'unione tra le due *res* era considerata perpetua ed indissolubile²³, nelle fonti si rinvengono anche delle ipotesi di

di accessione (immobile a immobile; mobile a immobile; mobile a mobile), si vd. B. D'ONDES RAO, *Dell'accessione per dritto romano*, Palermo, 1874, 11 ss.; E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964, 183 s.

²² Emblematico su tale distinzione è un testo in cui Pomponio, interrogandosi circa l'usucapibilità di una *res* che, prima del decorso del *tempus*, si unisca ad altre, effettua una tripartizione dei *genera corporum*: in primo luogo, vi è il corpo semplice, «*quod continetur uno spiritu*», chiamato alla greca ἡνωμένον; vi sono poi i corpi composti, da suddividere in «*quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat*», indicato con il termine greco συνημμένον; e in «*quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta*»: Pomp. 30 *ad Sab.* D. 41.3.30 pr.

²³ La dottrina non ha mancato di chiarire anche in che senso si potesse parlare di 'indissolubilità'; per una panoramica delle diverse opinioni sul punto, si vd. P. BONFANTE, *Corso*, II.II, cit., 96, il quale definisce (p. 98) la congiunzione necessaria a costituire l'accessione come «quella congiunzione organica o tale che nella coscienza economico-sociale si reputa organica e definitiva, in quanto fonda le due cose in una sola cosa semplice».

congiunzione in cui il proprietario dell'accessorio poteva avvalersi dell'*actio ad exhibendum* per far sì che la sua *res* venisse scissa dall'altra cui era annessa per poterla, quindi, rivendicare²⁴.

Tra queste fattispecie di accessione cd. separabile rientra anche l'*inaedificatio*, la quale presenta però alcune particolarità: nelle fonti invero si legge chiaramente che al proprietario dei materiali, usati per costruire un edificio su suolo altrui, spettavano l'*actio ad exhibendum* e la (successiva) *vindicatio*, ma che l'esercizio di queste azioni era sospeso²⁵ finché durasse la

²⁴ Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.5: *Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur...* Questo testo (riportato *infra* pp. 60 s.) fa parte di un lungo passo di Paolo posto da Lenel in apertura del l. 21 del suo commentario editale, sotto la rubrica "*De rei vindicatione*": O. LENEL, *'Palingsenesia'*, I, cit., 1004 s., Paul. 328; cfr. anche Paul. 14 *ad Sab.* D. 10.4.6; Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.7.1-2. A. GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano (Appunti e frammenti)*, in *AUME*, I, 1927, 38, ha ben chiarito che la necessità di esercitare prima l'*actio ad exhibendum* e poi la *rei vindicatio* deriva dal fatto che presupposto processuale di quest'ultima è l'«autonomia propria» dell'oggetto.

²⁵ L'espressione è adoperata da P. BONFANTE, *Corso*, II, II, cit., 119; A. GUARNERI CITATI, *Reviviscenza*, cit., 40.

costruzione, perché era espressamente sancito dalle XII tavole il divieto di asportare i materiali congiunti (Tab. 6.7: *tignum iunctum aedibus vineave ... ne solvito*)²⁶; tuttavia, se i materiali si staccavano dall'edificio, la *rei vindicatio* diventava nuovamente possibile²⁷.

Ebbene, i giuristi romani hanno tentato di conciliare il principio «*superficies solo cedit*» con la esperibilità della rivendica a unione disciolta²⁸; e nella moderna dottrina si è posta, ri-

²⁶ Il «*tignum*» venne poi dai giuristi estensivamente inteso come qualsiasi materiale da costruzione: cfr. Gai 26 *ad ed. prov.* D. 50.16.62; Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.7 pr.; Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.3.1.1; I. 2.1.29. Le stesse XII Tavole, peraltro, avrebbero concesso al proprietario dei materiali l'*a. de tigno iuncto*, penale, in *duplum*, per l'ipotesi che la congiunzione fosse stata operata dal *dominus aedium* (si prescinde qui dalla problematica sulla furtività del *tignum* ai fini della spettanza dell'azione).

²⁷ Cfr. Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.6-7; Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.10; Iul. 6 *ex Minicio* D. 6.1.59; Paul. 3 *ad Ner.* D. 24.1.63; Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.7.2; Ulp. 75 *ad ed.* D. 47.3.1 pr.

²⁸ E ciò a partire almeno dal I sec. d.C.: Paul. 33 *ad Sab.* D. 41.1.28. Per questa e le altre complesse problematiche in tema di *inaedificatio* e di *tignum iunctum*, si vd. in part. G. MELILLO, *'Tignum iunctum'*, Napoli, 1964; R. QUADRATO, *'Tignum iunctum ne solvito'*. *Dalle XII Tavole a Giustiniano*, in *AUBA*, II, 1966-67, 275 ss.; J.P. MEINCKE, *'Superficies solo cedit'*, in *ZSS*,

conseguenze, giungendo a pensare che l'*actio utilis* dovesse in realtà intendersi come una vera e propria azione personale, con formulazione *in factum* (la modifica nel senso della realtà sarebbe stata poi operata dai compilatori giustiniane)⁸⁸; altri ancora l'hanno invece con-

dal pretore per neutralizzare un guadagno maturato da una parte a danno di un'altra, come risultato di una certa regola di *ius civile*. Si nota, in questa conclusione dello studioso palermitano, la medesima impostazione di Jhering, da cui Riccobono tuttavia si discosta nel qualificare (p. 46) la *vindicatio utilis* come un'*actio in rem* «not merely as regards form but also as regards substance» e nell'ipotizzare (p. 45) una *fictio* «*ac si dominus esset*». Nel medesimo solco tracciato da Jhering si è posto anche P. VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, II, Milano, 1947, 379, che enumera la *rei vindicatio utilis* tra i rimedi idonei ad assicurare una reintegrazione patrimoniale; lo studioso, tuttavia, qualche anno dopo (ID., *Modi*, cit., 267) ha aderito all'opinione secondo cui sia la *rei vindicatio utilis* sia l'*actio in factum* paolina sono rimedi risarcitori di origine compilatoria. Una sentita difesa del pensiero jheringhiano è stata poi proposta da P. MADDALENA, *'Tabula picta': ritorno a Jhering*, in *Labeo*, XIII, 1967, 68 ss.

⁸⁸ Questa tesi è stata sostenuta innanzitutto da F. MANCALEONI, *Contributo*, cit., *passim*, che svolge un'approfondita analisi di tutte le fonti che alla *rei vindicatio utilis* fanno, in via diretta o mediata, riferimento (a p. 1 nt. 2, l'autore richiama anche le opere di coloro

particolare applicazione dell'*exceptio doli* fosse in uso già da tempo⁴⁴.

Ed invero, non può non tenersi conto, da un lato, che l'*exceptio doli* fu introdotta dal pretore verso la fine dell'età repubblicana⁴⁵; e,

⁴⁴ È quanto giustamente rileva M. MARRONE, *In materia di ritenzione*, in *Labeo*, IV, 1958, 81 ss. (ora in ID., *Scritti*, II, cit., 919 ss.), in part. 926. Il perfetto «*dixerunt*» riporta in effetti alquanto indietro nel tempo; e non è un caso che esso venga adoperato con riferimento all'*actio rei uxoriae*, data l'antichità della questione rispetto alle spese dotali: si vd. *infra* nt. 60. Ancora, è significativo che il passo sia contenuto nel commentario all'editto.

⁴⁵ La letteratura sulle origini dell'*exceptio doli* è sconfitta, ma sembra esserci concordia di opinioni sull'esistenza di questo rimedio processuale a partire almeno dalla metà del I sec. a.C. È notorio del resto che il parametro temporale è rappresentato al riguardo dalle testimonianze di Cicerone: Cic. *de off.* 3.14.58-60.; Cic. *de nat. deor.* 3.30.74; Cic. *ad Att.* 6.1.15; Cic. *de off.* 1.10.32. Si vd. per tutti, con indicazione della precedente letteratura, A. BURDESE, voce *'Exceptio doli'*, cit., 1073; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 135 ss.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 261 nt. 35; e, più di recente, R. CARDILLI, *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Il ruolo*, cit., I, Padova, 2003, 283 ss. (ora in ID., *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino, 2004, 1 ss.), 19 s.; R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003,

dall'altro, che il suo impiego per comportamenti dolosi tenuti nell'ambito del processo appare già presupposto nelle decisioni dei giuristi appartenenti alla scuola di Servio Sulpicio Rufo, a partire quanto meno da Trebazio Testa⁴⁶. Non si può escludere, quindi, pur in mancanza di testimonianze espresse sul punto, che lo stesso Alfeno Varo⁴⁷, discepolo di

35 *if.* ss.; ID., *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione*, cit., 63; M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 158 ss.

⁴⁶ M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 173, sostiene che «... non vi sono ... motivi per negare l'originarietà della clausola *neque fiat*, soprattutto considerando che la più antica testimonianza a noi giunta di una *exceptio doli* volta al presente ci riporta ad un periodo di poco posteriore rispetto all'introduzione delle *formulae de dolo*»; il riferimento è qui ad un passo di Ulpiano in cui è riprodotto il parere di Trebazio, giurista contemporaneo di Aquilio Gallo, cui – secondo le testimonianze di Cicerone citt. *supra* nt. 45 – si deve appunto tale introduzione: Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.2. Che qui Trebazio si sia occupato di un'*exceptio doli praesentis* è sostenuto anche da M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 159 s., il quale afferma altresì che già Aulo Ofilio conosceva siffatto mezzo processuale (Paul. 6 *ad ed.* D. 2.10.2; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.6). Un'analisi approfondita di questi testi e dell'intera problematica si legge in A. BURDESE, *L'eccezione*, cit., 110 ss.

⁴⁷ Nessun dubbio sussiste invece circa l'applicazione dell'*exceptio doli generalis* all'epoca di Nerva, l'altro giu-

dominio, spettante invece al convenuto; egli reputa quindi fittizie tutte le *vindicationes utiles* e tenta di ricostruire la *factio* per ogni singolo caso; H. KRÜGER, *Revisione a C. BREZZO, L'^xutilis actio*', cit., 163 ss., il quale distingue i casi in cui l'*actio in rem utilis* veniva 'data' al posto di un'azione personale, che mancava, e i casi in cui essa veniva concessa accanto ad un'azione personale per rafforzarla; precisa, inoltre, che l'*actio utilis* era talvolta fittizia (si tratterebbe esclusivamente dei casi dell'albero trapiantato e della *tabula picta*), talaltra *in factum*; H. ERMAN, *Beiträge zur Publiciana*.II, in *ZSS*, XIII, 1892, 207 ss., che condivide l'idea di Krüger di distinguere tra formulazione *in factum* e formulazione fittizia (idea che sarà ripresa anche da P.F. GIRARD, *Manuale*, cit., 360 nt. 2) e sottolinea che il fittizio riferimento alla proprietà (estintasi) deve essere stato suggerito al pretore da antichi giuristi (cita in particolare Alfeno Varo in D. 6.1.5.3), che consideravano equa un'azione di risarcimento per l'espropriato, ma valutavano inadeguata una *condictio ex re*; S. RICCOBONO: egli, in un primo tempo (*Tracce*, cit., 207 ss.), ha interpretato sì la *utilis in rem actio* di D. 6.1.5.3 come un'azione diretta ad un compenso per la perdita della proprietà, ma l'ha riferita al diritto giustiniano, giudicando il passo del tutto stravolto dai compilatori; in un secondo momento (*Dal diritto*, cit., 525 nt. 3) ha ritenuto l'azione «proprio *in rem*» e diretta ad ottenere la separazione delle piante; infine ('*Formulae ficticiae*'. *A normal means of creating new law*, in *TR*, IX, 1929, 47), ha affermato che l'*actio in rem utilis* era «without doubt» un'*actio ficticia* e che essa «was already known to Alfenuus in the period of the Republic», giungendo a sostenere che tutte le *actiones utiles in rem* furono garantite

va alla materia obbligatoria, cioè l'*actio in factum*⁸⁶.

Seguendo la ricostruzione di Jhering, si arriva alla conclusione che per i casi di *inaedificatio*, *implantatio*, *satio* e *scriptura* Gaio prevedeva l'*exceptio doli mali* come unica forma di tutela per il precedente *dominus*, mentre al *dominus tabulae* accordava un'apposita azione diretta ad un indennizzo; azione la quale, peraltro, se si accetta l'interpretazione dello studioso tedesco, doveva essere stata in origine contemplata proprio per l'ipotesi della *implantatio* (sebbene Gaio a tale riguardo non la menzioni) e che aveva la stessa funzione di quell'*actio in factum* prevista in seguito da Paolo per tutte le ipotesi di unione organica.

La teoria di Jhering ha subito suscitato numerose e contrastanti reazioni: alcuni, infatti, ne hanno seguito e sviluppato i punti essenziali⁸⁷; altri l'hanno portata alle estreme

⁸⁶ Jhering non dubita che l'*actio in factum* di D. 6.1.23.5 fosse diretta ad un indennizzo: R. VON JHERING, *Übertragung*, cit., 108.

