

## «Urseius ait ...». *Riflessioni su una decisione di Urseio Feroce\**

1. Un frammento di Ulpiano riporta una decisione di Urseio Feroce<sup>1</sup> che ha suscitato e suscita perplessità, tanto da rendere necessaria un'analisi accurata per una sua maggiore comprensione:

D. 10.3.6.12 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Urseius ait, cum in communi aedificio vicinus nuntiavit ne quid operis fierit, si unus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam poenam a socio pro parte servare. Iulianus autem recte notat ita demum hoc verum esse, si interfuit aedium hoc fieri.*

Secondo Urseio<sup>2</sup>, là dove, in caso di edificio comune a più persone, un vicino avesse intimato di non realizzare una nuova opera (avesse cioè effettuato l'*operis novi nuntiatio*) e uno dei comunisti fosse stato successivamente «*damnatus*» per tale motivo, quest'ultimo avrebbe potuto ottenere dal socio una quota di quanto avesse versato (*poenam a socio pro parte servare*). In chiusura è riportata una annotazione di Giuliano, secondo il quale la decisione era da condividersi se fosse stato utile all'edificio che ciò fosse fatto (*si interfuit aedium hoc fieri*).

2. Per poter meglio comprendere la decisione di Urseio, è opportuno analizzare preliminarmente altri due testi, in cui viene presa in considerazione l'ipotesi di pluralità di proprietari del luogo in cui fosse fatta l'*operis novi nuntiatio*.

D. 39.1.5.5 (Ulp. 52 *ad ed.*): *Si plurium res sit, in qua opus novum fiat et uni nuntietur, recte facta nuntiatio est omnibusque dominis videtur denuntiatum: sed si unus aedificaverit post operis novi nuntiationem, alii, qui non aedificaverint,*

\* Il contributo è già apparso, con lievi differenze, in *Scritti in ricordo di Giovanna Mancini 2*, a cura di M. Basilavecchia e L. Parenti, Lecce 2019, 723 ss.

<sup>1</sup> Si tratta di una delle pochissime citazioni del giurista presenti nelle fonti (lo troviamo infatti menzionato solo sei volte: v., oltre al testo in oggetto, Coll. 12.7.9; D. 7.4.10.5 [Ulp. 17 *ad Sab.*]; D. 9.2.27.1 [Ulp. 18 *ad ed.*]; D. 39.3.11.2 [Paul. 49 *ad ed.*]; D. 44.5.1.10 [Ulp. 76 *ad ed.*]), e l'unica testimonianza 'esplicita' del suo pensiero. Abbiamo, infatti, i *Libri ad Urseium* di Giuliano, ma non è certo se questi costituiscano un commentario all'opera di Urseio o se riportino estratti di quest'opera con note di Giuliano (quest'ultima ipotesi sembrerebbe più verosimile: in tal senso, v., tra gli altri, A. Guarino, *Salvius Iulianus. Profilo bio-bibliografico*, Catania 1945 [= in *Labeo* 10, 1964, 364 ss.], ora in *Pagine di diritto romano* 5, Napoli 1994, 214).

<sup>2</sup> Non è in alcun modo accoglibile la tesi di G. Baviera, *Urseius Ferox*, in *Studi in onore di A. Salinas* 1, Palermo 1907, ora in *Scritti giuridici* 1. *Diritto romano*, Palermo 1909, 105 nt. 3, secondo cui «al posto di Urseio doveva esservi il nome di un altro giureconsulto» (lo studioso riteneva che fosse Cassio), basata esclusivamente sul preconcetto che il giurista non fosse affatto un respondente (pp. 105 s.).

*non tenebuntur: neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit.*

D. 39.1.18 pr. (Pap. 3 *quaest.*): *Aedibus communibus si ob opus novum nuntiatio uni fiat, si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nuntiatio tenebit, si vero quidam ignorent, in solidum obligabitur, qui contra edictum praetoris fecerit.*

Nel primo frammento, sempre di Ulpiano, leggiamo che, se il bene all'interno del quale si stava realizzando l'*opus novum* fosse appartenuto a più persone e la *nuntiatio* fosse stata effettuata ad uno solo dei contitolari, essa doveva reputarsi correttamente operata (*recte facta nuntiatio est*), ritenendosi realizzata nei confronti di tutti i proprietari. Il giurista poi ci informa che, se uno avesse edificato dopo la denuncia, coloro che non avessero realizzato l'opera non erano responsabili, in quanto il fatto degli altri non doveva nuocere a colui che si era astenuto dal costruire (*neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit*)<sup>3</sup>.

Anche nel secondo frammento è prospettato il caso in cui l'*operis novi nuntiatio* sia stata effettuata a uno dei proprietari. Papiniano ci informa che, in tal caso, se l'*opus* sia stato realizzato per volontà di tutti, tutti sarebbero stati tenuti; diversamente, se l'opera fosse stata realizzata da uno dei soci, ignorandolo gli altri (*si vero quidam ignorent*), sarebbe stato obbligato per intero (*in solidum obligabitur*)<sup>4</sup> colui che avesse operato contro l'editto del pretore<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Nonostante il testo non sia chiaro dal punto di vista formale, non credo si possano accogliere i rilievi posti da A. Guameri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano* 1, Palermo 1921, rist. anast. Roma 1972, 94 ss. Secondo l'autore, il passo originariamente avrebbe detto esattamente l'opposto, cioè che anche i proprietari che non avessero fatto l'opera sarebbero stati tenuti: «*et ideo si unus aedificaverit post o. n. n., etiam alii, qui non aedificaverint, tenebuntur*» (p. 96). Anche la motivazione, secondo l'a., sarebbe stata pertanto interpolata (pp. 95 s.). Secondo H.G. Beseler, *Romanistischen Studien*, in ZSS. 46, 1926, 97, sarebbe da ritenersi interpolato *alii* e la motivazione (*neque...*), ma la sostanza sarebbe genuina. J. Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris 1934, 280 nt. 1, riteneva spuria tutta la frase finale, da «*sed si*». Per E. Betti, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, 262 nt. 1, la motivazione sarebbe genuina, ma nel testo originario essa doveva riferirsi ai rapporti interni tra i condomini denunciati, così come tutto il testo (pp. 261 s.); per lui, quindi, l'interdetto si sarebbe potuto rivolgere anche contro chi non avesse compiuto l'opera, ma l'autore avrebbe dovuto indennizzarlo.

<sup>4</sup> Risulta peculiare che, di fronte ad una responsabilità fatta valere mediante interdetto, nel testo troviamo «*obligabitur*» anziché *tenebitur*, che è la forma normalmente usata. Tuttavia, esso non costituisce l'unico caso: anche in un passo di Giavoleno (D. 39.1.23 [lav. 7 *epist.*]), infatti, leggiamo «*obligatus est*». Ad avviso di S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 1, Roma 1928<sup>2</sup>, rist. 2002, 736 nt. 5, i due testi si riferirebbero alla *sponsio* della procedura interdittale *cum sponsione*, che aveva luogo con l'interdetto ottenuto dal denunciante.

<sup>5</sup> Secondo il Guameri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 96 s., e il Betti, *Trattato dei limiti soggettivi* cit. 261 s., 262 nt. 1, il testo sarebbe interpolato, dato che originariamente avrebbe riguardato i rapporti interni tra i proprietari. In particolare, il primo autore riteneva che Papiniano, dopo aver affermato l'efficacia della *nuntiatio* fatta ad un proprietario nei confronti di tutti, si sarebbe occupato dei rapporti interni, sostenendo che le conseguenze, qualora l'*opus* fosse

Da questi due testi, dunque, si ricaverebbe che, nel caso in cui l'immobile nel quale si stesse realizzando l'*opus novum* fosse appartenuto a più persone, non solo la *nuntiatio* fatta ad uno sarebbe stata valida nei confronti di tutti, ma soprattutto che sarebbe stato responsabile solo chi avesse poi continuato a realizzare l'*opus novum*, mentre gli altri non sarebbero stati tenuti<sup>6</sup>.

stato intrapreso *voluntate omnium*, sarebbero ricadute su tutti, mentre, in mancanza di *voluntate omnium*, si sarebbero riversate solo su colui che avesse contravvenuto all'editto del pretore. Il Beseler, *Romanistischen Studien* cit. 97, ne modificava la forma, ma non la sostanza: [*Aedibus communibus*] *si ob opus novum nuntiatio uni <ex pluribus dominis> [si quidem ex voluntate omnium opus fiat], omnes nuntiatio tenebit, [si vero quidam ignorent, in solidum] <sed is solus> obligabitur, qui contra edictum praetoris fecerit.*

Che il testo, così come è formulato, possa portare a dei fraintendimenti è dimostrato da E.Ch. Westphal, *Interpretationes iuris civilis, de libertate et servitutibus praediorum, artis ordine digestae*, Lipsiae 1773, 231, il quale riteneva che la *nuntiatio* potesse essere fatta a uno qualunque solo nel caso in cui l'opera fosse voluta da tutti, mentre nel caso in cui qualcuno fosse stato ignaro la denuncia non poteva essere fatta a lui (altrimenti sarebbe stata inutile), ma solo a chi avesse voluto l'opera; inoltre – aggiungeva lo studioso – sarebbe stato responsabile *in solidum* solo colui che avesse fatto l'opera, sempre che la denuncia fosse stata fatta a lui.