⁸⁷ Cfr., tra i tanti, C. BREZZO, *L'«utilis actio» del diritto romano. «Rei vindicatio utilis». Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it.*, Torino, 1889, il quale, pur negando la possibilità di raggruppare i diversi casi di *utiles rei vindicationes* sotto un unico principio, finisce con l'ammettere che la concessione pretoria presupponeva in tutte le ipotesi che l'attore non avesse il

Servio, fosse consapevole del problema e della sua soluzione.

Al riguardo, sembra particolarmente indicativa la circostanza che proprio a Servio Sulpicio Rufo, citato da Paolo, risalga la prima attestazione di un caso di ritenzione:

Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr.: *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. immo etsi non⁴⁸ retineat merces magister, ultra ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum*

rista citato da Ulpiano in D. 6.1.5.3: A. BURDESE, *L'eccezione*, cit., 122.

⁴⁸ F. DE MARTINO, *'Lex Rhodia'. Note di diritto romano marittimo*, in RDN, III.3, 1937, 335 ss.; IV.1-2, 1938, 3 ss. e 180 ss. (ora in ID., *Diritto economia e società nel mondo antico*, I, *Diritto privato*, Napoli, 1995, 285 ss.), sottolinea (p. 315 s.) che il «*nom*» esiste nei manoscritti della *Vulgata* e nei Basilici, ma manca nella Fiorentina.

enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

È questo un testo estremamente discusso in letteratura, non solo per le evidenti alterazioni formali⁴⁹, ma anche perché esso involge tematiche in ordine a cui non si può che procedere per congetture: basti tener presente che il brano è inserito nel titolo 14.2 del Digesto, dedicato alla *lex Rhodia de iactu*. Tale provvedimento, stando a quanto attribuito a Paolo⁵⁰, avrebbe regolamentato i rapporti tra il *magister navis* e coloro che gli avessero consegnato dei beni per il trasporto, prevedendo che, nell'eventualità di un'avaria e di conseguente perdita di alcuni soltanto dei beni, il

⁴⁹ Alterazioni ravvisabili soprattutto nella parte da «*immo*» sino alla fine, tanto che M. MARRONE, *D. 14.2.2. pr.: 'retentio' e 'iudicia bonae fidei'*, in *Iura*, VI, 1955, 170 ss. (ora in ID., *Scritti*, I, cit., 53 ss.), la giudica (p. 59) «irrimediabilmente guasta» (nella nt. 18 sono riportate le posizioni sul punto della più risalente letteratura).

⁵⁰ Paul. 2 *sent.* D. 14.2.1: *Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.* Si tratta del frammento che apre il titolo del Digesto “*De lege Rhodia de iactu*” e che precede immediatamente quello ora preso in considerazione.

movente alla base della formazione anche dello stesso diritto romano⁸⁵.

Jhering ha poi cura di precisare che in entrambi questi casi l'azione serviva a riconoscere una pretesa che non potesse ricollegarsi ad un già noto rapporto obbligatorio: Alfeno Varo, Nerva e quindi Gaio, nel suggerire una *rei vindicatio utilis*, sarebbero stati guidati dall'idea che questa azione poteva rispondere allo scopo di trasfondere in una forma processuale un rapporto non ancora definito, ma che, sia rispetto alla sua causa (arricchimento a danni di un altro) sia per il suo fine (conseguimento dell'indennizzo) presentava un carattere senz'altro obbligatorio. E, aggiunge, la necessità di un mezzo per indennizzare il “depauperato” – in mancanza dei presupposti per una *condictio sine causa* – veniva avvertita anche da Paolo (in D. 6.1.23.5), il quale però, alla sua epoca, conosceva un'azione che ben si adatta-

⁸⁵ Si vd. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello 'ius commune' alle codificazioni moderne. Lezioni*², Torino, 2010, 194 ss., la quale mette ben in luce che l'approccio utilitaristico di Jhering fu comunque da lui conciliato con le concezioni romane del diritto.

Tale finzione si giustificerebbe in virtù dell'idea secondo cui la perdita della proprietà rappresentava in questa ipotesi la fonte della obbligazione, così che l'attore della *rei vindicatio utilis* doveva fornire la prova della sua precedente proprietà⁸³.

Sulla base della stretta analogia ravvisata tra le due fattispecie, *ficticia* viene ritenuta pure l'azione di cui al fr. D. 6.1.5.3, sul quale Jhering non avanza alcun sospetto di rimaneggiamento: anche qui, dunque, la *rei vindicatio utilis* sarebbe servita a far valere per via di azione una pretesa dell'ex proprietario (dell'albero, in tal caso), diretta ad una «Geldbefriedigung»⁸⁴, nella quale si scorge chiaramente l'«interesse» che genera il rimedio giuridico in questione. Ed infatti, l'interesse era per Jhering l'entità da cui si originava il diritto, il reale

tra quelle con formulazione fittizia, ma al tempo stesso ne nega la classicità.

⁸³ R. VON JHERING, *Übertragung*, cit., 110. Ciò valeva sia per il caso della *pictura* sia per quello dell'*implantatio*, sebbene rispetto a quest'ultimo Jhering non formuli espressamente alcuna finzione.

⁸⁴ R. VON JHERING, *Übertragung*, cit., 82 nt. 28, considera così eliminato il contrasto tra questo passo e l'altro di Ulpiano, D. 39.2.9.2 (riportato *supra* pp. 12 s.). Ma a noi pare che egli non ne chiarisca il motivo in modo esauriente: per la nostra opinione, si vd. *infra* nel testo.

danno si sarebbe dovuto ripartire in misura proporzionale tra tutti i caricatori, sì da tenere indenne il *magister navis* dalle gravose conseguenze della sua responsabilità *ex locato*. Ma, com'è noto, sulla *lex Rhodia* sono state formulate le più diverse ipotesi⁵¹.

⁵¹ Sulla *lex Rhodia*, nonché specificamente su Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 *pr.*, si vd. H. KRELLER, 'Lex Rhodia'. *Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, LXXXV, 1921, 258 ss. (spec. 275 ss.); F. DE MARTINO, 'Lex Rhodia', cit., secondo cui (p. 318) il titolo D. 14.2 è una compilazione postclassica e la suddivisione del danno sarebbe stata possibile solo in virtù di un regolamento volontario dell'avaria; F. WIEACKER, 'Iactus in tributum nave salva venit' (D. 14.2.4 *PR.*). *Exegesen zur 'Lex Rhodia de iactu'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 513 ss., il quale propende per una recezione da parte dei giuristi repubblicani della clausola ellenistica sul *iactus*; W. OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del 'iactus' in diritto romano*, in *Iura*, I, 1950, 292 ss., in part. 300, scettico in ordine alla eventualità che il problema del *iactus* sarebbe stato risolto mediante norme provenienti da Rodi; F.M. DE ROBERTIS, 'Lex Rhodia'. *Critica e anticritica su D. 14.2.9*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1953, 155 ss., che, da un lato, reputa la *lex Rhodia* una norma di diritto provinciale e, dall'altro, ritiene il testo sostanzialmente classico; G. LONGO, voce 'Lex Rhodia de iactu', in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, 817; G. PURPURA, *Relitti di navi e diritti del fisco. Una congettura sulla 'lex Rhodia'*, in

Circa l'interpretazione della prima parte del passo – quella di nostro interesse – sem-

AUPA, XXXVI, 1976, 70 ss. (ora in ID., *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina, 1996, 9 ss.), il quale suppone che alle origini della *lex Rhodia* vi sia stata una vera e propria legge doganale applicata nel porto di Rodi, che stabiliva le formalità per l'ingresso in porto e fissava l'ammontare dei dazi, i termini e le condizioni per l'imbarco e lo sbarco delle mercanzie e le possibili esenzioni; H. HONSELL, 'Ut omnium contributione sarciantur pro omnibus datum est'. Die Kontribution nach der 'Lex Rhodia de iactu', in 'Ars boni et aequi'. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag, a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1993, 141 ss., che parla di «Handelsusance oder Gewohnheitsrecht»; H. WAGNER, *Die 'lex Rhodia de iactu'*, in *RIDA*, XLIV, 1997, 357 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 915 nt. 79.8, secondo cui in D. 14.2.2 pr. è descritto il regolamento classico dell'avaria, che rifletteva la finalità della *lex Rhodia*, da considerare presumibilmente come «un uso contrattuale del commercio marittimo facente capo ai Rodiesi»; M.G. ZOZ, *Il ruolo della buona fede nel contratto di trasporto marittimo*, in *Il ruolo*, IV, cit., 547 s. e nt. 19, che dubita dell'origine rodia della norma; S. TAFARO, *Navi e naviganti nell'antico Mediterraneo*, in *D@S*, V, 2006, sez. *Contributi*; E. STOLFI, 'Quaestiones iuris'. *Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *TSDP* (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), I, 2008, sez. *Contributi*, ntt. 25 ss., ove altra bibliografia; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, 258 ss.

«Geldbefriedigung», nel senso che egli avrebbe potuto acquistare la proprietà sul dipinto solo qualora il pittore non lo avesse indennizzato⁸¹. Lo studioso ipotizza quindi che la *rei vindicatio* fosse *utilis* in quanto *ficticia*: nella formula andava cioè inserito l'invito al giudice a valutare la tavola come non ancora dipinta⁸².

⁸¹ Afferma Jhering che in questo caso l'azione svolgeva soltanto la sua funzione 'eventuale', nel senso che essa avrebbe consentito l'assegnazione giudiziaria del *dominium* a favore del *dominus tabulae* condizionata al mancato pagamento della somma – a titolo di indennizzo – da parte del pittore: R. VON JHERING, *Übertragung*, cit., 82.

⁸² La *fictio* poteva avere ad oggetto sia (più frequentemente) un fatto positivo sia un fatto negativo: in quest'ultimo caso, il giudice era autorizzato a decidere come se quel fatto non esistesse, come se fossero estinti – l'espressione è di M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 56 – gli effetti di una fattispecie giuridicamente rilevante; cfr. L. DI LELLA, 'Formulae ficticiae'. *Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984; E. BIANCHI, 'Fictio iuris'. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, 338 ss. e 346, dove si sottolinea che nella creazione delle formule fittizie «appare evidente l'impiego strumentale, giustificato da fini equitativi, degli schemi dell'antico *ius civile*»; F. MERCOGLIANO, 'Actiones ficticiae'. *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, spec. 60 ss. Cfr. anche O. LENEL, *EP.*, cit., 186 e nt. 8, il quale ricomprende le *utiles vindicationes* che a noi interessano

2.1.34)⁷⁸, fosse proprio una *rei vindicatio utilis*; e ciò non solo perché così si può desumere dalla Parafraresi di Teofilo⁷⁹, ma anche perché già Alfeno Varo e Nerva in un caso del tutto analogo avevano applicato il medesimo strumento, così che Gaio non avrebbe potuto che seguire questo esempio⁸⁰. Jhering conclude quindi che nell'ipotesi della *tabula picta* l'azione rappresentava soltanto un mezzo per procurare al *dominus tabulae*, in via indiretta, una

⁷⁸ I. 2.1.34: *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. unde si a domino tabulae imaginem possidente is qui pinxit eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoverti: at si is qui pinxit possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

⁷⁹ Teofilo (2.1.34) menziona infatti un'«*utilis in rem actio*», nella cui *intentio* si affermava di essere «*quasi dominus*».

⁸⁰ R. VON JHERING, *Übertragung*, cit., 80: «... bereits Varus und Nerva in einem ganz ähnlichen Fall dasselbe Mittel zur Anwendung gebracht hatten, sodass für Gaius nichts näher lag, als diesem Beispiel zu folgen».

bra sussistere comunque una certa concordia di opinioni: al *magister navis* il quale, a causa di un'avaria, si vedesse costretto a gettare in mare delle merci a lui locate per il trasporto, Servio⁵² accorda la possibilità di *merces retinere* nei confronti dei caricatori che non avessero pagato la rispettiva quota del valore delle merci perdute⁵³. Da ciò si deduce che, sia pure in un

⁵² Il responso di Servio è preceduto da quello di Paolo che al *magister navis* permette addirittura di esercitare l'*actio ex conducto* contro i caricatori non disposti al rimborso: sui motivi relativi all'ordine dei due *responsa*, si vd., in particolare, M. MARRONE, *D. 14.2.2. pr.*, cit., 57 ss.