<sup>6</sup> Da questi due passi sembrerebbe, *prima facie*, che il proprietario non autore dell'opera non fosse responsabile (e infatti tali testi vengono presi dagli studiosi che escludono la responsabilità del mero possessore a fondamento della loro tesi: v., tra gli altri, A. Stölzel, *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam, Eine civilistische Abhandlung*, Cassel-Göttingen 1865, 214 ss.; J. Baron, *Pandekten*, Leipzig 1872, 666 nt. 19; B. Windscheid, *Diritto delle Pandette* 2, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino 1925, 815 nt. 12). Tuttavia, a mio avviso, la lettura dei testi potrebbe essere ben diversa. Papiniano, infatti, usa l'espressione «*in solidum obligabitur*» nei confronti di chi avesse fatto l'opera, senza che lo sapessero gli altri. Non dice semplicemente *obligabitur*, come ci si sarebbe aspettati, per indicare la sua responsabilità. L'aggiunta di «*in solidum*», cioè per intero, a mio avviso risulta di fondamentale importanza per comprendere cosa effettivamente Papiniano volesse intendere. Secondo il Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 97, il riferimento potrebbe indurre a credere che la responsabilità di tutti in caso di opera fatta *voluntate omnium* sarebbe stata invece *pro parte*, cosa che egli escludeva, ritenendo di conseguenza il testo spurio (v. *supra*, nota precedente). Tale ipotesi, però, non è condivisibile. Nelle fonti troviamo il sintagma *in solidum obligari/teneri* per indicare una responsabilità relativa all'intera prestazione, in contrapposizione o ad una responsabilità *pro parte* (si pensi alle obbligazioni solidali o indivisibili) o ad una responsabilità limitata (si pensi alla responsabilità del *dominus* nei confronti degli atti del servo, per i quali rispondeva non limitatamente al *peculium* – v., ad es. D. 2.13.4.3 [Ulp. 4 *ad ed.*] – o alla responsabilità per intero dell'erede, non limitata all'*id quod ad eum pervenit* – v., ad es., D. 50.17.157.2 [Ulp. 71 *ad ed.*] –). Nel primo caso, però, l'espressione è posta in relazione a più soggetti (*singuli, omnes, etc. ... in solidum obligantur*), mentre nel secondo caso il soggetto obbligato *in solidum* è normalmente unico, come nella nostra fattispecie. Pertanto, non credo affatto che Papiniano volesse intendere che in caso di opera realizzata da uno, ignorandolo gli altri, l'autore dell'opera sarebbe stato responsabile per intero, mentre in caso di opera voluta da tutti questi sarebbero stati responsabili *pro parte*, né che il testo così come è formulato possa indurci a credere il contrario, come ritiene il Guarneri Citati. L'inserimento di «*in solidum*» serviva al giurista per indicare, invece, che l'au-

3. Ciò premesso, possiamo ad analizzare la decisione di Urseio. Nella fattispecie da lui prevista viene prospettata l'ipotesi che uno dei *domini* fosse stato «*damnatus*» a causa dell'opera nuova per la quale fosse stata fatta una *nuntiatio* dal vicino. Per i giuristi severiani ciò sarebbe stato possibile solo qualora il socio *damnatus* fosse stato proprio colui che avesse realizzato l'opera, ovvero l'*opus novum* fosse stato realizzato con la volontà di entrambi. Il socio che non avesse edificato, infatti, o non sarebbe stato tenuto affatto, o, al massimo, avrebbe dovuto *patientiam praestare*, cioè permettere che il vicino demolisse l'opera a proprie spese<sup>7</sup>; in tal caso, però, proprio perché non avrebbe affrontato alcuna spesa, non avrebbe avuto motivo di agire contro il socio per il rimborso.

Urseio, tuttavia, non fa alcuna specificazione riguardo al fatto che l'opera fosse voluta da entrambi i soci, sembrando quindi essere ricompreso anche il caso in cui l'opera fosse compiuta da uno solo.

Ciò, però, non deve necessariamente indurre a credere che per il giurista tutti i *socii*, anche quindi colui che non avesse realizzato l'opera, erano tenuti alla

tore era responsabile per intero, cioè alla restituzione, mentre gli altri sarebbero stati responsabili non *in solidum*, ma in un modo limitato, che non poteva essere che il *patientiam praestare*. V. R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine* 3, ed. it. a cura di A. Bazzarini, Venezia 1841<sup>3</sup>, 377 nt. 4 (anche se in senso dubitativo); U. Burckhard, in F. Glück, *Commentario alle Pandette. Libro XXXIX. Parte I*, trad. it. con note di P. Bonfante, Milano 1903, 157 s. Pure G. Branca, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 500, era dell'avviso che dall'inciso «*in solidum*» si ricavasse che «la questione era limitata al fatto del 'rispondere in pieno'» (gli incisi sono miei, al posto del corsivo). Tuttavia, egli sottolineava che ciò era rispetto al diritto giustiniano (quindi sulla base di come appare il testo nei *Digesta*): «Con questo non voglio dire che nel sistema classico l'espressione «*in solidum*» e tutto il fr. avessero quel significato che si impone per diritto giustiniano» (p. 500 nt. 1).

Per quanto riguarda invece il «*non tenebuntur*» del testo ulpiano, se è vero che nelle fonti troviamo che anche in caso di *patientiam praestare* si era tenuti (v., ad es., D. 43.24.7 pr. [Ulp. 71 *ad ed.*]; D. 43.24.13.7 [Ulp. 71 *ad ed.*]; D. 43.24.15.1 [Ulp. 71 *ad ed.*]), tuttavia qui ci troviamo di fronte ad un caso particolare. Non si tratta, infatti, di un unico possessore, nei confronti del quale era necessario agire per riuscire a ottenere la demolizione della costruzione (a proprie spese). Qui il vicino poteva agire direttamente contro l'autore dell'opera ed ottenere anche la *restitutio*; pertanto, non era plausibile che egli si rivolgesse contro colui che non avesse compiuto l'opera per ottenere che prestasse la mera *patientia*. Non vi era dunque ragione di rilevare questa limitata responsabilità dei soci non autori. Ciò che quindi voleva mettere in rilievo Ulpiano era la responsabilità piena, alla quale deve riferirsi il «*non tenebuntur*» dei soci non autori. In tal senso, v. Burckhard, in Glück, *Commentario* cit. 158. Cfr. anche Westphal, *Interpretationes* cit. 230 s.; G. Hasse, *Ueber die «operis novi nuntiatio»*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 3.4, 1829, 605; A. Schmidt, *Das bei der operis novi nuntiatio einzuhaltende Verfahren*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß* 8, 1851, 37 s. nt. 33.

<sup>7</sup> Sul punto, v. *supra*, nota precedente. Sul *patientiam praestare* in generale, v., per tutti, F. Peters, *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht*, in *SDHI*. 35, 1969, 135 ss.

demolizione a proprie spese<sup>8</sup>: Urseio, infatti, fa semplicemente l'ipotesi che uno

<sup>8</sup> Occorre comunque sottolineare come non sia del tutto certo che Urseio riconoscesse la responsabilità limitata al *patientiam praestare* al comproprietario non autore. Sul punto, infatti, occorre esaminare una decisione contenuta in un passo di Paolo, in materia di *actio aquae pluviae arcendae*, in cui compare proprio il nome del giurista:

D. 39.3.11.2 (Paul. 49 *ad ed.*): ... *apud Ferozem Proculus ait: si cum uno dominorum actum sit, qui opus non fecerit, debere eum opus restituere sua impensa, quia communi dividundo actionem habet. Sed sibi magis placere patientiam dumtaxat eum praestare oportere, quia sua culpa actor id patiat, qui non agit cum eo, a quo opus factum sit. Et est iniquum eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi dividundo agere potest: quid enim fiet, si socius eius solvendo non fuerit?*

(È senz'altro preferibile la tesi per cui il § 2 cominci con «*apud Ferozem*», riconoscendo, quindi, a Cassio la paternità dell'inciso «*Et ex sociis ... operis fuit*». A voler attribuire la frase a Proculo, infatti, si avrebbe, a mio avviso, un'inutile ripetizione con la frase immediatamente successiva, in quanto entrambe sottolineano la possibilità di agire contro chi non fosse l'autore dell'opera. A favore dell'attribuzione dell'inciso a Cassio, v., tra gli altri, G. Baviera, *La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae in diritto romano classico*, Palermo 1902, [ora in *Scritti giuridici* 1 cit. 143 ss.] 16 e nt. 1; M. Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano 1940, 116 s. nt. 2; F. Sitzia, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano 1977, 139 ss.).

Dal testo siamo informati su quello che era il pensiero di Proculo, contenuto nell'opera di Urseio Feroce (la parola «*apud*» seguita dal nome di un autore, che troviamo nelle fonti, sta ad indicare alcune volte il giurista 'commentatore' – v., ad es., D. 50.16.77 [Paul. 49 *ad ed.*]: «*Servius apud Alfenum ... putat*» –, mentre altre volte il giurista destinatario di un commento – v., ad es., D. 33.7.12.27 [Ulp. 20 *ad Sab.*]: «*Cassius apud Vitellium notat*» –. In questo caso, però, data anche l'espressione che troviamo in D. 9.2.27.1 [Ulp. 18 *ad ed.*] – «*et ita Proculum existimasse Urseius refert*» – è da ritenere che fosse Urseio a riportare il pensiero di Proculo. Sul punto, v. J.T. Graves, s.v. *Ferox, Urseius*, in *Dictionary of Greek and Roman biography and mythology* 2, a cura di W. Smith, Boston - London 1849, rist. Boston 1867, 146 ss.; H. Harumi Miura, *Urseius Ferox*, in [http://helciomadeira.sites.uol.com.br/HD\\_2008\\_1\\_Trabalhos\\_Verbetes.pdf](http://helciomadeira.sites.uol.com.br/HD_2008_1_Trabalhos_Verbetes.pdf) 111. In particolare, il primo autore riteneva che l'espressione «*apud Ferozem Proculus ait*» potesse significare o che Urseio stesse riportando il parere di Proculo o – ma a suo avviso meno probabile – che nello scritto di Urseio vi fosse una nota di Proculo: in entrambe le ipotesi, comunque, il pensiero riferito risulterebbe essere di Proculo e non di Urseio. Favorevoli all'attribuzione a Proculo, tra gli altri, Baviera, *La legittimazione passiva* cit. 18 nt. 2; Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae* cit. 116 s. nt. 2; G.G. Archi, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI*. 8, 1942, [ora in *Scritti di diritto romano* 1, Milano 1981, 371 ss.] 244; Sitzia, *Ricerche* cit. 142 s. In senso contrario, U. Burckhard, *Die actio aquae pluviae arcendae*, Erlangen 1881, 476 s.), in tema di responsabilità del *dominus non auctor*. Innanzi tutto, è affermata quella che doveva essere la 'regola', e cioè che se si fosse agito contro uno dei proprietari che non avesse fatto l'opera, questi era tenuto a ripristinarla a proprie spese, poiché aveva l'*actio communi dividundo* (*quia communi dividundo actionem habet*); di seguito, viene indicata la soluzione che al caposcuola piaceva maggiormente (*et sibi magis placere ...*): la responsabilità limitata al *patientiam praestare*. Limite, questo, che, stando alle parole del frammento, sembrerebbe giustificato dalla 'colpa' del vicino danneggiato, qualora questi non avesse agito, come avrebbe dovuto fare, contro l'autore dell'opera. Nell'ultima parte del testo leggiamo un giudizio di valore sulla responsabilità 'piena': era iniquo attribuire a colui che non avesse fatto l'opera l'obbligo di restituire perché aveva l'*actio communi dividundo*, in quanto l'autore dell'opera sarebbe potuto essere insolubile.

Nonostante sia discusso se la frase da «*sed sibi*» sia genuina (v. Baviera, *La legittimazione passiva* cit. 16 nt. 1, 18; H.G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen 1910, 67; Id., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, 95; P. de Francisci, *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, 28 nt. 4; Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 80) o appartenga allo stesso Urseio (v. Peters, *Das 'patientiam praestare'* cit. 181: «Er selbst (*Proculus* oder *Urseius Ferox*?) ...»). Il Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 80, 88 nt. 5, dopo aver affermato che nel testo il *patientiam praestare* sarebbe riferito ad Urseio Feroce [p. 80], successivamente si domandava: «il '*sibi*' ... può davvero riferirsi a Feroce, o non piuttosto grammaticalmente deve riferirsi a Proculo?» [p. 88 nt. 5]; lo studioso tuttavia era dell'avviso che la frase fosse comunque un'aggiunta compilatoria [p. 80]. Pure per il Baviera, *La legittimazione passiva* cit. 18 s. nt. 2, e il Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae* cit. 117 nt. 2, la frase da *sed sibi* sarebbe da attribuire formalmente ad Urseio; tuttavia questi autori, sulla considerazione che Urseio fosse un semplice referente e non un vero giureconsulto, ritenevano che il contenuto della rettifica non potesse appartenere a lui [essi però non consideravano affatto la possibilità che fosse Proculo l'autore della frase, limitandosi a sostenere, il primo, che fosse opera dei compilatori, il secondo, che il contenuto della rettifica non necessariamente fosse il frutto del loro intervento]. Per una sicura attribuzione a Urseio, v. A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, 158 nt. 2; W. Litewski, *L'effet libérateur de la «litis contestatio» dans les obligations solidaires actives en droit de Justinien*, in *Labeo* 24, 1978, 309. Sembra che G. Segrè, *Sulla natura della proprietà in diritto romano*, Roma 1889 [estratto da *RISG.* 6, 1889, 353 ss.; 8, 1889, 145 ss., 329 ss.], ora in *Scritti di diritto romano. Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*, a cura di N. Scapini, Torino 1974, 186 s. nt. 445, attribuisse l'intera frase, da «*sed sibi*» alla fine, a Paolo, ritenendo che Proculo fosse per la solidarietà piena nei confronti anche del non autore dell'opera [tesi, questa, che egli considerava «dovesse meritare la preferenza: infatti non si sa comprendere come possa attribuirsi la colpa dell'attore il non sapere quale dei due soci realmente avesse compiuto l'opera»]), io sono piuttosto dell'avviso che si tratti, invece, di un 'ripensamento' del giurista corifeo o, meglio, di quello che era il suo pensiero, rispetto a quello che doveva essere il diritto consolidato dell'epoca. Escluderei, infatti, si tratti di interpolazione, non essendovi seri indizi che possano far credere alla natura insitica dell'inciso (cfr. Sitzia, *Ricerche* cit. 244, il quale sottolinea che «se i giuristi avessero ... voluto affermare per primi il principio della limitazione della responsabilità, avrebbero verosimilmente provveduto a modificare il pensiero di Urseio senza lasciar sussistere alcuna antinomia»). Non credo, inoltre, che la frase sia da attribuire a Urseio per due motivi, uno di carattere formale, l'altro sostanziale (non ritengo si possa considerare come ulteriore motivo di esclusione la circostanza, da alcuni evidenziata [v., ad es., Baviera, *La legittimazione passiva* cit. 18 nt. 2; Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae* cit. 117 nt. 2], che Urseio Feroce non fosse un giurista tale da apportare modifiche al pensiero di autori come Proculo: tale dato, infatti, non mi sembra si possa considerare come certo [escludeva che potesse considerarsi decisivo tale rilievo anche il Sitzia, *Ricerche* cit. 142 s.]. Sull'attività di Urseio, v. per tutti, Baviera, *Urseius Ferox* cit. 99 ss.): innanzi tutto, l'infinito «*placere*» sembra retto dalla principale «*Proculus ait*» (v., in tal senso, Sitzia, *Ricerche* cit. 143 nt. 246); in secondo luogo, ritengo sia verosimile che il caposcuola dei proculiani – i quali, come è noto, si rifacevano agli insegnamenti di Labeone – avesse fatto sua l'innovazione proprio di quest'ultimo, e cioè il *patientiam praestare* per chi non fosse stato l'autore dell'opera (v. D. 39.3.5 [Paul. 49 *ad ed.*]. Sul *patientiam praestare* in Labeone, v. il mio L. Parenti, *Osservazioni sul «patientiam praestare» in Labeone*, in *Teoria e Storia del diritto privato* 5, 2012). La circostanza poi che Proculo non abbia espresso da subito la sua opinione, specialmente se si rifaceva a Labeone, può essere giustificata dal fatto che probabilmente il giurista antecedente non si era occupato della responsabilità di chi non fosse l'autore dell'opera nel

fosse *damnatus* e avesse affrontato delle spese, ben potendo ammettersi che per il giurista l'altro socio, proprio perché non aveva compiuto l'opera, non avrebbe potuto affatto trovarsi in tale situazione.