⁵³ In questo punto in realtà il passo risulta non felicemente formulato: invero, si parla di un'*actio locati*, presumibilmente esercitata da coloro che avevano perso le merci nel *iactus*, e di una *retentio* da opporre invece agli altri caricatori, i quali si rifiutassero di contribuire alla ripartizione del danno. Ora, i due momenti processuali sono collegati da un «*ut*» che porta a prefigurare un meccanismo inimmaginabile nel processo *per formulas*, in quanto l'azione da parte degli uni non avrebbe potuto indurre la *retentio* nei confronti degli altri, terzi estranei alla vicenda processuale; ciò sarebbe stato possibile esclusivamente in diritto postclassico, quando il *magister navis* diviene un mero organo di liquidazione dei danni ed è inoltre possibile una sospensione del processo avviato con l'*actio locati* per consentire al *magister* di esercitare la *retentio* contro gli altri caricatori: cfr. M. MARRONE, *D. 14.2.2. pr.*, cit., 57; E. NARDI, *Studi*, I, cit., 415 s. A nostro avviso, il

iudicium bonae fidei (qual è l'*actio locati*) e sia pure in materia di danni, e non già di spese, il meccanismo della *retentio* risulta attestato sin dall'ultimo secolo della Repubblica⁵⁴.

passo potrebbe intendersi nel senso che secondo Servio era necessario («*debere*») che i caricatori 'fortunati' agissero *ex locato* contro il *magister navis* per ottenere la restituzione delle loro merci, affinché il *magister* fosse messo in condizione di avvalersi della *retentio*, sì da ottenere da loro il pagamento della rispettiva porzione di danno. In ciò consisterebbe la vera differenza con la soluzione di Paolo, il quale slega il *magister* da tale condizionamento, concedendogli l'*actio ex conducto* contro i caricatori restii a pagare. Ne deriva che la *retentio* di cui parla Servio trova appunto ingresso in un *iudicium bonae fidei*; ma su ciò, vd. immediatamente *infra* nel testo. Sul punto, interessanti spunti in R. RICCHICI, *Paul. D. 14.2.2. pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, in 'Antecessori oblata'. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di A. Biscardi), Padova, 2001, 151 ss., il quale passa in rassegna i tentativi di restituzione di questa parte del frammento paolino; vd. anche I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln-Weimar-Wien, 2001, 367 nt. 67, la quale parla di una «*actio locati des Begünstigten*»; M.G. ZOZ, *Il ruolo*, cit., 558 ss.; M. MIGLIETTA, 'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. 'Prolegomena' I, Trento, 2010, 262 ss.

⁵⁴ Sempre in materia di danni è anche un'altra testimonianza relativa alla ritenzione, di poco posteriore a

ring in tema di *rei vindicatio utilis*; tema in cui vengono ad inquadrarsi le problematiche inerenti ai tre passi in esame.

Jhering⁷⁶ vede nelle varie *rei vindicationes utiles* uno strumento per rafforzare un'azione di natura personale, diretto a far valere in via privilegiata⁷⁷ una pretesa di natura obbligatoria. In particolare, in ordine al caso della *tabula picta*, lo studioso ritiene che l'*actio utilis*, menzionata e da Gaio e da Giustiniano (I.

⁷⁶ R. VON JHERING, *Übertragung der 'Rei vindicatio' auf Nichtteigentümer*, in ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, I, Jena, 1881 (da cui si cita; il saggio è apparso per la prima volta nel 1857 nei *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, vol. I, fasc. 3), 64 ss.

⁷⁷ Il privilegio – si desume dalle parole dello studioso – sarebbe dovuto consistere nella possibilità, insita nel meccanismo della rivendica, di realizzare una *traditio* forzata, che avrebbe garantito una successione nel possesso e nella proprietà o, qualora il convenuto non fosse proprietario, quanto meno un titolo per l'usucapione; in alcuni casi, il passaggio della proprietà avveniva in modo diretto, mentre in altri casi (tra cui quelli che interessano) tale funzione era svolta solo in via eventuale, nel senso che il vero scopo era quello di far ottenere all'attore il soddisfacimento di una ragione obbligatoria: R. VON JHERING, *Übertragung*, cit., 111 s.

damento nel *ius civile*, bensì in un'apposita concessione pretoria. Ciò può venire interpretato sulla base della congettura che alcuni giuristi, sin dalla fine dell'età repubblicana, nell'elaborazione di regole e principi civilistici in ordine all'acquisto del *dominium*, avessero colto il risvolto negativo di una loro rigida applicazione e avessero ravvisato quindi la necessità di far introdurre nell'editto pretorio degli strumenti di tutela a favore di chi subisse un depauperamento derivante da un fatto lecito a rigore di *ius civile*, ma sentito come ingiusto.

I problemi esegetici che questi passi pongono, tuttavia, non sono di facile soluzione, come del resto dimostra la copiosa e non univoca letteratura in materia. Più precisamente, ci si è interrogati sul *petitum*, mediato ovvero immediato, delle azioni in essi contemplate; sulla loro assimilabilità o – addirittura – equivalenza; e, prima ancora, sulla genuinità delle tre testimonianze.

6. A tale riguardo, pur senza volersi soffermare su tutte le diverse teorie elaborate⁷⁵, sembra doveroso richiamare gli studi di Jhe-

⁷⁵ Per le quali, si vd. la esemplare ricostruzione di F. LUCREZI, *La 'tabula picta'*, cit., 79 ss.

A tale proposito, anzi, appaiono particolarmente convincenti le argomentazioni di Marrone, fondate sul funzionamento della *retentio* nel processo formulare e sui suoi effetti a carico dell'attore restio a pagare. L'insigne romanista, infatti, contesta l'idea di Nardi, se-

quella di Servio: si tratta di Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.9.1, in cui Ulpiano riporta il racconto di Trebazio che, accennando ad una esondazione del Tevere (secondo A. BÜRGE, *'Retentio'*, cit., 82, del 54 a.C.), riferisce di uno specifico intervento del pretore: il magistrato, invero, avrebbe concesso un interdetto volto a proibire che fosse impedito ai proprietari dei beni, trasportati dall'acqua in case altrui, di riprenderseli, purché essi proprietari prestassero la *cautio damni infecti*. In altri termini, i proprietari delle case invase, attraverso la minaccia di una *retentio*, riuscivano ad ottenere indirettamente la garanzia del risarcimento di eventuali danni prodotti all'atto del recupero dei beni. Questo passo fa parte di un lungo frammento in tema di *damnum praeteritum*, posto in relazione con il *damnum infectum* (si vd. *supra* nt. 15): come giustamente rileva P. BONFANTE, *Corso*, II.I, cit., 424 ss., nell'ipotesi fatta da Trebazio sarebbe assurdo far risarcire il *damnum praeteritum* poiché esso è stato causato dall'inondazione. M. MARRONE, *Danno*, cit., 813 s., afferma che l'intervento pretorio ricordato da Trebazio non solo accelerava il procedimento per il recupero degli oggetti (rispetto all'esperimento di un'*actio ad exhibendum*), ma soprattutto introduceva la novità di tutelare adeguatamente il *dominus aedium* per i danni che l'asportazione avrebbe potuto causare al fondo.

condo cui dalla maggiore antichità della testimonianza di Servio si deve inferire, contro la *communis opinio*, che l'ambito primigenio della *retentio* sia stato quello dei giudizi di buona fede, in cui peraltro non era necessaria l'*exceptio doli*, dati gli ampi poteri del *iudex* nel determinare il «*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»⁵⁵. Marrone, al contrario, proprio facendo leva sulla *bona fides* che doveva ispirare la decisione del giudice, opina che in questi *iudicia* la *retentio* sarebbe stata un rimedio del tutto sproporzionato, poiché nessuna buona fede poteva ravvisarsi in una sentenza che (pur se la pretesa dell'attore fosse stata fondata) assolveva il convenuto solo perché le sue ragioni non erano state soddisfatte. Lo studioso afferma quindi che il responso di Servio non riguardasse un caso originario di *retentio*, che sarebbe verosimilmente più antica⁵⁶: essa sarebbe nata

⁵⁵ E. NARDI, *Studi*, II, cit., 12 ss. e *passim*; spec. 7 nt. 19 per l'indicazione della dottrina maggioritaria. La congettura di Nardi è accolta da J.-Ph. LÉVY, *D. 6.1.27.5*, cit., 102 s.; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*², Milano, 1966, 625 ss.; e, più di recente, da M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990, 238 s.

⁵⁶ M. MARRONE, *In materia*, cit., 926 s.; l'opinione di Marrone è ampiamente condivisa da A. BURDESE, *Recessione* a E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto roma-*

nitiva della proprietà da parte del *dominus* della cosa accessoria, a vantaggio del *dominus* della cosa principale⁷⁴; si rende così impossibile l'esercizio sia dell'azione esibitoria sia, a maggior ragione, della *rei vindicatio*. In questa, ed in tutte le ipotesi analoghe di acquisto definitivo immediato, in cui non si può agire «*neque ad exhibendum neque in rem*», sarebbe stata «*necessaria*», a parere di Paolo, un'*actio in factum*. Il giurista non aggiunge altro a proposito di questa azione, ma dal contesto e dall'andamento del passo non appare dubitabile che essa supplisse all'impossibilità di esperire la *rei vindicatio*, assicurando a chi proprietario più non era il diritto ad un ristoro di natura patrimoniale.

Siamo quindi in presenza di tre passi (Gai 2.78; D. 6.1.5.3; D. 6.1.23.5) in cui all'ex proprietario della cosa accessoria si riconosce un'azione che, o perché *utilis* o perché *in factum*, non trova evidentemente il suo fon-

seguita da Cassio e dalla scuola sabiniana. Cfr. anche A. PLISECKA, '*Accessio*', cit., 52 ss.

⁷⁴ Quando si parla di "accessione" – si ribadisce –, si fa dunque riferimento alle ipotesi di unione organica, con conseguente acquisto definitivo (e rispettiva perdita) della proprietà; ma essa, nella pratica, doveva realizzarsi solo di rado in via immediata, per cui, *medio tempore*, era sempre possibile esercitare l'*actio ad exhibendum* e, successivamente alla separazione, la *rei vindicatio*: P. BONFANTE, *Corso*, II.II, cit., 124.

che, finché dura l'unione, il proprietario della cosa accessoria non può esercitare la *rei vindicatio*: egli può solo avvalersi dell'*actio ad exhibendum*, per consentire la separazione della cosa accessoria da quella principale e, quindi, la sua rivendica⁷². Il che sta a significare, in altri termini, che il *dominus* della cosa accessoria non perde il proprio diritto, ma non può farlo valere fintanto che la sua *res* resti incorporata alla cosa principale.

Il giurista aggiunge, però, riferendo il parere di Cassio, che ciò non vale per la *ferruminatio*, in quanto con essa si realizza una unione organica⁷³, la quale determina la perdita defi-

⁷² Si vd. *supra* pp. 17 ss.

⁷³ La *ferruminatio* veniva distinta dalla *adplumbatio*, che si realizzava quando le due cose erano congiunte attraverso una lastra di piombo, che restava visibile: in quest'ultimo caso, invero, l'unione si considerava risolubile; tale differenziazione era tuttavia operata soltanto dai Sabiniani: Pegaso e Proculo ritenevano che in entrambe le ipotesi ciascuno rimanesse proprietario del suo pezzo e potesse agire per riaverlo: M. PAMPALONI, *Sopra il significato*, cit., 76 ss.; C. FERRINI, *Manuale*, cit., 293 nt. 4; V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 76 s.; P. BONFANTE, *Corso*, II.II, cit., 107 ss. P. MADDALENA, 'Accedere', cit., 184 s., fa leva sulla differenza fra «cedere» e «consumi»; P. GRÖSCHLER, 'Actiones in factum'. *Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, 198, riconduce la distinzione tra *ferruminatio* e *plumbatura* alla dottrina stoica dell'«ἔξϛ»,

nelle azioni di stretto diritto⁵⁷ in virtù di una particolare applicazione dell'*exceptio doli*, per poi essere impiegata anche nei *iudicia bonae fidei*, dove invece avrebbe operato *ipso iure* (cioè senza che si rendesse necessaria l'*exceptio* del convenuto).

Un ulteriore passo indietro nel tempo è stato poi compiuto, più di recente, da Behrens, il quale, nell'affrontare la problematica delle interpolazioni in materia di *retentio* nella *rei vindicatio*, ha ricostruito il pensiero dei giuristi preclassici in ordine al conflitto tra proprietario e possessore che avesse migliorato in buona fede la cosa rivendicata, indivi-

no, II, *Profilo storico*, Milano, 1957, in *Iura*, IX, 1958, 185 ss. (spec. 189); ID., *Recensione* a A. BÜRGE, 'Retentio' im römischen Sachen- und Obligationenrecht, Zürich, 1979, in *SDHI*, XLVI, 1980, 562 s. A. BÜRGE, 'Retentio', cit., 89 ss, più cautamente ipotizza, data la disomogeneità del *ius retentionis*, che i due campi di applicazione fossero coevi.

⁵⁷ Si utilizza questa espressione pur con l'avvertenza che le cd. *actiones stricti iuris* sono una categoria di creazione giustiniana: A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti*, in *L'eccezione*, cit., 47 nt. 67; M. VARVARO, *Studi*, cit., 151 nt. 392. Sulla valenza dell'*exceptio doli* nelle cd. azioni di stretto diritto, da un lato, e nelle azioni di buona fede, dall'altro, si vd. i recenti studi di V. MANNINO, *Eccezione di dolo generale e contratti di stretto diritto*, in *φιλία*, III, cit., 1583 ss.; A. METRO, 'Exceptio doli', cit., *passim*.

duando le origini di due distinte impostazioni, l'una facente capo ai Sabiniani, l'altra ai Proculiani⁵⁸. Ebbene, lo studioso tedesco concorda con Nardi nell'attribuire a Servio l'inizio della tradizione classica sulla *retentio*, ma aggiunge, da un lato, che lo stesso Servio «avrebbe accordato al *possessor* del caso di Proculo una *exceptio doli*» e, dall'altro, che la questione relativa alla tutela del possessore di buona fede fosse già nota a Quinto Mucio, il quale sarebbe ricorso all'idea del *negotium bona fide si-ve utiliter gestum*, idea che Servio poi avrebbe rifiutato, escogitando il rimedio della *retentio* con riferimento alla *rei vindicatio*⁵⁹.

La problematica delle origini della *retentio* e quella, ad essa connessa, del compenso del possessore per le spese sostenute sulla cosa

⁵⁸ O. BEHREND, *La nuova traduzione*, cit., 141.

⁵⁹ Che Quinto Mucio possa essersi occupato della tutela del possessore di buona fede nei confronti del proprietario rivendicante si deduce, secondo Behrends, non solo dal fatto che Pomponio tratta questa materia nel suo commento *ad Quintum Mucium* (21 *ad Quint. Muc. D.* 6.1.29), ma anche dalla necessità di individuare nell'antico giurista la fonte ispiratrice delle soluzioni formulate sul punto dai Sabiniani, che si fonderebbero appunto sul concetto del *negotium utiliter gestum*: si vd. O. BEHREND, *La nuova traduzione*, cit., 143 s., dove vengono addotte ulteriori motivazioni.

dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. at in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli nomine, singulæ oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.

Paolo innanzitutto ribadisce in termini generali quel che Gaio aveva affermato per le singole ipotesi di “accessione”: di fronte all'*exceptio doli mali* oppostagli dal convenuto, il proprietario della cosa principale era indotto a pagare il prezzo di quella accessoria che ad essa si era congiunta. Il giurista, occupandosi poi (§ 5) della cd. unione separabile, afferma

piano, richiamando Alfeno Varo e Nerva, definisce espressamente *in rem*.

Si pone quindi in entrambi i casi il medesimo quesito da cui siamo partiti: attraverso la concessione di questa azione, quale diritto si voleva riconoscere?

Un ausilio nella risposta a tale interrogativo proviene da un fondamentale testo di Paolo in materia di accessione:

Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.4-5⁷¹: 4. *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.* 5. *Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent*

⁷¹ Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23 pr.-3: pr. *In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit.* 1. *Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt.* 2. *Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt.* 3. *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.* Il frammento si chiude con i paragrafi 6 e 7, entrambi in tema di *inaedificatio*.

altrui⁶⁰, richiederebbero comunque un approfondimento non opportuno in questa sede.

⁶⁰ Problematica che sembra essere alquanto risalente nel tempo: secondo S. RICCOBONO, *Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*, in *BIDR*, XLVII, 1940, 1 ss. (in part. 4), «... il problema del compenso delle spese su cose altrui si presentò in Roma per la prima volta, almeno con carattere di urgenza, ... nei casi in cui al marito fosse imposto di restituire il fondo dotale dopo lo scioglimento del matrimonio per ripudio o per divorzio», fondo in ragione del quale il marito avesse appunto affrontato delle spese; sempre secondo lo studioso, le soluzioni adottate dalla prassi nell'ambito del *iudicium rei uxoriae* (introdotto, a suo parere, verso la metà del III sec. a.C.), e che portarono poi alla differenziazione delle spese in *necessariae, utiles e voluptuariae*, influenzarono il regime delle spese in tutti i giudizi, compresi quelli *stricti iuris*. Sulle spese nel campo della dote, si vd. per una prima informazione P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it. di C. Longo, Milano, 1909, 355 nt. 3; F. SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt? Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht*, in *ZSS*, XXXIV, 1914, 57 ss.; J.-Ph. LEVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, Paris, 1937; M. LAURIA, *La dote romana. Memoria letta all'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società reale di Napoli*, Napoli, 1938, il quale colloca la nascita dell'*actio rei uxoriae* all'inizio del II sec. a.C. (p. 28) e considera le *retentiones* come consuetudini repubblicane, che Augusto avrebbe prudentemente disciplinato (p. 50); F. GUIZZI, *La restituzione della dote e le spese utili*, in *Labeo*, III, 1957, 245 ss. Si tenga presente, tuttavia, che – come peraltro già se-

Tuttavia, in base all'analisi sinora condotta si può affermare che la giurisprudenza romana si occupò ben presto della posizione del possessore di buona fede, suggerendo degli strumenti di tutela idonei ad evitargli perdite patrimoniali considerate inique; tra di essi particolarmente efficace si rivelò l'*exceptio doli*, con la conseguente possibilità di *retinere*. Il primo

gnalato: *supra* nt. 43 – le spese sui beni dotali potevano essere opposte dal marito senza necessità dell'*exceptio doli*, configurandosi l'*actio rei uxoriae* alla stregua di un *iudicium bonae fidei*. La distinzione delle *impensae* in necessarie, utili e voluttuarie si legge in Paul. 6 *ad Plaut.* D. 50.16.79 (sostanzialmente coincidente con Tit. Ulp. 6.14-17), in cui è citato Fulcinio Prisco, contemporaneo di Labeone; cfr. anche Ulp. 36 *ad Sab.* D. 25.1.1 e *Sch. Sin.* 16-18: come sottolineato da M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹¹, Bari, 2006, 402, la regola giuridica, che per Ulpiano rappresentava solo il momento conclusivo di un discorso analitico, impostato su di una successione casistica, viene invece posta in primo piano dal maestro greco degli *Scholia*. Sull'uso del vocabolo '*impensa*', si vd. J. RESZCZYŃSKI, '*Impendere*', '*impensa*', '*impensum*' (*Sulla terminologia delle spese in diritto romano*), in *SDHI*, LV, 1989, 191 ss. (in part. 204 ss.); tale vocabolo – rileva S. RICCOBONO, *Dal diritto*, cit., 413 nt. 2 – già in epoca repubblicana aveva acquisito un significato tecnico: cfr. Iav. 2 *ex poster. Lab.* D. 35.1.40.1, in cui vengono menzionati Cascellio, Ofilio e Cinna.

danti fattispecie difformi tra loro, da cui non è facile desumere né l'origine né la portata di questo strumento processuale.

5. Tra tali testimonianze rientra anche il frammento ulpiano che ha dato l'impulso alla nostra ricerca, la cui analogia con quanto descritto da Gaio in tema di *pictura* è di immediata evidenza: in entrambe le ipotesi, il proprietario della cosa accessoria perde il suo diritto sulla *res* in seguito all'incorporazione di essa in un'altra, considerata principale; da Gaio apprendiamo che se il proprietario della cosa accessoria è nel possesso delle due cose unite, potrà opporre alla *rei vindicatio* esperita dal *dominus* del tutto una *exceptio doli* per ottenere, indirettamente, il pagamento delle *impensae*, ovvero sia del valore della propria *res*; diversamente, egli potrà esercitare nei confronti del proprietario della cosa principale un'azione utile, che Gaio non qualifica, ma che Ul-

319); Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 5.12.30.1 (a. 529); Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales C. 5.13.1.5a (a. 530); Imp. Valerianus et Gallienus AA. Gamicae 8.54(55).1 (a. 258); dubbi sono invece i casi contemplati in Ulp. 9 *ad ed.* D. 41.1.41 e *Vat. Fragm.* 85 e 272.

cui si dà risalto alle azioni, e non già all'*exceptio doli*, pur menzionata per entrambi i casi.

Ciò premesso, si comprende per quale motivo le varie opinioni espresse sulla funzione e sulla struttura dell'*actio utilis* accordata da Gaio al *dominus tabulae* si inquadrino in massima parte nel più ampio dibattito in ordine al tema della cd. *rei vindicatio utilis*⁶⁹; tema particolarmente difficile, dato anche l'esiguo numero di testimonianze⁷⁰, per giunta riguar-

⁶⁹ L'espressione «*utilis vindicatio*» si rinviene in realtà soltanto in Imp. Philippus A. et C. Philippo mil. C. 3.32.8 (a. 246) e Impp. Valerianus et Gallienus AA. Gamicae 8.54(55).1 (a. 258), mentre è più frequente l'uso dell'espressione «*utilis in rem actio*» o, ancora più sinteticamente, di quella «*utilis actio*»; soltanto in Ulp. 1 *opin.* D. 26.9.2 si parla di «*utilis actio ad rem vindicandam*»: sulla terminologia, si vd. H. KRÜGER, *Recensione a C. BREZZO, L'«utilis actio» del diritto romano. 'Rei vindicatio utilis'. Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it.*, Torino, 1889, in ZSS, XII, 1891 (ma pubbl. 1892), 163.

⁷⁰ Cfr., oltre i due casi presi in considerazione, Paul. 6 *quaest.* D. 24.1.55; Ulp. 1 *opin.* D. 26.9.2; Ulp. 17 *ad ed.* D. 39.6.29, in base ad un confronto con il successivo paragrafo Ulp. 21 *ad ed.* D. 39.6.30; Gai 11 *ad ed. prov.* D. 24.1.30, rispetto alla fattispecie descritta immediatamente prima in Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.29.1: su questi due passi, si vd. *infra* nel testo; cfr. altresì Imp. Philippus A. et C. Philippo mil. C. 3.32.8 (a. 246); Imp. Constantinus A. ad Maximum pu. C. 5.3.15.1 (a.

giurista cui viene ricollegato l'utilizzo di tale strumento è Proculo; ma non pochi indizi portano a supporre che esso fosse noto anche ai suoi predecessori: ed invero, se il meccanismo della *retentio* trovò applicazione quanto meno a partire da Servio Sulpicio Rufo, si può con buona verosimiglianza ritenere che all'incirca nello stesso periodo il pretore abbia iniziato a concedere l'*exceptio doli* al possessore di buona fede che avesse compiuto spese sulla *res* altrui e che fosse stato convenuto in rivendica dal *dominus* della *res* medesima.

Allorquando poi iniziarono le riflessioni intorno ai fenomeni di incorporazione di cose appartenenti a soggetti diversi, la posizione di colui che perdeva la titolarità sulla propria *res* per fatti di accessione deve essere stata assimilata a quella del possessore di buona fede, con il riconoscimento a lui dello stesso mezzo di tutela: se il prodotto della incorporazione fosse stato nel possesso dell'ex *dominus* della cosa accessoria, questi avrebbe potuto opporre l'*exceptio doli* al proprietario della cosa principale, divenuto proprietario del tutto, per paralizzarne la rivendica, almeno fino a quando non avesse ottenuto il pagamento del valore della cosa accessoria, equiparato a delle *impensae*. E nel II secolo d.C., nonostante le varie ipotesi di accessione fossero ancora trattate

casisticamente, il rimedio dell'*exceptio doli* veniva pacificamente riconosciuto per ciascuna di esse.

Gaio, invero, menziona l'*exceptio* con riferimento a tutti i casi di incorporazione da lui contemplati, cioè non soltanto per le tre ipotesi sopra esaminate (*inaedificatio*, *implantatio*, *satio*), bensì anche per due particolari ipotesi di unione di due *res mobiles*: la *scriptura* e la *pictura*.

4. Subito dopo aver trattato dei casi di congiunzione ad una *res immobilis*, Gaio, nel paragrafo 2.77, analizza la fattispecie della *scriptura*: cosa principale era il papiro (o la pergamena)⁶¹, sia per i Sabiniani – che guardavano alla *maior species* –, sia per i Proculiani – i quali ritenevano principale la *species* in grado di imprimere la propria *qualitas* al tutto⁶². Al

⁶¹ Cfr. anche I. 2.1.33; Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.3.14, in cui viene citato Giuliano; Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.1; ciò valeva, asserisce Gaio, anche se si fosse scritto con lettere d'oro: «*licet aureis litteris*».

⁶² Sulla disputa tra le due *sectae* della giurisprudenza classica circa il criterio da adottare per stabilire quale delle due cose dovesse qualificarsi principale, *supra* nt. 21.

*utique tamen conveniens*⁶⁷ *est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat*⁶⁸: *alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit. adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.*

In questo passo, peraltro, la prospettiva appare leggermente diversa: dopo che si è evidenziata la differenza di regime tra la *scriptura* e la *pictura*, si contempla innanzitutto la posizione del *dominus tabulae*, cui si concede l'*actio utilis*, per l'ipotesi (più frequente) che fosse il pittore a possedere il quadro; quindi, sottintendendo il caso contrario che nel possesso si trovasse il *dominus tabulae*, si accorda al pittore una *vindicatio* che viene qualificata «*recta*», ossia 'diretta', in contrapposto a '*utilis*'. Il discorso insomma, a differenza di quello condotto dal Gaio delle Istituzioni, procede in un'ottica in

⁶⁷ Nelle *Institutiones* il termine è molto più forte: «*consequens*»; è lo stesso termine che si legge nelle Istituzioni giustiniane (I. 2.1.34).

⁶⁸ Sembra quasi che il pagamento delle spese della pittura sia condizione di procedibilità.

La legittimazione passiva in capo al possessore, riconosciuta nelle due ipotesi, e l'uso del termine «*petere*»⁶⁶ con riguardo all'azione esercitata dal pittore inducono a ritenere che anche l'*actio utilis* accordata al proprietario della *tabula* fosse un'*actio in rem*; il che appare confermato da un passo delle *Res cottidianae*, relativo alla medesima problematica, in cui l'azione che compete al pittore viene definita una «*recta vindicatio*».

Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.2: *Sed non uti litterae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere.*

dei casi, si trovava anche nel possesso della stessa: se vi era stato furto, il *dominus tabulae* era tutelato in via normale; se, invece, il pittore era in buona fede, non potendosi esperire contro di lui la rivendica, era necessario un diverso mezzo di tutela a favore del *dominus tabulae*. Il riferimento al furto viene invece da Gaio contemplato per la specificazione (si vd. *infra* nt. 102): anche in ciò si può notare l'ambivalenza della ipotesi della *pictura*.

⁶⁶ Qualche studioso, tuttavia, attribuisce al vocabolo «*petitio*» un significato meno tecnico e più ampio rispetto a quello di «*vindicatio*»: si vd. per tutti R. QUADRATO, voce *Petizione di eredità (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 611 s.

proprietario della cosa accessoria veniva anche in tal caso concessa l'*exceptio doli mali*: egli, se nel possesso dei *libri* o delle *membranae*, poteva ottenere il pagamento delle *impensae*, facendo valere la propria pretesa in via di eccezione di fronte alla *petitio* del proprietario del materiale scrittorio.

Molto più complessa, invece, si presenta l'analisi del paragrafo successivo in materia di *pictura*. Innanzitutto, era reputata cosa principale non la tavola, bensì il dipinto, con una netta antitesi rispetto alla ipotesi della *scriptura*, messa in evidenza dal «*sed*» iniziale (di chiaro valore avversativo) e dall'espressione «*contra probatur*»: Gaio, secondo l'insegnamento sabiniiano, avrebbe dovuto affermare l'acquisto della proprietà a favore del *dominus tabulae*, ma aderisce invece a quella che doveva essere la prevalente opinione della scuola proculiana⁶³

⁶³ Nell'*Epitome Gai* (2.1.14) viene enunciato il principio opposto a quello accolto nelle Istituzioni: «*statutum est, ut tabulae pictura cedat*» e C. ARNÒ, 'Sculptura' e 'pictura', in *Annuario dell'Ist. di st. del dir. rom.*, XVII-XVIII, 1926, 33 s., ha persino ritenuto che questo, conforme alla tesi materialista dei Sabiniani, fosse il vero pensiero personale del giurista; *contra*, S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio. II*, in *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1933 (ora in ID., *Scritti*, cit., VI, Napoli, 1972, 293 ss.), 351 nt. 254; F. LUCREZI, *La 'tabula picta' tra creatore e fruitore*, Napoli,

(«*magis ... dicitur*»), di cui però il giurista non riesce a spiegarsi la *ratio* («*cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*»)⁶⁴.

1984, 273 ss. La divergenza tra i giuristi nel determinare se la cosa principale fosse la *tabula* o la *pictura* è ancora riferita nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 2.1.34); non è detto, tuttavia, che i «*quidam*» e gli «*alii*» in esse menzionati fossero necessariamente i Proculiani e i Sabiniani: dallo stato delle fonti, infatti, è possibile altresì ipotizzare che tale divergenza si sia sviluppata all'interno della stessa scuola sabiniana: cfr., da un lato, Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.3, in cui Paolo propende per la tesi che attribuisce maggior valore alla tavola e, dall'altro, Paul. 7 *ad ed.* D. 50.16.14, in cui lo stesso giurista menziona Labeone e Sabino come favorevoli a considerare il valore artistico del dipinto: sul punto, già G. COPPOLA, *Recensione* a F. LUCREZI, *La 'tabula picta' tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984, in *Index*, XVI, 1988, 410. Il contrasto tra i testi, comunque, deve essere stato avvertito ben presto se, come segnala P. BONFANTE, *Corso*, II,II, cit., 112 nt. 2, uno scoliaste greco tentò una armonizzazione di Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.3, I. 2.1.34 e Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.2, basandosi sul *pretium* maggiore o minore della pittura (cfr. *Bas.* 15.1.23 *sch.* 2).

⁶⁴ Laddove per la *scriptura* Gaio aveva parlato di una «*eadem ratio*», per cui sembra verosimile un'assimilazione di questa ipotesi a quelle precedentemente trattate. La fattispecie della *tabula picta*, invece, si configura come un ibrido tra due modi di acquisto della proprietà, ossia accessione e specificazione, della quale Gaio si occupa subito dopo (2.79): M KASER, «*Tabula picta*», in *TR*, XXXVI, 1968, 35, parla di un «*Misch- oder Übergangsfall zur Spezifikation*».

Una volta chiarito a chi andasse assegnata la proprietà della *tabula picta* (e cioè, al pittore), il discorso del giurista prosegue in modo del tutto coerente con quanto affermato a proposito delle altre ipotesi di accessione già illustrate: al proprietario della tavola (possessore), infatti, viene riconosciuta una *exceptio doli mali* fondata sulla mancata corresponsione del *pretium tabulae*, diretta a paralizzare la *petitio* del pittore.

Ma a questo punto Gaio compie un passo ulteriore. Il giurista prende in considerazione l'eventualità che fosse il pittore ad essere nel possesso della *tabula* e accorda al proprietario di questa un'*actio utilis* nei suoi confronti; nel contempo, Gaio attribuisce al pittore la possibilità di avvalersi di un'*exceptio doli mali* per il caso di mancato rimborso della spesa della pittura, sempreché il suo possesso fosse di buona fede; qualora, invece, la tavola fosse stata rubata, o dal pittore o da altri, è evidente («*palam*») – sottolinea il giureconsulto – che al *dominus tabulae* sarebbe spettata l'*actio furti*⁶⁵.

tabula picta, in *TR*, XXXVI, 1968, 35, parla di un «*Misch- oder Übergangsfall zur Spezifikation*».

⁶⁵ Il problema del furto non viene da Gaio affrontato per le altre ipotesi di accessione: ciò può forse spiegarsi con l'osservazione che il pittore non solo acquistava la proprietà della *tabula*, ma, nella maggior parte

che, negli anni tra lo studio di Jhering ed il proprio, si sono occupati del tema): secondo Mancaloni all'ex proprietario della cosa accessoria era possibile riconoscere una ragione di credito contro il proprietario della *res* principale che si era a suo danno arricchito, ma tale ragione poteva essere fatta valere solo, a certe condizioni, con l'ausilio dell'*exceptio doli*; l'intervento del pretore valse a perfezionare questa tutela con la concessione di un'azione personale che viene definita *utilis*, ma che a suo avviso doveva essere *in factum*, così come testimoniato dal passo di Paolo D. 6.1.23.5 (cfr. in particolare p. 42 nt. 4, in cui lo studioso afferma che anche l'*actio in factum* poteva essere chiamata *utilis*); l'*actio utilis* intesa quale *rei vindicatio* (e quindi quale azione di natura reale) sarebbe stata invece introdotta dai giustiniani. Dello stesso avviso, R. VON MAYR, 'Vindicatio utilis', in *ZSS*, XXVI, 1905, 100 ss.; V. DEVILLA, *L'optio servi ed il diritto di scelta nei legati*, in *Studi sass.*², XI, 1933, 301 ss.; e, in un primo momento, anche M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten*, cit., 231. A coloro i quali hanno parlato di un'azione personale è stata peraltro avanzata una valida obiezione con riferimento alla funzione dell'*exceptio doli* riconosciuta al pittore: si è notato, infatti, che se l'azione è già di per sé rivolta ad ottenere il valore della tavola, non ha più alcun senso consentire al pittore di richiedere l'*impensa picturae*: si vd. G. BORTOLUCCI, *Note a Gaio*, in *BIDR*, XXXIII, 1923, 156.; P. MADDALENA, 'Tabula picta', cit., 69; M. KASER, 'Tabula picta', cit., 45; R. SOTTY, *Recherche sur les 'utiles actiones'. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1978, 297. Quest'ultimo autore, peraltro, si è spinto al punto di ritenere (p. 306 ss.) che la *formula*

trastata, o escludendo che la *rei vindicatio utilis* servisse a far valere un “diritto di indennizzo”⁸⁹ o persino contestando la genuinità dei passi in esame⁹⁰.

dell'azione fosse quella della *rei vindicatio* diretta, ma concessa *utiliter al dominus tabulae: contra*, W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, 732 nt. 10.

⁸⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1994, 192 nt. 1, opina che l'azione è utile (ovverossia «adattata al caso speciale»), ma diretta non all'indennizzo, bensì alla restituzione della tavola. Che si tratti di «una rivendica da ogni punto di vista», e non di un'azione di risarcimento, è poi convincimento di E. NARDI, *Studi*, II, cit., 26 nt. 33, 102 nt. 39; in un lavoro precedente, ID., *Un'osservazione in tema di 'tabula picta'*, in *AG*, CXXI, 1939, 129 ss. (ora in ID., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, 149 ss.), 162, lo studioso aveva parlato di una ritrosia da parte dei Romani a derogare al principio materialistico sotteso ai casi di accessione, e aveva ipotizzato che, quando si affermò la regola *'tabula picturae cedit'*, i giuristi stentaronò a bandire la rivendica del *dominus tabulae*, cui concessero l'azione, come utile, qualora non gli venisse pagato il *pretium* della *tabula*.

⁹⁰ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 706 nt. 1, pensa che il testo gaiano (Gai 2.78) dovesse finire con le parole «*cuius redditum*» e che tutta la parte successiva fosse una glossa «cattiva», ma ciò nonostante recepita sia nelle *Res cottidianae* sia nelle *Institutiones* giustiniane; più di recente, tale impostazione è stata seguita da F. LU-

Tra i seguaci di Jhering non può non menzionarsi Kaser, il quale ha avuto il merito di perfezionare, in un certo qual modo, la teoria del suo predecessore, superando le obiezioni che ad essa erano state mosse: lo studioso, invero, dopo aver condiviso la (diversa) opinio-

CREZI, *La 'tabula picta'*, cit., 250 ss., secondo il quale Gaio avrebbe attribuito la proprietà del dipinto al *dominus tabulae*; un ignoto glossatore, poi, al fine di far prevalere la nuova corrente *pro pictore*, avrebbe aggiunto la qualifica di «*utilis*» all'azione, che inizialmente sarebbe stata concepita come *directa*; ma *contra*, G. COPPOLA, *Recensione a F. LUCREZI, La 'tabula picta'*, cit., 408 s. Una posizione particolare è stata assunta da S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 346 ss., che, pur suggerendo una ricostruzione affatto suggestiva del passo delle Istituzioni, lascia irrisolta la questione circa la genuinità dell'aggettivo «*utilis*» e suppone che l'ex proprietario della *tabula* agisse, per ottenere il prezzo della stessa, con un'*actio in factum*.

⁹¹ P.F. GIRARD, *Manuale*, cit., 363 nt. 4, richiama, giudicandola inammissibile, una dottrina enunciata da Schulin e perfezionata da Appleton, secondo cui l'*a. Publiciana* sarebbe spettata anche a chi avesse perduto involontariamente la proprietà (e dunque la legittimazione attiva alla *rei vindicatio*), come nel caso della pittura sull'altrui tavola e dell'albero che ha messo radici sul fondo altrui. Oltre le puntuali critiche di Girard, si può rammentare l'osservazione di L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, 242 nt. 100, il quale opina che l'*a. Publiciana* non viene mai chiamata nelle fonti *utilis rei vindicatio* o *utilis in rem actio*.

ne della natura personale dell'azione, è giunto in un secondo tempo alla conclusione diametralmente opposta e, riprendendo le idee di Jhering, ha qualificato l'*actio utilis* come un'*actio in rem* diretta ad ottenere un indennizzo in casi particolari di perdita della proprietà⁹². Kaser, inoltre, adottando come paradigma della sua analisi l'*actio utilis* gaiana, da un lato, ha ribadito che la *formula* presentava una «fiktizische Fassung»⁹³, in quanto essa consentiva la migliore imitazione della redazione edittale della *rei vindicatio* ed era inoltre idonea allo scopo perseguito; dall'altro, ha ricostruito il meccanismo processuale dell'azione, in ordine a cui ha accolto pienamente l'intuizione di Maddalena⁹⁴ circa la mancanza della clausola restitu-

⁹² M. KASER, 'Tabula picta', cit., 31 ss.: lo studioso adduce valide argomentazioni contro la configurabilità dell'azione come *a. in personam*; questa più recente impostazione si rinviene anche nel suo manuale: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 431.

⁹³ Pensano ad un'*actio ficticia* anche E. VALIÑO, 'Actiones utiles', Pamplona, 1974, 227 s., e W. SELB, *Formula-re Analogien*, cit., 732. A. BÜRGE, 'Retentio', cit., 23 nt. 58, segue Kaser nel reputare classici i riferimenti all'*actio utilis*, ma non specifica in cosa consistesse l'adattamento della *formula*.

⁹⁴ P. MADDALENA, 'Tabula picta', cit., 74; la mancata attribuzione al giudice dell'*arbitrium de restituendo* var-

patrimonial equilibrium between the same subjects.

PAOLA PASQUINO

Titolare di borsa post-dottorato (Ius 18)

Università degli Studi di Salerno

E-mail: paolapasquino@yahoo.it

The topics of the paper arises from a passage of Ulpiano where, referring to the so-called *implantatio*, the opinion of Alfeno Varo and Nerva was reported, where they would have recognized an *actio in rem utilis* to the owner of the tree that would take roots in someone else's field. The study is aimed at investigating which kind of protections were allowed to the owner of the collateral thing, that lost the *dominium* on the *res* in the different cases, where the collateral thing was incorporated into a different thing considered as the principal one.