Lascia tuttavia perplessi la possibilità da parte del *damnatus* di agire *pro parte* contro l'altro socio per il regresso. Se, infatti, egli fosse stato l'unico a proseguire l'opera dopo la denuncia, non avrebbe potuto agire contro il socio, perché le spese da lui sostenute sarebbero state causate dalla sua esclusiva colpa<sup>9</sup>, dato che avrebbe dovuto astenersi dal proseguire l'opera<sup>10</sup>.

caso specifico di più *domini* del fondo in cui questa fosse stata realizzata, limitandosi ad affrontare il problema – come ci è testimoniato dalle fonti (v. D. 39.3.5) – dell'unico proprietario di un fondo, in cui era stata fatta a sua insaputa un'opera che noceva al vicino. Per quanto riguarda, inoltre, la frase finale in cui viene sottolineata l'iniquità della responsabilità solidale di colui che non fece l'opera, non è chiaro se si tratti di un'ulteriore specificazione dello stesso Proculo o, ma tenderei ad escluderlo, di Urseio oppure di una affermazione di Paolo, a conferma della sua uniformità al pensiero del giurista antecedente (per la non genuinità della frase da «*quoniam*», v., tra gli altri, E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* 1, Berlin 1918, rist. Aalen 1964, 274 nt. 2, che la riteneva una glossa; E. Ein, *Le azioni dei condomini*, in *BIDR.* 39, 1931, 207 s., per il quale era opera dei compilatori. Anche il Sitzia, *Ricerche* cit. 144 nt. 249, non esclude l'interpolazione. Il Segrè, *Sulla natura della comproprietà* cit. 186 s. nt. 445, riteneva anch'egli che la frase fosse di Paolo, ma, a differenza di quanto io ho supposto, attribuiva anche la frase precedente, «*sed sibi ... factum sit*», al giurista severiano, anziché a Proculo). Propenderei per quest'ultima soluzione, non solo perché il verbo, a differenza della frase precedente in cui lo troviamo all'infinito perché retto da «*Proculus ait*», è all'indicativo, ma anche perché, come ho già avuto modo di evidenziare (L. Parenti, «*In solidum obligari*». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli 2012, 487 ss.), è proprio Paolo il giurista che più di tutti 'lamentava' gli effetti della solidarietà, sottolineandone la possibilità di regresso; regresso che qui sembrerebbe posto addirittura, come denota il «*quoniam*», a fondamento della solidarietà (nello stesso passo [§ 3] troviamo, dopo il riconoscimento della solidarietà [in particolare, viene presa in considerazione l'azione nossale contro più proprietari del servo], l'indicazione del regresso, preceduta da «*quoniam*»). Che il testo sia di Paolo, anche se riportante il pensiero di altri giuristi [precisamente, di Proculo e di Giuliano], potrebbe essere significativo). Limitandosi quindi Urseio a riferire il parere di Proculo, evidenziando tra l'altro come questi preferisse ridurre la responsabilità del non autore dell'opera al mero *patientiam praestare (sibi magis placere ...)*, non sappiamo per certo se egli aderisse o meno al pensiero di Proculo.

<sup>9</sup> V., ad es., D. 10.2.44.5 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet: veluti si a se heredeque suo dolum malum afiturum defunctus spondit vel neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat*; D. 50.17.203 (Pomp. 8 *ad Quint. Muc.*): *Quod quis ex culpa sua damnus sentit, non intellegitur damnus sentire*.

<sup>10</sup> È solo il caso di ricordare che l'interdetto *ex operis novi nuntiatione*, chiamato comunemente 'demolitorium' (v. già P. de Castro, in *Digestu[m] novu[m]*, *Pandectarum iuris civilis*, Lugduni 1580, 26; J. Cujacius, *In Lib. XLVIII. Pauli ad Edictum, recitationes solemnes*, in *Opera omnia* 5, Neapoli 1758, 658, ma il termine si fa risalire ai Glossatori: v., ad es., A. Berger, s.v. *Operis novi nuntiatio*, in *RE.* 18.1, 1939, 568) poteva essere richiesto dai *nuntians* contro colui che avesse continuato l'opera dopo la denuncia, senza aver prestato la *cautio* o senza che fosse intervenuta la *remissio*. E ciò a prescindere dall'esistenza o meno di uno *ius aedificandi*.

Pertanto, l'argomento del giurista sembrerebbe implicare che si stesse occupando di un caso in cui l'opera fosse realizzata con l'accordo di entrambi i soci. Tuttavia, non solo Urseio non lo specifica, lasciando aperta la possibilità che si tratti invece di altre fattispecie, ma la cosa che sorprende è la precisazione di Giuliano: «*ita demum hoc verum esse, si interfuit aedium hoc fieri*»<sup>11</sup>. Il giurista adrianeo dunque, in una sua nota all'opera di Urseio, indica come elemento ulteriore, affinché la decisione di Urseio potesse essere considerata giusta, che «*hoc*», cioè – almeno a quanto sembrerebbe<sup>12</sup> – l'*opus novum*, fosse stato fatto nell'«interesse dell'edificio» (*interfuit aedium*), lasciando quindi intendere che l'opera fosse stata realizzata dal solo socio *damnatus*: qualora, infatti, l'opera fosse stata compiuta, o quanto meno voluta, da entrambi i soci, le spese avrebbero dovuto ripartirsi tra loro, a prescindere dall'utilità o meno per l'edificio. Pertanto, la circostanza che Giuliano non indichi, come ulteriore elemento per la validità della decisione di Urseio, che l'opera dovesse essere realizzata con la volontà di tutti sembrerebbe giustificata<sup>13</sup> dal fatto che il giurista adrianeo intendesse la fattispecie prevista da Urseio come quella in cui l'opera era riferibile a colui che fosse stato successivamente *damnatus*<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> L'inciso «*si interfuit aedium hoc fieri*» è stato ritenuto da molti non genuino: v., per tutti, S. Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History*, a cura di P. Vinogradoff, London - Edinburgh - Glasgow - New York - Toronto - Melbourne - Bombay 1913, rist. Clark, New Jersey 2005, 94 s.; Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 90 s. nt. 3.

<sup>12</sup> V., però, *infra*, § 5.

<sup>13</sup> V., però *infra*, in particolare § 6.

<sup>14</sup> V., tra coloro che ritengono che nel passo fosse preso in considerazione il caso in cui l'*opus novum* fosse realizzato da uno solo dei soci (quello *damnatus*), K.F. von Reinhardt, *Erläuterung der Pandecten* 4, Stuttgart 1838, 110 s.; J. Cujacius, *Recitationes solemnes. Ad Tit. III. Communi dividundo*, in *Opera* 7, Prati 1839, 933; D. Gothofredus, (in una sua nota contenuta) in G. Vignali, *Corpo del diritto* 3, Napoli 1857, 200 nt. 3; Stölzel, *Die Lehre* cit. 216. In tal senso, v. anche gli *scholia* al passo corrispondente dei *Basilica*: in particolare, sch. 24 e 26 (CA); 10-11 (P) *ad Bas.* 12.2.6 (pp. 559 s., 588, B II Sch.) (= sch. 16, prima parte, 17 e 18 *ad Bas.* 12.2.6 [p. 798, I Heimb.]). Il Segrè, *Sulla natura della comproprietà* cit. 209 nt. 548, sosteneva che, in tal caso, pur essendo uno solo ad aver realizzato l'opera, gli altri avessero lasciato fare consapevolmente. A suo avviso, infatti, non erano ammessi miglioramenti od innovazioni senza l'assenso dei soci; pertanto, egli sosteneva che per essi, «se i soci non hanno acconsentito espressamente, devono almeno aver lasciato fare consapevolmente». In senso analogo, già A. Dernburg, *Pandette* 1. *Diritti reali* 2, trad. it. della VI ed. di F.B. Cicala, Roma - Torino - Milano 1907, 105 nt. 9, il quale era dell'opinione che, senza l'assenso dei soci, la pretesa doveva limitarsi alle spese necessarie, mentre per quelle utili era possibile agire contro i condomini quando questi avessero espressamente od indirettamente ratificate, facendo rientrare in tale ratifica anche la «sciente tolleranza». Dal riferimento, per le spese utili, al nostro passo si ricaverebbe che anche per lo studioso l'opera era effettuata dal *damnatus*, ma con la consapevolezza degli altri. Sembrerebbe essere dell'avviso che l'opera fosse compiuta da entrambi, o quantomeno da uno con la consapevolezza dell'altro, C. Sell, *Aus dem Noxalrechte der Römer. Rechtshistorische Abhandlungen*, Bonn 1879, 209.

Secondo il Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario* cit. 94 s., la nota esplicativa di Giulia-



4. A questo punto però, come accennato in precedenza, vi sarebbe un problema: non si comprende, infatti, la *ratio* per cui il socio che avesse proseguito l'opera nonostante la denuncia avrebbe potuto rivolgersi contro il socio per ottenere il rimborso di una parte della *poena* versata, dato che l'esperimento dell'interdetto demolitorio sarebbe stato causato dal suo esclusivo comportamento contrario all'Editto. Né si comprende la limitazione introdotta da Giuliano ed accolta da Ulpiano. Ci si chiede, infatti, come potesse l'*opus novum* essere realizzato nell'interesse dell'edificio, se, andando contro la *nuntiatio*, sarebbe dovuto essere abbattuto a seguito di interdetto demolitorio richiesto dal *nunciants*, poiché dalle fonti risulta chiaro che tale interdetto prescindeva dall'esistenza o meno di un diritto ad edificare<sup>15</sup>: era sufficiente, infatti, che si continuasse a realizzare l'*opus novum*, senza tener conto della *nuntiatio*, e senza che intervenisse la *cautio* o la *remissio*. Né la spiegazione fornita dal Cuiacio<sup>16</sup>, cioè che in alcuni casi era possibile che vi fosse interesse per le *aedes* ad andare contro la *nuntiatio*, come quando si dovesse fare una riparazione dell'edificio e la cosa necessitasse di urgenza, risulta convincente. In queste circostanze, infatti, il socio avrebbe ben potuto premunirsi di poter continuare l'opera attraverso la realizzazione di una semplice *cautio*<sup>17</sup> – e il non averlo fatto non poteva che ascriversi alla sua colpa<sup>18</sup> –, che gli

no sarebbe interpolata (sul punto, v. *infra*, in questo stesso paragrafo), mentre originariamente avrebbe dovuto chiarire che la soluzione sarebbe stata valida appunto solo nel caso in cui l'opera fosse stata fatta da entrambi i soci. In tal senso, v. Guameri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 90 e nt. 3: l'a., infatti, nell'analizzare il testo, oltre ad accogliere l'ipotesi interpolazionistica del Riccobono (con la sua relativa integrazione), sottolineava come il socio rispondesse in ogni caso 'in solidum' di fronte al denunciante, facendo implicitamente riferimento anche alla possibilità, da lui senz'altro esclusa, che vi potesse essere una condanna *pro parte*, in caso di realizzazione dell'opera *ex voluntate omnium*.