The lacking of a systematic dissertation on the accession, as a way to acquire the property, prevents the formulation of a general principle; however, analyzing the single hypotheses, with specific attention to the proofs of the Gaius' Institutions and to the controversial case of the *tabula picta*, it is possible deducing that, contextually to the individuation of the effects that were produced on the plane of the *ius civile* due to the conjunction of two *res* belonging to different subjects, some roman jurists took care of mitigating such effects, suggesting to the praetors equitable solutions (*exceptio doli*, *rei vindicatio utilis*, *actio in factum*), directed to restore the

toria⁹⁵. L'azione, cioè, era a parere di Kaser diretta – diversamente dalla *rei vindicatio* – esclusivamente alla *summa condemnationis*, il cui ammontare (ovverosia il solo valore della tavola) si determinava come differenza tra quanto preteso (valore dell'intero dipinto⁹⁶) e quanto opposto con l'*exceptio doli (impensa picturae*⁹⁷).

rebbe anche a superare l'obiezione a suo tempo mossa da F. MANCALEONI, *Contributo*, cit., 37 s., secondo cui interpretare l'azione utile di Gai 2.78 come un'azione reale significherebbe non riuscire più «... a stabilire a chi *praticamente* appartenga la *tabula picta*».

⁹⁵ M. KASER, '*Tabula picta*', cit., 47, ritiene infatti che tale clausola potesse mancare allorché non corrispondesse allo scopo dell'azione.

⁹⁶ Nel senso che alla *tabula* di cui all'*intentio* era ormai ontologicamente connessa la *pictura*; in realtà, è stato obiettato che la finzione contenuta nella formula dell'azione avrebbe dovuto limitare la pretesa al valore della *tabula*, in quanto «non ancora dipinta»; ma tale obiezione è superabile se si considera che la *fictio* qui non serve a determinare l'oggetto della pretesa (e, quindi, il suo valore), bensì soltanto ad escludere, attraverso il riferimento ad un dato di fatto, la produzione di un effetto giuridico, ossia la perdita della proprietà. Che nel caso dell'albero trapiantato su suolo altrui non si facesse esplicito cenno ad una eccezione del *dominus fundi* si spiega con il fatto che oggetto della rivendica era solo l'albero e che per esso non era stata sostenuta alcuna *impensa*.

⁹⁷ Alcuni studiosi (F. MANCALEONI, *Contributo*, cit., 39 nt. 2; P. MADDALENA, '*Tabula picta*', cit., 71 nt. 26)

Kaser ha poi esteso le proprie conclusioni a tutte le analoghe *rei vindicationes utiles* attestate nelle fonti, alcune reputate di epoca classica, altre di epoca tardoantica⁹⁸, ma tutte volte a procurare una somma di danaro a titolo di indennizzo. In particolare, per l'epoca classica Kaser⁹⁹, oltre a Gai 2.78 e D. 6.1.5.3, menziona anche Gai 11 *ad ed. prov.* D. 24.1.30, da leggere in connessione con il passo che lo precede nei *Digesta*, cioè Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.29.1: si tratta di una «fusione di frammenti»¹⁰⁰, in cui si contempla il caso della donna che, secondo un'opinione fatta risalire a Labeone, acquista il *dominium* del vestito fat-

hanno riferito l'«*impensa picturae*» alla spesa sostenuta per dipingere la tavola e, dunque, al costo dei colori; altri, invece, (si vd. soprattutto M. KASER, 'Tabula picta', cit., 47 s., in part. nt. 54) hanno ritenuto che l'espressione facesse riferimento al (plus)valore del dipinto; sul punto, si vd. P. GRÖSCHLER, 'Actiones in factum', cit., 201 nt. 25.

⁹⁸ Si tratta dei casi menzionati *supra*, nt. 70.

⁹⁹ M. KASER, 'Tabula picta', cit., 52 s.

¹⁰⁰ D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, 39, afferma che la demarcazione tra «catene» e «fusioni» possa essere empiricamente individuata nel numero di frammenti: le catene sarebbero composte da non meno di tre elementi. Sul metodo di compilazione dei *Digesta* giustinianeici è tornato di recente T. HONORÉ, *Justinian's Digest. Character and Compilation*, Oxford, 2010.

ABSTRACT

Il discorso prende le mosse da un passo di Ulpiano in cui, in ordine alla cd. *implantatio*, viene riportata l'opinione di Alfenio Varo e Nerva, i quali avrebbero riconosciuto un'*actio in rem utilis* al proprietario dell'albero che avesse allignato sul suolo altrui; lo studio si propone quindi di indagare quale tutela venisse accordata al proprietario della cosa accessoria che perdeva il *dominium* sulla sua *res* nei vari casi in cui essa si incorporasse ad un'altra, considerata principale.

La mancanza di una trattazione sistematica dell'accessione, quale modo di acquisto della proprietà, impedisce la formulazione di un principio generale; tuttavia, dall'analisi di singole ipotesi, con specifica attenzione alle testimonianze delle Istituzioni gaiane e al controverso caso della *tabula picta*, si può desumere che, contestualmente all'individuazione degli effetti che si producevano sul piano del *ius civile* in seguito alla congiunzione di due *res* appartenenti a soggetti diversi, alcuni giuristi romani si preoccuparono di mitigare tali effetti, suggerendo ai pretori soluzioni equitative (*exceptio doli*, *rei vindicatio utilis*, *actio in factum*), dirette a ristabilire l'equilibrio patrimoniale tra i soggetti medesimi.

E tali esigenze di equità porteranno, nel corso dei secoli, a configurare un contemporaneo dell'acquisto della proprietà per accessione con il pagamento di un indennizzo a favore del proprietario della cosa accessoria, al fine di ristabilire l'equilibrio patrimoniale tra i due soggetti.

naturalis e *ius naturale*. Tale convincimento è stato recentemente ribadito dallo studioso nel saggio *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in *Testi*, cit., 299 ss., nel quale Waldstein si sofferma (p. 305 s.) sulla trattazione gaiana dei modi di acquisto della proprietà *naturali iure* (Gai 2.65 ss.), per affermare, da un lato, che il giurista adoperava indifferentemente i concetti di *naturalis ratio* e di *ius naturale* e, dall'altro, riguardo alla specificazione, che proprio in virtù della *naturalis ratio* si legittimerebbe la richiesta di un adeguato risarcimento, o per il proprietario della materia prima o per lo specificatore.

¹²⁶ Come messo in luce da C.A. CANNATA, *'Cum alterius detrimento'*, cit., 24, l'ablativo «*iniuria*» sta ad indicare non la contrarietà al diritto, bensì una mancanza di giustificazione alla stregua dei valori di giustizia propri dell'ordinamento giuridico; su questi testi, ritenuti nel complesso genuini, si vd. anche L. VACCA, *L'«aequitas»*, cit., 23 ss.; EAD., *Osservazioni*, cit., 12 s.

to con la lana donatale dal marito, in base alla impostazione proculiana in materia di *specificatio*¹⁰¹:

Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.29.1: *Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait:*

Il collegamento operato tra i due passi consente tuttavia di riconoscere a favore del marito un'azione utile:

Gai 11 *ad ed. prov.* D. 24.1.30: *utilem tamen viro competere.*

Il marito, infatti, stante il divieto di donazione tra i coniugi, non avrebbe perso la proprietà della lana, se la moglie non l'avesse lavorata, e gli sarebbe continuata a spettare la *rei vindictio*; avendo invece costei operato una trasformazione della materia, facendo estinguere il *dominium* del marito, a questo viene riconosciuto un diverso strumento di tutela per ottenere un ristoro patrimoniale. Che tale strumento di tutela sia visto da Gaio (nel suo

¹⁰¹ Cfr. Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.7.7: sul confronto di questo passo con Gai 2.79, si vd. E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 53 s., 69 s., con ampia bibliografia.

commentario all'editto provinciale) in un'*actio utilis* appare ancora più significativo se si pensa che l'ipotesi della *pictura* viene giudicata come un ibrido di accessione e specificazione; non a caso – come già segnalato –, nel manuale gaiano, tale ipotesi fa quasi da 'trait d'union' tra l'uno (2.70-78) e l'altro (2.79) "modo di acquisto della proprietà", entrambi fondati sulla *naturalis ratio*¹⁰².

¹⁰² Nel manuale, tuttavia, Gaio, trattando della *specificatio*, non menziona né l'*exceptio doli* né l'*actio utilis*: il giurista, dopo aver esposto la posizione dei Sabiniani (che attribuivano la *nova species* al proprietario della materia lavorata) e quella degli «alii, diversae scholae auctores», ovvero i Proculiani (che privilegiavano lo specificatore), si sofferma solo sul caso della sottrazione furtiva della materia prima e riconosce, oltre all'*a. furti*, una *condictio*, da esercitare «*furibus et quibusdam aliis possessoribus*». Sulla complessa interpretazione di questa *condictio*, si vd. in part. B. SANTALUCIA, *Il contributo*, cit., 100 ss.; M.J. SCHERMAIER, 'Materia', cit., 192 ss.; ID., 'An eadem res sit, quaeritur'. *Änderungen der Sachidentität als Problem des römischen Rechts*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, 290 ss.; T. LEESEN, *Produced and Bottled in Rome – Who Owned the Wine? The Controversy about 'Specificatio'*, in *RIDA*, LIII, 2006, 265 ss., con discussione della letteratura precedente. Di particolare interesse risulta anche l'opinione di G. THIELMANN, *Zum Eigentums-erwerb*, cit., 230, secondo cui i Proculiani riconoscevano al proprietario dei materiali un «Ausgleich» me-

rettamente connessa – dell'ingiustificato arricchimento¹²⁴, cominciando dai *veteres*,

Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est,*

sino a Pomponio, che enuncia quello che viene ritenuto il principio cardine in materia:

Pomp. 9 *ex var. lect.* D. 50.17.206: *Iure naturae*¹²⁵ *aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria*¹²⁶ *fieri locupletiozem.*

¹²⁴ Si vd., sulla scia di M. KASER, 'Ius gentium', cit., 162 ss., J.F. STAGL, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer 'aequitas'*, in *Testi*, cit., 675 ss. (in part. 692 ss.). Sull'ingiustificato arricchimento, si vd. la letteratura cit. *supra* nt. 106.

¹²⁵ Circa l'uso dell'espressione *ius naturale*, W. WALDSTEIN, 'Aequitas naturalis' e 'ius naturale', in 'Aequitas', cit., 43 ss., sostiene che «Il risultato complessivo tratto dall'indagine delle fonti parla inequivocabilmente a favore del fatto che i riferimenti allo *ius naturale* conservati nelle fonti giustiniane sotto il nome di giuristi classici effettivamente sono da ascrivere a loro»; inoltre, reputa sostanzialmente coincidenti i due passi di Pomponio, contenuti in D. 50.17.206 (riportato nel testo) e in Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14 (*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*), asserendo la equivalenza tra *aequitas*

Appare in ultima analisi evidente che l'intera materia è dominata dal criterio dell'*aequitas*, in nome della quale le soluzioni pratiche venivano di volta in volta adeguate ai valori correnti, sia pure in coerenza con il diritto vigente¹²³. Il medesimo criterio ha ispirato del resto tutta la tematica – alla nostra indi-

lo stesso che ricorda la (presupposta) azione decemvirale con funzione di indennizzo di cui al fr. D. 46.3.98.8. Il passaggio dal piano reale al piano obbligatorio risulta a nostro avviso ben chiaro rispetto alla *condictio (sine causa)* messa a disposizione «al fine di revocare l'attribuzione priva di causa, nel caso che non sia già applicabile la *rei vindicatio*»: si vd. B. KUPISCH, voce *Arricchimento*, cit., 427, secondo cui tale strumento sarebbe stato inizialmente applicato ai casi di consumazione e commistione, «casi maggiormente vicini alla *rei vindicatio* da un punto di vista funzionale».

¹²³ Come rileva A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, rist. Torino, 1981, 619 ss. (ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 198 ss.), 205: «La caratteristica (o, se si vuole, la stranezza) ... è che il *ius honorarium* non fu considerato dai Romani come abrogativo del *ius civile*. I due sistemi coesisterono per tutto il corso del periodo classico, ma il secondo era quello ritenuto praticamente applicabile, mentre il primo trovava applicazione solo se nulla di diverso fosse stato sancito dalla prassi onoraria».