<sup>15</sup> V., ad es., D. 39.1.20.1 (Ulp. 71 *ad ed.*).

<sup>16</sup> Cujacius, *Recitationes solemnes. Ad Tit. III* cit. 933: «... *me consequi posse partem a socio, si interfuit aedium communium contra nuntiationem fieri, ut quia institueramus eas reficere, et res exigebat celeritatem ...*». Nell'esempio fatto dallo studioso, parrebbe, da «*institueramus eas reficere*», che l'opera fosse voluta, e quindi realizzata, da tutti i soci. Tuttavia, da quanto scritto in precedenza, risulta chiaro che per il Cuiacio a realizzare l'opera era stato uno solo: lo studioso infatti stava analizzando appunto l'ipotesi che uno dei soci avesse realizzato l'opera andando contro la denuncia («*igitur vicinus nuntiavit novum opus, ego feci contra nuntiationem, quia opus peregi, et ob id condemnatus sum interdicto quod vi aut clam, ...*»), sottolineando che il socio non erano tenuto («... *quo ipse tenebar solus, socius non tenebatur ...*»), e si chiedeva se fosse possibile, una volta pagato al vicino l'*id quod interest*, recuperare da questo parte di quanto versato («... *et praestitit vicino id quod interest, quaeritur an possim a socio id quod praestiterim consequi pro parte*»).

<sup>17</sup> Rimedio che era senz'altro più agevole rispetto alla *remissio*, per la quale occorre andare dinanzi al pretore. Diceva infatti Ulpiano a proposito della *cautio ex operis novi nuntiatione*: «*Habet autem hoc remedium utilitatem: nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio*» (D. 39.1.5.17 [Ulp. 52 *ad ed.*]).

<sup>18</sup> Da considerare, infatti, che qualora il *nunciants* avesse rifiutato di ricevere la *cautio* – e

avrebbe consentito di continuare l'opera, senza andare contro la *nuntiatio*.

Per quanto riguarda la limitazione di Giuliano, alcuni studiosi la ritengono interpolata. In particolare, secondo il Riccobono<sup>19</sup> la nota del giurista avrebbe dovuto far riferimento alla volontà di tutti, così come nel passo di Papiniano: «*Julianus autem recte notat: ita demum hoc verum esse si ex voluntate omnium opus fieret, quod si quidam ignorent in solidum obligabitur qui contra edictum praetoris fecerit*»<sup>20</sup>. L'interpolazione, a suo avviso, si desumerebbe dalla «personificazione delle *aedes*, che è di stile bizantino, in luogo della *utilitas rei*»; dall'utilizzo di *aedium* al posto di *aedificiorum*, che era il termine più generico presente nell'ipotesi proposta; dal fatto che «*hoc* si riferisce a *damnatus fuisset*, mentre evidentemente l'interpolatore voleva significare *hoc = opus fieri*»<sup>21</sup>.

Certo, a voler seguire la tesi del Riccobono, si comprenderebbe il motivo per cui il *damnatus*, nonostante la sua colpa, potesse rivolgersi all'altro socio per il rimborso *pro parte*. Tale ipotesi ricostruttiva, tuttavia, non convince. Non solo perché non si spiegherebbe comunque il motivo per cui Urseio avesse invece ritenuto possibile agire a prescindere dalla volontà di tutti – salvo a voler ipotizzare, a mio avviso forzatamente, che il giurista avesse ritenuto implicita la *voluntas omnium* –, ma soprattutto per le motivazioni formali e sostanziali indicate dall'autore.

Partiamo dall'utilizzo di *aedes*. Esso non è affatto significativo, in quanto nelle fonti, qualora non si volesse specificatamente evidenziare la differenza, non è raro l'utilizzo di un termine in luogo dell'altro – nell'ambito di una stessa fattispecie analizzata – in modo sinonimico<sup>22</sup>. Per quanto riguarda invece la personificazione delle *aedes*, occorre evidenziare che in un'altra decisione di Giuliano, riportata sempre da Ulpiano – in relazione, in questo caso, all'*hereditatis petitio* (D. 5.3.20.1, Ulp. 15 *ad ed.*) –, si legge «*si hereditatis interfuit ...*», segno evidente che al giurista adrianeo era in qualche modo familiare l'uso di fare riferimento all'interesse di un bene inanimato<sup>23</sup>.

comunque tutte le volte che non fosse dipesa dal *nuntiatius* la sua mancata realizzazione – si considerava come se fosse intervenuta la *remissio*, venendo quindi a perdere efficacia la *nuntiatio*: v. D. 39.1.5.17 (Ulp. 52 *ad ed.*); D. 39.1.20.5 (Ulp. 71 *ad ed.*).

<sup>19</sup> Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario* cit. 94 s. (in senso conforme, v. Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 90 s. nt. 3; a favore della interpolazione del testo, v. anche Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision* cit. 480 nt. 1). Interpolazione che, secondo lo studioso (pp. 93 ss.), avrebbe riguardato tutti i riferimenti presenti nelle fonti all'«utilità sociale».

<sup>20</sup> Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario* cit. 95.

<sup>21</sup> Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario* cit. 94.

<sup>22</sup> In particolare, tra *aedes* (nella forma plurale) e *aedificium*: v., ad es., D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*); D. 24.1.14 (Paul. 71 *ad ed.*); D. 41.2.30 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*).

<sup>23</sup> V. anche il «*necessarium hereditati*» sempre di Giuliano in D. 5.3.33.1 (Ulp. 15 *ad ed.*). Cfr., tra gli altri, il «*necessarium hereditati*» di Ulpiano in D. 5.3.20 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*).

In ordine poi all'«*hoc*», ha ragione lo studioso a ritenere che il pronome, così come è formulato il testo, sembrerebbe riferirsi al *damnatus fuisset* e non all'*opus fieri*. Tuttavia, a parte il fatto che questo di per sé non sarebbe affatto sufficiente per ritenere il testo sostanzialmente interpolato, è possibile che l'intento del giurista fosse proprio quello.

A ben riflettere, potrebbe ipotizzarsi in realtà che la questione non fosse di valutare se la realizzazione dell'*opus novum* (o l'*opus novum* stesso) fosse nell'interesse delle *aedes*, ma se il fatto che il socio fosse stato *damnatus* fosse nell'interesse delle *aedes*.

5. Soffermiamo l'attenzione sui due termini utilizzati dal giurista: *damnatus* e *poena*.

Per quanto riguarda il termine «*damnatus*», esso, oltre al significato più comune di condannato<sup>24</sup>, potrebbe anche tradursi con astretto a fare qualcosa<sup>25</sup>, che, almeno teoricamente, potrebbe adattarsi all'ipotesi che il socio fosse stato destinatario dell'interdetto demolitorio, a seguito del quale fosse stato costretto ad effettuare la *restitutio*.

Suscita tuttavia perplessità il termine *poena*. Alcuni autori reputano che l'interdetto *ex operis novi nuntiatione* fosse di carattere penale<sup>26</sup>. La questione, tuttavia, non è piana: se da un lato vi sono un parere di Marcello (D. 39.1.22,

<sup>24</sup> Sto parlando ovviamente del significato che il termine acquistò nel periodo classico, come sinonimo di *condemnatus*, mentre in origine esso (*damnatus*, *damnas esto*, *damnare*) ebbe verosimilmente un significato particolare e diverso rispetto a *iudicatus* (v., tra gli ultimi, R. Cardilli, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, 82 ss.).

<sup>25</sup> V., ad es., D. 48.22.9 (Ulp. 10 *de off. proc.*): *Potest praeses quandam damnare, ne domo sua procedat*.

<sup>26</sup> V., ad es., J. Cujacius, *Ad Titulum I. Lib. XXXIX Dig. De operis novi nuntiatione*, in *Opera omnia* 10, Neapoli 1758, 1193; Windscheid, *Diritto delle Pandette* cit. 815 nt. 12; P. Bonfante, in Burckhard, in Glück, *Commentario* cit. 15 nt. d; Id., *Corso di diritto romano 2. La proprietà* 1, Roma 1926, rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1966, 448; Ein, *Le azioni dei condomini* cit. 195; Branca, *Danno temuto* cit. 343 ss. (v. anche Id., *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forma di autotutela cautelare*, in *SDHI*. 7, 1941, 332 nt. 73, in cui in verità le parole da lui utilizzate possono far sorgere dei dubbi sulla sua posizione: «Se poi l'interdetto non era penale, come ritengo, e questi passi sono corrotti, come pensano alcuni ...»). Tant'è che J. Paricio, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico*, Barcelona 1983, 203 nt. 27, lo inserisce, proprio indicando tale opera, tra coloro che negano il carattere penale); A. Mozzillo, *Contributo allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, Napoli 1960, 157 nt. 46. *Contra*, tra gli altri, B. Biondi, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1912, rist. anast. Roma 1970, 192 s.; Id., *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA*. 10, 1925, 92 s. (il quale era dell'avviso che solo «con Giustiniano l'interdetto acquista carattere penale» [p. 92]); P. de Francisci, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 2, Pavia 1916, 159 s.; C. Cosentini, *In tema di operis novi nuntiatione (problemi d'origine)*, in *Miscellanea romanistica*, Catania 1956, 132; Paricio, *La denuncia de obra nueva* cit. 203 s.

Marc. 15 *dig.*)<sup>27</sup> e una decisione di Labeone (D. 39.1.20.8, Ulp. 71 *ad ed.*)<sup>28</sup>, da cui sembrerebbe configurarsi il carattere di penalità dell'interdetto (nel frammento di Marcello in particolare viene indicata la *restitutio operis* proprio come *poena*), dall'altro la natura penale sembrerebbe non concordarsi con la responsabilità del possessore anche ignaro, come risulta dalle fonti<sup>29</sup>.

Non sarebbe comunque da escludere l'ipotesi<sup>30</sup> secondo cui la *restitutio operis* potesse essere considerata come una 'pena' in senso ampio<sup>31</sup>, come cioè un sacrificio che un soggetto, in questo caso uno dei soci, doveva sopportare per aver violato l'editto.

Si potrebbe ricostruire l'opinione di Urseio, dunque, nel senso che il *socius* che era stato costretto a fare la *restitutio* potesse recuperare dagli altri soci parte del sacrificio effettuato<sup>32</sup>. A ben riflettere, tuttavia, tale ipotesi, pur se astrattamente possibile, non risulta convincente. Non solo perché le conseguenze, come abbiamo visto, non sarebbero spiegabili, ma anche perché il termine *damnatus* non appare mai comparire in riferimento alla prestazione a cui si fosse obbligati per via di un interdetto.

Un frammento è inoltre significativo, in quanto compare il termine *damnatus*, per ben due volte, in riferimento ad un interdetto:

D. 43.24.7.1 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Neratius quoque scribit eum, cuius servus vi aut clam fecit, aut sua impensa ex interdicto opus restituere debere aut patientiam restituendi praestare et servum noxae dedere: plane si mortuo alienatove servo interdiceretur, patientiam dumtaxat praestare debere ait, ita ut et emptor eo*

<sup>27</sup> D. 39.1.22 (Marc. 15 *dig.*): *Cui opus novum nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit: debet heres eius patientiam destruendi operis adversario praestare: nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra edictum fecit, poena versatur, porro autem in poenam heres non succedit.*

<sup>28</sup> D. 39.1.20.8 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Plane si quaeratur, an in heredem eius, qui opus fecit, interdictum hoc competat, sciendum est labeonem existimasse in id quod ad eum pervenit dumtaxat dari oportere vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quo minus perveniret. nonnulli putant in factum esse dandam quam interdictum, quod verum est.*

<sup>29</sup> Il possessore infatti era tenuto sia nel caso in cui non fosse venuto concretamente a conoscenza della denuncia fatta (ciò risulta evidente dal fatto che la denuncia era 'in rem': v. D. 39.1.10 [Ulp. 45 *ad Sab.*]; D. 39.1.23 [Iav. 7 *epist.*]), sia nell'ipotesi in cui non avesse avuto contezza della realizzazione dell'opera da parte di un terzo (in tal caso, è verosimile che fosse tenuto, così come nel caso dell'*actio aquae pluviae arcendae* [v., ad es., D. 39.3.5, Paul. 49 *ad ed.*] e dell'*interdictum quod vi aut clam* [D. 43.24.16.2, Paul. 67 *ad ed.*] solo al *patientiam praestare*). Sul punto, v., da ultimo, L. Parenti, *Un caso di ius controversum in tema di operis novi nuntiatio*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 7, 2017, 176 ss.

<sup>30</sup> V. Burckhard, in Glück, *Commentario* cit. 153: «la pena non è qui intesa in generale in senso proprio, quale castigo per un delitto, ma indica solo il pregiudizio che viene a colpire chi opera contro l'editto» (v. anche p. 152).

<sup>31</sup> V., però, *infra*, § 5.

<sup>32</sup> Sembra fosse di tale avviso il Burckhard, in Glück, *Commentario* cit. 152 s.

*interdicto possit conveniri, ut impensam praestet aut noxam det: dominoque operis sua impensa restituente aut damnato, quia non restitueret, emptorem liberari. Eadem et si contra dominus servi vel opus restituisset vel litis aestimatione damnatus esset: quod si tantum noxae dedisset, adversus dominum operis utiliter interdicti.*

Il giurista ci informa come anche Nerazio aveva scritto che, nel caso in cui un servo avesse compiuto un'attività *vi* o *clam*, il *dominus* poteva essere costretto, mediante l'interdetto *quod vi aut clam*, o a restituire l'*opus* a sue spese oppure a tollerare che il vicino lo eliminasse (*patientiam praestare*), dando a nosa lo schiavo. Nel caso in cui lo schiavo autore dell'*opus* fosse morto o nel frattempo venduto, Nerazio riteneva che il *dominus operis* fosse tenuto soltanto a *patientiam praestare*, mentre il *dominus servi* (il suo acquirente) dovesse pagare le spese o dare a nosa lo schiavo; qualora il *dominus operis* avesse effettuato la restituzione a proprie spese o fosse stato *damnatus* per via di una mancata *restitutio*, il compratore – ad avviso del giurista – sarebbe stato liberato. Analoga soluzione, evidenzia Ulpiano, doveva farsi valere anche laddove, inversamente, il *dominus servi* avesse restituito l'*opus* o fosse stato *damnatus* al pagamento della *litis aestimatio*; mentre, se si fosse limitato a dare a nosa il servo, contro il *dominus operis* si sarebbe potuto utilmente indirizzare l'interdetto.

Tralasciando le varie problematiche che presenta il passo – in particolare, la possibilità che la *litis aestimatio* sia del *dominus operis* che di quello *servi* fosse non commisurata al *patientiam praestare* o alle spese per la restituzione, ma all'intero valore della *restitutio*<sup>33</sup>, cioè di quanto era l'interesse del vicino a che l'opera fosse eliminata, oltre alla strana ipotesi che il *dominus servi* effettuasse la *restitutio operis* –, ciò che a noi interessa è la testimonianza dell'uso di *damnatus* in presenza di un interdetto, che ci dimostra come tale termine fosse utilizzato per indicare la condanna, in caso di mancata restituzione, alla *litis aestimatio*. Il *damnatus* quindi era colui che non aveva ottemperato all'ordine impartito dal pretore mediante interdetto e, per tale motivo, era stato condannato a pagare la *litis aestimatio*.

Pertanto, mi sembra verosimile che, anche nel nostro passo, il socio fosse stato condannato perché non aveva effettuato la *restitutio*<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Ciò sarebbe giustificato dal fatto che la *litis aestimatio* in caso di mancato *patientiam praestare* sarebbe stata comunque commisurata non al valore della prestazione richiesta al convenuto, ma al danno che l'attore avrebbe avuto in caso di mancata prestazione (cioè l'*id quod interest*); danno che sarebbe stato comunque della stessa misura: si pensi al caso di un edificio costruito in presenza di una *servitus altius non tollendi*, che avrebbe causato lo stesso danno, causato dalla presenza dell'edificio stesso, a prescindere dalla prestazione a cui era tenuto il convenuto (*restitutio* 'piena' o *patientiam praestare*).

<sup>34</sup> In tal senso, v., tra gli altri, Cujacius, *Recitationes solemnes. Ad Tit. III* cit. 933; Sell, *Aus dem Noxalrechte der Römer* cit. 209.

In tal caso, verrebbe da pensare che la *poena* si riferisse al procedimento *cum poena* che, assieme a quello *cum arbitro*, si aveva in caso di inottemperanza dell'ordine interdittale<sup>35</sup>. Tuttavia, tale ipotesi non sembra verosimile. Nel procedimento *cum poena*, infatti, era prevista l'effettuazione di una *stipulatio poenae* da parte del destinatario, con la quale questi prometteva di pagare appunto una penale, cioè una somma di denaro, in caso di mancato rispetto dell'interdetto; in caso di soccombenza a seguito dell'esperimento dell'*actio ex stipulatu*, il destinatario dell'interdetto si sarebbe visto poi convenuto nel *iudicium secutorium*, con il quale il beneficiario dell'interdetto avrebbe potuto ottenere l'effettiva *restitutio*. Dunque, nella nostra fattispecie, il socio *damnatus* avrebbe dovuto pagare la penale oltre ad effettuare comunque la restituzione o, in alternativa, pagare la *litis aestimatio*. Sembra, quindi, inverosimile che Urseio con *poena* volesse intendere solo la somma di denaro promessa dal socio, dato che si avrebbe altrimenti come conseguenza che il socio avrebbe potuto recuperare solo parte della somma di denaro promessa, ma non parte della *litis aestimatio* (o delle spese della *restitutio*).