Le conclusioni di Kaser sono state di recente fatte proprie da Gröschler. Tale Autore, nel difendere la genuinità della testimonianza paolina di D. 6.1.23.5, ritiene più specificamente che nel periodo classico erano previste due azioni per compensare la perdita della proprietà dovuta ad accessione¹⁰³: da un lato, un'*actio in factum*, di natura personale, dall'altro, un'*actio in rem utilis* con formula fittizia. I due mezzi di tutela, tuttavia – asserisce Gröschler –, si equivalevano quanto agli effetti giuridici, essendo entrambi diretti a far valere la pretesa ad un indennizzo¹⁰⁴.

dianche *a. furti, condictio furtiva, a. ad exhibendum* se vi era stato dolo da parte dello specificatore; e con il tempo, anche in assenza di dolo, riconobbero una *rei vindicatio utilis* o un'*a. in factum*. In ordine all'*exceptio doli*, M. BALZARINI, voce *Specificazione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, rist. Torino, 1982, 1087 e nt. 7, rileva che la sua concessione non si trova esplicitamente nelle fonti, ma risulta dai principi regolatori di questa eccezione: si ritiene perciò che con essa si attuasse il medesimo meccanismo della *retentio* previsto per i casi di accessione; tuttavia, E. NARDI, *Studi*, II, cit., 102 nt. 39, sostiene, sia pure con specifico riferimento a D. 24.1.30, che si tratta di «un caso per cui le fonti non conoscono ritenzione».

¹⁰³ O a specificazione: P. GRÖSCHLER, '*Actiones in factum*', cit., 202; cfr. *supra* nel testo.

¹⁰⁴ Vi è peraltro chi afferma che la *rei vindicatio utilis* è indicata nelle fonti come *actio in factum*: si vd. U. WE-

Da quanto si è esposto risulta che le diverse letture dei dati testuali sono in realtà accomunate dalla medesima prospettiva storica, la stessa che giustifica l'interpretazione dei tre passi (Gai 2.78; D. 6.1.5.3; D. 6.1.23.5) sopra illustrata: pur non potendosi concludere nel senso del riconoscimento di un vero e proprio "diritto di indennizzo" a favore dell'ex proprietario della cosa accessoria, si può fondatamente pensare a degli interventi correttivi del *ius civile* finalizzati a riequilibrare la posizione di due *domini*, l'uno dei quali, non per sua volontà, avesse definitivamente¹⁰⁵ perduto

SEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, LXXXV, 1968, 114. G. COPPOLA, *Recensione a F. LUCREZI, La 'tabula picta'*, cit., 410 nt. 10, fa coincidere l'*a. in factum* e l'*a. utilis*, giustificando la diversa terminologia con la confusione operata sul punto dai compilatori giustiniani. Tale confusione risulta del resto evidente con riguardo all'*a. legis Aquiliae*, distinta in *utilis* e *in factum* (cfr. I. 4.3.16): si vd. sul punto il fondamentale lavoro di G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, in *AUPE*, XXVIII, 1914 (ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di V. Arangio-Ruiz, E. Albertario, P. De Francisci, III, Milano, 1922, 444 ss.).

¹⁰⁵ Si ribadisce che qui si considerano le ipotesi in cui fossero già avvenuti in via definitiva l'acquisto e la contestuale perdita della proprietà; diversamente, fintanto che l'unione organica non si fosse verificata, si conservava la titolarità del diritto ed era, dunque, pos-

in modo che potesse essere accertato il presupposto di tale diritto, ovvero sia la proprietà (perduta). Ancora, non va dimenticato che si trattava pur sempre di problematiche inerenti al *dominium*, in ordine alle quali la configurazione di tipo obbligatorio richiese una forma più compiuta e consapevole di elaborazione giurisprudenziale, che si può di certo considerare realizzata all'epoca in cui Paolo menziona un'*actio in factum*, presumibilmente di natura personale¹²².

bia mai fatto parte del patrimonio del rivendicante, che però vanta su di essa un certo diritto (Paul. 6 *quaest.* D. 24.1.55; Ulp. 1 *opin.* D. 26.9.2; Imp. Philippus A. et C. Philippo mil. C. 3.32.8 [a. 246]; Imp. Constantinus A. ad Maximum pu. C. 5.3.15.1 [a. 319]; Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. C. 5.12.30.1 [a. 529]; Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales C. 5.13.1.5a [a. 530]) sia che vengano in considerazione quei casi in cui si rivendica utilmente una cosa che sia uscita dal proprio patrimonio senza un apposito atto di disposizione (Gai 2.78; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.5.3; Pomp. 14 *ad Sab.* 24.1.29.1 e Gai 11 *ad ed. prov.* D. 24.1.30; Ulp. 17 *ad ed.* D. 39.6.29 e Ulp. 21 *ad ed.* D. 39.6.30; Imp. Valerianus et Gallienus AA. Gamicae 8.54[55].1 [a. 258]).

¹²² Il riferimento è ovviamente a D. 6.1.23.5: può apparire non del tutto casuale la circostanza che il giurista che affermava la "necessità" di un'*actio in factum* con riguardo alle ipotesi di accessione inseparabile sia

verso l'eccezione e il meccanismo della *retentio* ad essa connesso, l'ex *dominus* o conseguiva il controvalore della cosa accessoria e restituiva il tutto oppure riusciva ad evitare la *condemnatio*, trattenendo presso di sé l'oggetto della rivendica.

Ugualmente ispirata a ragioni equitative fu la concessione, a partire dall'ultima età repubblicana, di un'azione, in specifici casi in cui era più frequente che il *dominus* della cosa accessoria non si trovasse nel possesso della cosa principale cui essa era acceduta e mancasse quindi il presupposto per avvalersi dell'*exceptio*. Allo stato delle fonti, è possibile ipotizzare che tale azione fosse *ficticia*, modellata sulla formula della *rei vindicatio*; e ciò può collegarsi al fatto che la tutela dell'ex proprietario trovava la sua origine ed il suo fondamento nel *dominium* di cui egli aveva perduto la titolarità per un accadimento indipendente dal suo volere, accadimento che si fingeva quindi come non avvenuto. Dalle testimonianze di cui disponiamo in materia, in effetti, risulta abbastanza chiaro che lo scopo ultimo dell'azione era quello di assicurare il diritto ad un indennizzo¹²¹ e che la relativa formula fu costruita

¹²¹ Sarebbe questo il denominatore comune di tutte le testimonianze in materia di *rei vindicatio utilis*, sia che si contemplino ipotesi in cui la cosa rivendicata non ab-

il proprio diritto sulla *res*, considerata accessoria, a vantaggio dell'altro. Tali interventi, basati su evidenti valutazioni equitative, furono indotti dal pensiero giurisprudenziale e realizzati dal pretore attraverso la concessione di strumenti di tutela, quanto meno in casi determinati e particolari. La limitata applicazione di tali strumenti potrebbe forse spiegare anche il motivo per cui in D. 39.2.9.2 non si faccia alcun cenno ad essi. Ed invero, potrebbe sostenersi che il su evidenziato contrasto con D. 6.1.5.3 sia soltanto apparente, nel senso che Alfeno Varo, nella prima testimonianza, si sarebbe limitato ad affermare che il proprietario dell'albero trapiantato nel fondo altrui non era legittimato alla *rei vindicatio*, perché ne aveva perduto il *dominium*; ciò però non implica che il giurista abbia sempre e comunque negato la possibilità di un'*actio* diretta ad ottenere l'indennizzo.

A questa azione, da Alfeno e Nerva concepita come *in rem utilis*, si affiancò in un secondo momento l'*actio in factum* menzionata

sibile esperire l'*a. ad exhibendum* e successivamente la *rei vindicatio*: si vd. *supra* pp. 17 ss.; ancora, colui che effettuava la congiunzione doveva essere in buona fede, poiché in caso contrario l'ex *dominus* disponeva dell'*a. furti* e della *condictio ex causa furtiva*.

da Paolo in D. 6.1.23.5, rispetto a cui vanno posti in luce, da un lato, il carattere presumibilmente personale del rimedio e, dall'altro, la sua generalizzazione per tutti i casi di unione organica.

7. Resta infine da toccare un ultimo aspetto, pur con l'avvertenza che esso verrà trattato senza addentrarsi nella più generale e complessa tematica dell'ingiustificato arricchimento.

Va infatti rilevato che in epoca classica ben si conosceva l'impiego della *condictio* in funzione restitutoria dell'arricchimento, ma si escludeva che ad essa potesse farsi ricorso per i casi di accessione. È quanto si ricava innanzitutto da un celeberrimo passo di Giuliano:

Iul. 39 dig. D. 12.6.33: *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum exi-*

piano del *ius civile* in seguito alla incorporazione di due *res* appartenenti a soggetti diversi, alcuni giuristi si preoccuparono di mitigare tali effetti, suggerendo soluzioni ispirate all'*aequitas* di cui il pretore si rendeva interprete¹²⁰.

Si spiega così innanzitutto l'utilizzo dell'*exceptio doli mali*, di carattere generale, diretta a paralizzare la pretesa del *dominus* della *res principalis*, il quale rivendicasse dall'ex proprietario il tutto risultante dall'accessione, che quest'ultimo possedeva in buona fede; attra-

¹²⁰ Tra le innumerevoli accezioni che presenta questo sostantivo, si fa qui riferimento all'*aequitas* come al criterio adottato dall'ordinamento per far sì che le sue norme collimino con il senso di giustizia diffuso nella coscienza sociale: R. QUADRATO, 'Favor rei' ed 'aequitas': la 'regula' di D. 50,17,125, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 207, riprendendo il pensiero di Pringsheim, la definisce come l'«arma» del magistrato e il «fondamento» della *interpretatio*. Sulla problematica romana in tema di *aequitas*, la bibliografia è sterminata: a quella segnalata da A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul concetto di 'aequitas'*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano, 1973, 139 nt. 5, adde P. PINNA PARPAGLIA, 'Aequitas in libera republica', Milano, 1973 (con indicazione e discussione di altra letteratura: 209 ss.), nonché *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007.

liare della *inaedificatio* e perciò stesso la difficoltà di ricavare dai testi in materia dei principi valevoli per ogni ipotesi di accessione.

Bisogna comunque tener presente che, seguendo l'opinione del Musumeci, si profila quanto meno l'eventualità che già i *veteres* avessero sentito come opportuna la tutela di chi si vedeva privato della disponibilità di un materiale da costruzione, a volte anche molto pregiato; e ciò rende ancor più plausibile la congettura che ben presto dei giuristi avessero avvertito come urgente questa esigenza di tutela per casi in cui la perdita della proprietà venisse ritenuta definitiva.

8. Il percorso sin qui compiuto consente di trarre alcune conclusioni.

Non è possibile rintracciare per il periodo classico una disciplina organica circa il riconoscimento al proprietario della cosa accessoria del diritto ad un indennizzo per la perdita subita; ciò dipende in massima parte dalla mancanza di una trattazione sistematica della stessa accessione, intesa quale modo di acquisto della proprietà.

Dall'analisi delle singole fattispecie si ricava tuttavia che, contestualmente all'individuazione degli effetti che si producevano sul

stimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.

Giuliano confronta l'ipotesi della *inaedificatio* su suolo altrui con quella dell'*indebitum solutum* sotto il profilo della esperibilità di una *condictio* e afferma che l'azione spettava solo al *solvens*, in quanto «*aliquid negotii fecerit*»; il costruttore dell'edificio, il quale avesse trasferito il possesso, non avrebbe invece potuto agire contro il *dominus soli*, poiché questi riceveva ciò che era suo e tra i due soggetti non era nemmeno ravvisabile un *negotium* dal quale sorgesse in capo al possessore di buona fede il diritto di richiedere il ristoro per le spese¹⁰⁶. E,

¹⁰⁶ Nonostante la sua appartenenza alla scuola sabina, Giuliano rifiuta il riconoscimento di una *condictio (ex iniusta causa)* in virtù di una mancata *retentio*, quale era stato prospettato dai suoi predecessori sulla base del concetto del *negotium utiliter gestum* elaborato da Mucio: si vd. O. BEHREND, *La nuova traduzione*, cit., 144 s.. Di un rapporto obbligatorio (o di «altre condizioni») che giustificerebbe la concessione di un'azione parla anche S. RICCOBONO, *Tracce*, cit., 212; ID., *Formulae ficticiae*, cit., 53. A. TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti*, II, Torino, 1879, § 772 s., aveva tuttavia ipotizzato che la mancata concessione dell'azione dipendesse da una rinuncia del possessore, implicita nella sua *traditio* al *dominus*, e che Giuliano

avesse escluso la *condictio certi*, ma non anche quella *incerti*. Nel senso della necessità di un *negotium contractum* tra le parti ai fini dell'esperimento di una *condictio*, si è espresso di recente C.A. CANNATA, 'Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem'. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano, in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-27 settembre 2003*, a cura di L. Vacca, Torino, 2005, 13 ss., in part. 41 ss.; 49 ss.: lo studioso ribadisce comunque (p. 45) che il limite posto dall'esigenza del *negotium contractum* rimase intatto, ma che furono previste eccezionali deroghe casistiche, controllate dal pretore o dai giuristi; L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e 'arricchimento senza causa' nel diritto romano classico*, in *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre, Roma, 24 e 25 ottobre 2003*, a cura di V. Mannino, Torino, 2005, 15 nt. 19 (ora anche in *φιλία*, cit., IV, Napoli, 2007, 2709 ss.), sulla scia di C.A. CANNATA, *L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 19 ss., sottolinea che, sebbene nella generalità dei casi, presupposto della *condictio* fosse un negozio tra arricchito e depauperato, «tuttavia, a partire dal II sec. d.C., questo presupposto fu attenuato casisticamente dalla giurisprudenza, che ammise il ricorso alla *condictio* anche in casi di arricchimento derivante da attività del solo arricchito, o di arricchimento indiretto ... ». Sulla complessa tematica delle *condictiones* volte a sanzionare un arricchimento ingiustificato, esiste una vastissima letteratura: oltre ai lavori già cita-

dubbio l'*exceptio doli mali* opposta alla *rei vindictio* del *dominus aedium*, la quale, attraverso il meccanismo della *retentio*, avrebbe consentito di ottenere il rimborso delle spese di costruzione, inclusive anche del *pretium* del *tignum*. Ne deriva che tra azione reipersecutoria e *retentio* il concorso sarebbe stato sostanzialmente alternativo, così come nei rapporti con la *rei vindictio*.