La *poena*, pertanto, doveva riferirsi ad altro. Non credo, però, che si riferisse al carattere penale dell'interdetto – essendo esso assai dubbio – né ad un generico sacrificio che il socio avesse subito come conseguenza della sua inosservanza all'*operis novi nuntiatio* (e quindi del suo agire *contra edictum*).

A ben riflettere, invero, il giurista probabilmente si riferiva a qualcosa di più specifico. Nelle fonti, infatti, troviamo che chi non ottemperava nelle *actiones arbitrariae* al *iussum de restituendo* del giudice era ritenuto *contumax* e, come tale, avrebbe dovuto pagare non il semplice valore della *lis*, ma una somma superiore, dato che la *litis aestimatio* sarebbe stata determinata dall'attore mediante *iusurandum in litem*<sup>36</sup>. Ciò è detto chiaramente in due frammenti<sup>37</sup>:

D. 12.3.1 (Ulp. 51 *ad Sab.*): *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis*

<sup>35</sup> Sull'*agere ex interdicto*, v., tra gli altri, A. Biscardi, *La tutela interdittale ed il relativo processo. Corso di lezioni 1955-56*, Siena 1956, ora (con una nota di lettura di R. Martini) in *Rivista di diritto romano* 2, 2002, 62 ss.; G.I. Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* 1. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 155 ss.; L. Capogrossi Colongesi, s.v. *Interdetti*, in *ED.* 21, Milano 1971, 916 ss.; M. Varvaro, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in *AUPA.* 55, 2012, 707 ss.

<sup>36</sup> Sul punto, v., per tutti, E. Carrelli, *L'acquisto della proprietà per «litis aestimatio» nel processo civile romano*, Milano 1934, 7 ss.

<sup>37</sup> V. anche D. 12.3.8 (Marc. 8 *dig.*): *Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet, respondi: non est aequum pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa.*

*per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.*

D. 12.3.2 (Paul. 13 *ad Sab.*): *Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.*

Nel primo testo, Ulpiano ci informa che si riteneva che la cosa dedotta in giudizio non aumentasse per il fatto che la condanna poteva accrescersi, a causa della *contumacia non restituentis*, attraverso lo *iusurandum in litem*: non era infatti la cosa ad aumentare per tale fatto, ma *ex contumacia* veniva fatta la stima oltre il prezzo della cosa.

Nel secondo testo, di Paolo, leggiamo che, sia nel caso di *rei vindicatio* che in quello dell'*actio ad exhibendum*, talvolta veniva stimato solo ciò che interessava all'attore, come quando veniva punita la colpa relativa al non restituire o al non esibire; in caso di dolo o contumacia riguardante il non restituire o il non esibire, invece, la stima consisteva in quanto l'attore avesse giurato.

Il *contumax*, cioè colui che non aveva effettuato la *restitutio* pur potendolo fare, sarebbe quindi incorso in una condanna sicuramente maggiore rispetto alla mera *litis aestimatio* della *res in iudicio deducta*, dato che la stima veniva fatta dall'attore tramite *iusurandum in litem*. Ciò che è per noi di fondamentale importanza, però, è che da un altro passo di Ulpiano apprendiamo che in tali casi si parlava, a proposito della condanna del *contumax*, di *poena (poena contumaciae)*:

D. 43.5.3.14 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debet ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet.*

Il giurista, nell'occuparsi dell'*interdictum de tabulis exhibendis*, e in particolare del caso in cui il destinatario dell'interdetto non avesse esibito le tavole, prospetta l'ipotesi in cui nel testamento vi fosse stato un legato sottoposto a condizione. Secondo Ulpiano, si doveva fare – nell'*actio ex interdicto* – l'*aestimatio* del legato, come se la condizione si fosse avverata, senza che il legatario dovesse prestare la *cautio* per la restituzione nell'ipotesi del mancato avveramento della condizione, poiché veniva prestata da quello che non aveva esibito la «*poena contumaciae*».

Colui che non ottemperava allo *iussum restituendi*, dunque, sarebbe stato condannato al pagamento di una somma di denaro, stabilita dall'attore attraverso lo *iusurandum in litem*, che sarebbe stata più alta del valore effettivo

della *res*, venendo a costituire la ‘*poena*’ per la sua contumacia<sup>38</sup>.

Queste osservazioni mi inducono quindi a ritenere che la fattispecie prevista da Urseio fosse quella di un socio che non avesse effettuato la *restitutio*, e, per tale motivo, fosse stato condannato al pagamento della *litis aestimatio*<sup>39</sup>. In tal caso, la conseguenza della *litis aestimatio* sarebbe stata quella che il condannato avrebbe acquisito il diritto di mantenere l’*opus novum* sul fondo<sup>40</sup>. Troverebbe così una

<sup>38</sup> Carrelli, *L’acquisto della proprietà* cit. 27 nt. 45: «... si puniva la contumacia ... facendogli pagare una somma il cui ammontare superava di molto il valore effettivo della cosa, così la L. A. fissata in tal modo veniva ad essere contemporaneamente il prezzo della cosa e la pena della contumacia»; «È chiaro quindi che la somma pagata dal *contumax*, resta pur sempre *pretium rei*, ma il modo come la determinazione di questo prezzo è affidata all’attore è tale da costituire contemporaneamente la pena della sua contumacia».

<sup>39</sup> Ritengo che, in questo caso, essa fosse rapportata all’*id quod interest* del vicino (in tal senso, v. già Cujacius, *Recitationes solemnes. Ad Tit. III* cit. 933). Nonostante, infatti, nella formula fosse indicata la condanna al «*quanti ea res est*» (Gai 4.163. Secondo O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927, rist. Aalen 1985, 449, la condanna sarebbe stata invece al «*quanti ea res erit*» [v. anche p. 447 nt. 2, in cui l’a. riteneva che la condanna al «*quanti ea res est*» attestata da Gaio sarebbe impensabile]. Non mi sembra tuttavia vi siano ragioni tali da preferire una versione diversa da quella attestata dalle fonti. Tra i favorevoli alla formula indicata da Gaio, v., per tutti, G. Longo, s.v. *Interdictum quod vi aut clam*, in *NNDI*. 8, Torino 1962, 808; Varvaro, *Gai 4.163* cit. spec. 734), nelle fonti sembrerebbe che in tale espressione rientrasse non solo il valore oggettivo di una *res*, ma, almeno in alcuni casi – come per le azioni arbitrarie (v., per tutti, M. Kaser, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litis aestimatio im klassischen römischen Recht*, München 1935, 12 s. Secondo L. Chiazzese, *Jusurandum in litem*, Milano 1958, 200, la condanna al *quanti ea res est* «comprende ogni sorta di condanna, qualunque sia il procedimento di stima dell’interesse dell’attore») –, anche quanto interessava all’attore (*id quod interest*). Ciò lo troviamo in modo esplicito, ad esempio, proprio in un altro interdetto restitutorio, il *quod vi aut clam*: D. 43.17.3.11 (Ulp. 69 *ad ed.*): *In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. “Quanti res est” sic accipimus “quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere”. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*. V. anche D. 6.1.68 (Ulp. 58 *ad ed.*): ... *non pluris quam quanti ea res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est*. ...

Nella valutazione del *quanti ea res est*, quindi, si doveva prendere «in considerazione non il valore oggettivo dell’attività richiesta al convenuto dalla clausola restitutoria ma il detrimento patrimoniale derivante all’attore dalla mancata *restitutio*» (Sitzia, *Ricerche* cit. 213). Pertanto, era possibile che, nella nostra fattispecie, la distruzione dell’*opus novum* fosse ben più onerosa (non solo per le spese necessarie per l’eliminazione, ma soprattutto per il venir meno dell’*opus* che, oltre a porre nel nulla le spese già effettuate per la sua costruzione, avrebbe portato ad una verosimile diminuzione del valore delle *aedes* su cui insisteva l’opera) per il convenuto che pagare il danno derivante dalla mancata *restitutio* all’attore.

<sup>40</sup> V. Biscardi, *La tutela interdittale* cit. 66: «Nel caso di interdetti imperativi, infatti, il convenuto che si lasci condannare, anziché restituire o esibire salvo ben inteso il caso di interdetti in materia di stato personale, dove ciò sarebbe inconcepibile – acquista per dir così, pagando l’*aestimatio*, un diritto a non restituire od esibire». Sull’acquisto della proprietà (e in generale del diritto controverso) a seguito della *litis aestimatio*, v., per tutti, Carrelli, *L’acquisto della proprietà* cit.



spiegazione la possibilità riconosciuta da Urseio di poter recuperare parte della pena nei confronti dell'altro socio: l'*opus novum* infatti sarebbe stato acquisito definitivamente al fondo e, quindi, l'altro socio avrebbe potuto beneficiarne<sup>41</sup>. Si comprenderebbe altresì la nota di Giuliano, il quale giustamente pose un limite alla possibilità di agire per il regresso: che vi fosse l'interesse per l'edificio. Era ben possibile cioè che l'opera non fosse di alcuna utilità obiettiva per questo; in tal caso, ad avviso di Giuliano, a cui Ulpiano si conforma, il socio *damnatus* non avrebbe potuto rivolgersi per il regresso nei confronti dell'altro socio.