Queste ultime riflessioni conducono ad un'ulteriore osservazione: concedere al proprietario dei materiali un'azione diretta al *pretium tigni* o consentirgli di avvalersi della *retentio* significava valutare come definitiva la congiunzione del *tignum* alle *aedes*; significava, *rectius*, subordinare l'acquisto della proprietà sui materiali alla volontà del loro *dominus*, che avrebbe potuto decidere di aspettare il crollo dell'edificio per rivendicarli o viceversa preferire ottenerne subito il controvalore, con ciò rinunciando al suo diritto di proprietà¹¹⁹. Si conferma cioè il carattere assolutamente pecu-

¹¹⁹ Naturalmente, il ragionamento muta se si ipotizza che l'indennizzo del *dominus tigni* servisse solo a compensare la temporanea indisponibilità del *tignum*: un cenno in tal senso sembra leggersi in D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, 251; in senso contrario si era invece espresso F. MUSUMECI, 'Inaedificatio', cit., 71 nt. 132.

rebbe stata cumulabile con l'*actio de tigno iuncto* (prevista solo in caso di costruzione con *tignum* altrui), data la diversità di funzione, ma non anche con la *rei vindicatio*, una volta staccatosi il *tignum*. In altri termini, «l'esperimento dell'azione rivolta al *pretium*» avrebbe fatto «definitivamente perdere al proprietario del *tignum* ogni aspettativa su questo»¹¹⁶.

Se di questa azione non vi è (altra) traccia nelle fonti¹¹⁷ è perché – sempre secondo Musumeci – furono ben presto introdotti altri strumenti a tutela del proprietario del *tignum*, molto più efficaci rispetto al rimedio decemvirale¹¹⁸; tra questi, il più adoperato fu senza

nt. 53) la classicità dell'*actio utilis* di Gai 2.78 e D. 6.1.5.3, affermando inoltre che una pretesa di indennizzo diventa addirittura irrinunciabile allorquando si neghi al proprietario dei materiali il diritto sul materiale usato per la costruzione, ovvero allorquando si realizzi un'unione organica (e perciò definitiva).

¹¹⁶ F. MUSUMECI, *'Inaedificatio'*, cit., 71 nt. 132 *if.* Non si tiene qui conto del *ius tollendi*, che involge una tematica connessa, ma distinta, sulla quale si vd. lo studio ancora attuale di S. RICCOBONO, *Dal diritto*, cit., 445 ss.

¹¹⁷ F. MUSUMECI, *'Inaedificatio'*, cit., 72, ne legge una attestazione in Nov. App. 7.21.

¹¹⁸ F. MUSUMECI, *'Inaedificatio'*, cit., 162 ss.: diverse azioni (molte delle quali fondate su di un rapporto obbligatorio), vennero impiegate in funzione di sostanziale indennizzo.

mancando i presupposti per individuare un *negotium* obbligatorio¹⁰⁷, che giustificasse la concessione di una *condictio*, l'unico strumento per evitare una perdita patrimoniale era costituito

ti, si vd. *ex multis*, G. ASTUTI, voce *Arricchimento (azione di)*. *Premessa storica*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 52 ss.; G. DONATUTI, *Le 'causae' delle 'condictiones'*, in *Studi parm.*, I, 1950, 33 ss. (ora in ID., *Studi di diritto romano*, a cura di R. Reggi, II, Milano, 1977, 711 ss.), spec. 821 s.; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 181 ss.; B. KUPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. civ.*, I, Torino, 1987, rist. Torino, 1994, 423 ss.; I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'*. *Studi in tema di 'indebitum condicere'*, Milano, 2001; A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustiniane*, Milano, 2002; J.D. HARKE, *Das klassische römische Konditionensystem*, in *Iura*, LIV, 2003, 49 ss.; S. HEINE, *'Condictio sine datione'*. *Zur Haftung aus ungerichtfertiger Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin, 2006; nonché i recenti studi di cui agli atti summenzionati: *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebitum* e *L'arricchimento senza causa*. *Sulla condictio indebiti*, si vd. da ultimo B. CORTESE, *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009.

¹⁰⁷ Secondo O. BEHREND, *La nuova traduzione*, cit., 146, da Ulp. 10 *ad ed. D.* 3.5.5.5 (3) si ricava che un *negotium*, nel senso di rapporto obbligatorio, si creava anche se l'altra parte avesse voluto, per il fatto di arricchirsi, nuocere.

dalla *retentio*; il che risulta esplicitamente affermato nella chiusa del passo.

La medesima impostazione si riscontra del resto in numerose altre testimonianze¹⁰⁸, tra cui emblematica risulta

Paul. 3 *resp.* D. 44.4.14: *Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

Se questi rappresentano degli indiscutibili dati testuali, non si può tuttavia non notare che l'ipotesi di accessione contemplata nei testi in cui è prevista la *retentio* come unico strumento di tutela per il proprietario della cosa accessoria sia quella della *inaedificatio* (in particolare, della costruzione con materiali propri su fondo altrui)¹⁰⁹, la quale formava un

¹⁰⁸ Cfr. Pomp. 14 *ad Sab* D. 24.1.31.2; Pap. 2 *resp.* D. 6.1.48; Paul. 36 *ad ed.* D. 24.3.23; Marc. 3 *reg.* D. 44.4.10.

¹⁰⁹ C.A. CANNATA, *L'unificazione*, cit., 18, parla di casi di «arricchimento imposto», cioè prodotto esclusivamente da un'attività del depauperato. Un principio generale sembra invece potersi leggere in Pomp. 6 *ad Quint. Muc.* D. 12.6.51: *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.* Il giurista in realtà si riferiva

particolare interesse quella proposta da Musumeci¹¹⁴. Lo studioso afferma, infatti, che il *pretium* attribuito dalla *lex duodecim tabularum* al *dominus tigni* non era altro che una somma di danaro spettante «a titolo di indennizzo, per avere il proprietario del *tignum* perduto la disponibilità di questo, in seguito alla congiunzione alle *aedes*». In entrambe le ipotesi di *inaedificatio* (con materiali propri e con materiali altrui) sarebbe stata così riconosciuta al *dominus tigni* un'azione reipersecutoria per ottenere l'indennizzo nella misura del *pretium* del *tignum*¹¹⁵: essa sa-

spettata da R. QUADRATO, *'Tignum'*, cit., 15 s., per il quale il regime processuale preso in considerazione dal giurista è quello formulare, in cui la *vindicatio* del *tignum* era possibile poiché la *condemnatio* sarebbe stata comunque espressa in termini pecuniari.

¹¹⁴ F. MUSUMECI, *'Inaedificatio'*, cit., 36 ss., il quale analizza attentamente le interpretazioni di Melillo e di Quadrato, cui si accenna nella nt. precedente.

¹¹⁵ Un'interpretazione analoga sembra potersi cogliere anche nelle parole di A. GUARNERI CITATI, *La cosiddetta accessione separabile*, cit., 329: «un'azione ... diretta al *pretium* dei *tigna*». M. MARRONE, *'Tignum iunctum' e 'inaedificatio'*. *Lettura di F. MUSUMECI, 'Inaedificatio'*, in *La-beo*, XXXVII, 1991, 382 ss. (ora in ID., *Scritti*, II, cit., 1061 ss.), pur apprezzando la ricostruzione di Musumeci, preferisce non prendere una posizione netta sul punto; decisamente contrario, invece, P. APATHY, *Paul. d. 46.3.98.8 – Zur Ersatzpflicht bei 'inaedificatio'*, in *Lura*, XLII, 1991, 1 ss., il quale però ammette (p. 11 e

Orbene, tra le varie interpretazioni che della chiusa e, soprattutto, del termine «*pretium*» sono state date¹¹³, risulta per noi di par-

tu promisisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem navis est, quam te daturum spondidisti, ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse. homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desuit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit. diversum dicemus, si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio. area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit. denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.

¹¹³ Secondo l'opinione più risalente, il termine «*pretium*» andava inteso come il *duplum* dell'*actio de tigno iuncto*, la cui concessione si può far appunto risalire alle XII Tavole; ma G. MELILLO, 'Tignum', cit., 50, giustamente rileva come questo termine non venga mai utilizzato nelle fonti con il significato di *poena in duplum*, per cui ipotizza (p. 49 s.) che Paolo si riferisse ad un'*actio ex stipulatu* da esercitare nei confronti di chi avesse promesso dei materiali, poi usati per una costruzione (il *promissor* sarebbe stato inadempiente per impossibilità di *solvere* i materiali e dunque condannato a pagare il loro *pretium*); diversa esegesi è stata pro-

caso pressoché a sé stante. Invero, il principio «*superficies solo cedit*» operava soltanto rispetto all'edificio nel suo complesso, e non anche rispetto ai materiali utilizzati per la costruzione; il loro proprietario non avrebbe potuto rivendicarli solo perchè le XII Tavole vietavano la separazione del *tignum aedibus vineave iunctum*¹¹⁰. Era in sostanza la norma decemvirale ad inibire la "risolubilità" dell'accessione, impedendo conseguentemente l'esercizio dell'*actio ad exhibendum* e quindi della *rei vindicatio*; ma che l'acquisto non fosse definitivo è dimostrato dal fatto che la rivendica dei materiali si poteva esperire con successo una volta che essi avessero riacquistato la propria individualità (una volta, cioè, che l'edificio crollasse)¹¹¹.

all'erede che avesse migliorato la cosa prima di consegnarla al legatario ed è ipotizzabile una generalizzazione solo da parte dei giustinianeî: si vd. E. SEIDL, *Die Basilikenscholien im 'Tipukitos'*, in BZ, XLIV, 1951, 539; E. NARDI, *Studi*, II, cit., 115 s., spiega l'enuciiazione con l'esistenza nel *Corpus iuris civilis* di fattispecie in cui alla *retentio* non si era andata affiancando un'apposita azione.

¹¹⁰ Si vd. *supra* pp.18 ss.

¹¹¹ Ciò è escluso per le ipotesi di *implantatio* e *satio* (che pure Gaio nelle Istituzioni accomuna alla *inaedificatio*: si vd. *supra* pp. 26 ss.), in quanto alberi e semi, incorporatisi nel terreno, si trasformano in qualcosa di di-

È evidente, quindi, che la problematica dell'indennizzo si poneva qui in termini tutt'affatto particolari.

Con specifico riferimento all'*inaedificatio* va peraltro richiamato un passo di Paolo, nella cui chiusa si afferma che la legge delle XII Tavole «*scit*» che il *tignum aedibus iunctum* poteva essere rivendicato, ma poiché «*interim*» (ovverosia finché fosse infisso nella costruzione) proibiva che esso venisse asportato, voleva che fosse attribuito (al suo proprietario, evidentemente) il «*pretium eius*»:

Paul. 15 *quaest.* D. 46.3.98.8: ...*denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.*

Occorre in primo luogo premettere che queste poche righe rappresentano la conclusione di un lungo testo, in cui il giurista affronta la questione relativa alla sorte di una *stipulatio* avente ad oggetto un'*area aliena*, sulla quale il *dominus* aveva poi costruito un'*insula*: in particolare, si pone il quesito se l'obbligazione del promittente non proprietario do-

verso: cfr. Paul. 14 *ad Sab.* D. 41.1.26.1 e Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.5, riportati *supra*.

vesse considerarsi estinta in virtù della modifica intervenuta. Paolo, nel rispondere, elenca una serie di ipotesi in cui l'oggetto della prestazione promessa subisce dei mutamenti – sul piano giuridico, come lo schiavo altrui che viene manomesso, o sul piano materiale, come la nave altrui che viene smantellata e ricostruita dal suo proprietario –, e distingue i casi in cui l'obbligazione si estingue definitivamente (perché la *res* diventa *aliena*) da quelli in cui l'obbligazione “cessa” (perché la *res* resta la medesima); rispetto al caso in esame, afferma invece che l'obbligazione continua a sussistere, in quanto l'*area* non smette di essere «*in rerum natura*», per cui può essere fatta oggetto di richiesta. Infine, dopo aver delineato la differenza tra la fattispecie del servo promesso, catturato dai nemici, quindi rientrato in patria, e quella dell'*area* – che «*extat*» – Paolo chiude il suo discorso con un riferimento al *tignum aedibus iunctum*¹¹².

¹¹² Il testo completo è il seguente: Paul. 15 *quaest.* D. 46.3.98.8: *Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est. respondi, si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor. nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus effectus sit, alius videtur esse. nec simili argumento usus est, ut, si navem, quam*