Si potrebbe spiegare così anche l'«*hoc*» che troviamo nel testo, che, come abbiamo visto, sembrerebbe riferirsi al *damnatus* piuttosto che all'*opus fieri*. È verosimile, infatti, che Giuliano volesse intendere proprio che la decisione di non effettuare la *restitutio*, e quindi di subire la condanna, con il pagamento della *litis aestimatio* – che avrebbe portato in definitiva alla possibilità di mantenere l'*opus novum* – doveva essere d'interesse al casamento<sup>42</sup>. Credo, cioè, che

<sup>41</sup> Il von Reinhard, *Erläuterung der Pandecten* cit. 110 s., riteneva che nella fattispecie prevista nel passo uno dei soci avesse prestato la *cautio ex operis novi nuntiatio* e, dopo aver realizzato l'opera, fosse risultato soccombente nel giudizio petitorio, ma avesse preferito pagare una somma di denaro, sulla base di quanto previsto dalla stessa *cautio*. Tale tesi però non convince. In primo luogo, essa presuppone che la *poena* che troviamo nel testo sia una penale convenzionale stabilita appunto tramite *cautio*, la quale verrebbe quindi a configurarsi come *stipulatio poenae*. Ciò lascia perplessi, perché si verrebbe a riconoscere come penale il pagamento non di una somma di denaro, ma del «*quanti ea res erit*», né, per quanto mi risulta, nelle fonti troviamo qualche riferimento alla *poena* per le altre *cautiones* aventi ad oggetto il pagamento del *quanti ea res est/erit* (come, ad esempio, la *cautio ratam rem dominum habiturum*, la *cautio pro praede litis et vindiciarum* e quella *iudicatum solvi*. Ad onor del vero, dubbi vi sono riguardo alla *cautio vadimonium sisti*, che sappiamo essere *cum poena* o *sine poena*, a seconda che prevedessero o meno la *summa vadimonii* [v., ad es., D. 2.5.3, Ulp. 47 *ad Sab.*; D. 2.11.14, Ner. 2 *membr.*; D. 45.1.81, Ulp. 77 *ad ed.*], in quanto Gaio [Gai 4.186] ci riporta che in caso di *actio iudicati* e di *actio depensi* «*tanti fit vadimonium, quanti ea res erit*». Tuttavia, non è escluso che la frase possa essere interpretata nel senso che la *summa vadimonii* dovesse essere di importo equivalente al *quanti ea res erit*, quindi sempre pecuniaria, anche se in D. 2.11.14 [Ner. 2 *membr.*] e D. 45.1.81 pr. [Ulp. 77 *ad ed.*] troviamo una *cautio vadimonium sisti* fatta da un *procurator* al *quanti ea res erit* [*est* nel passo ulpiano], che sembrerebbe non rientrare nella fattispecie di *cautio vadimonium sisti sine poena*. L'ipotesi del von Reinhard, inoltre, mal si concilia con la frase «*ex hac causa damnatus fuisset*»: «*ex hac causa*», infatti, fa chiaramente riferimento all'*operis novi nuntiatio*, con la conseguenza che la *damnatio* doveva essere in stretta correlazione con essa, mentre, secondo la tesi dello studioso, essa si sarebbe avuta nel giudizio petitorio, e quindi sarebbe stata causata non dalla denuncia (la quale aveva dato solo l'occasione all'instaurazione del giudizio), ma dall'assenza del diritto a costruire.

<sup>42</sup> Dello stesso avviso sembra fossero P.A.S. de Bréard-Neuville e A. Bazzarini, i quali, nelle loro traduzioni, rispettivamente in francese e in italiano, dell'opera – *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Parisiis 1748 – del Pothier, interpretarono l'inciso «*si interfuit aedium hoc fieri*» in tal modo: «*qu'autant qu'il était important pour la maison que ce paiement eût lieu*» (R.J. Pothier, *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre* 5, trad. par M. de Bréard-Neuv-

Giuliano volesse intendere non solo, e non tanto, che la costruzione dovesse essere di per sé di una qualche utilità, seppur minima, per l'edificio, ma che l'*opus novum* dovesse essere di un interesse tale da giustificare il pagamento della *litis aestimatio*.

Che l'«*hoc*» si riferisca non all'*opus novum* in sé, ma proprio alla scelta del socio di pagare la *litis aestimatio* sembrerebbe dedursi anche da un'altra soluzione, sempre di Giuliano – a cui si è accennato in precedenza –, ove compare un *interfuit* riferito ad un oggetto inanimato:

D. 5.3.20.1 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi: at si sui causa emit, pretium venire.*

Ulpiano, dopo aver affermato che non tutte le cose comprate con denaro ereditario rientravano nell'*hereditatis petitio*, ci riferisce che Giuliano, nel sesto libro dei *digesta*, scrisse che, qualora il possessore avesse acquistato uno schiavo con il denaro ereditario e a lui fosse richiesta l'eredità, lo schiavo sarebbe rientrato nell'*hereditatis petitio* se fosse stato d'interesse all'eredità che questo fosse comprato; invece, se il possessore l'avesse comprato «*sui causa*», sarebbe stato considerato il prezzo.

Significativa, per la nostra indagine, è la frase «*si hereditatis interfuit eum emi*», in cui si evidenzia come l'acquisto dovesse essere d'interesse per l'eredità. Giuliano, cioè, non dice semplicemente che doveva essere d'interesse lo schiavo, ma afferma che tale interesse doveva riguardare il suo acquisto (che lo schiavo fosse acquistato). Io credo che tale specificazione avesse un significato. Si pensi al caso in cui uno schiavo, che poteva effettivamente avere una qualche utilità obiettiva per l'*hereditas* fosse stato comprato ad un prezzo esorbitante con *pecunia hereditatis*: in tal caso, non credo che per Giuliano l'acquisto fosse d'interesse per l'*hereditas*. Ed è verosimile che parimenti, nel nostro passo, il giurista avesse voluto riferire l'interesse non tanto all'*opus novum* in sé, ma alla *damnatio*, cioè in pratica alla scelta che aveva fatto il socio di non eliminare l'*opus novum*, pagando la *litis aestimatio*.

ille, Paris 1821); «se il pagamento tornò vantaggioso alla casa» (R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine* 1, ed. it. a cura di A. Bazzarini, Venezia 1841<sup>3</sup>, 520). Nel testo corrispondente dei *Basilica*, così come in alcuni suoi *scholia*, troviamo, però, che l'*utilitas* riguardava la costruzione dell'opera: v. Bas. 12.2.6.12 (p. 699, A II Sch.; p. 798, I Heimb.), e sch. 25 (CA) e 11 (P) *ad* Bas. 12.2.6 (pp. 559 e 588, B II Sch.) (= 16 e 18 [p. 798, I Heimb.]). Tuttavia, l'interpretazione data alla norma in un periodo postgiustiniano non vuol dire che fosse quella esistente all'epoca di Giustiniano, né tantomeno quella, che più ci interessa, del periodo classico.

Un problema simile si poneva nel caso in cui uno dei comproprietari di uno schiavo decidesse di difenderlo in un giudizio nossale, pagando la *litis aestimatio*. Paolo, infatti, ci informa (D. 10.3.8, Paul. 23 *ad ed.*)<sup>43</sup> che se il comproprietario avesse pagato più del valore dello schiavo avrebbe potuto agire per il regresso per recuperare non parte della somma della *litis aestimatio*, ma solamente parte del valore dello schiavo (*Si communis servi gratia noxae nomine plus praestiterit, aestimabitur servus et eius partem consequetur*).

È quindi verosimile che anche Giuliano avesse inteso che, qualora il socio avesse pagato più di quanto valesse l'*opus* realizzato (più che il valore della costruzione in sé credo fosse da considerarsi l'aumento di valore che l'*opus* avesse apportato all'edificio) non avrebbe potuto agire per recuperare la parte di quanto pagato come *poena*, lasciando aperta la questione della possibilità di agire per recuperare almeno il valore della opera che si era acquisita<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> D. 10.3.8 (Paul. 23 *ad ed.*): *Si communis servi gratia noxae nomine plus praestiterit, aestimabitur servus et eius partem consequetur*.

<sup>44</sup> A mio avviso, se la costruzione dell'opera (*rectius*: la prosecuzione della costruzione dell'opera) fosse stata voluta da entrambi i soci, allora il socio *damnatus* avrebbe potuto agire contro l'altro socio per ottenere il rimborso del valore dell'opera, dato che con il pagamento della *litis aestimatio* era riuscito a salvare l'*opus*. Nel caso in cui l'opera fosse stata effettuata esclusivamente dal *socius damnatus* senza il volere dell'altro socio, verrebbe da pensare che occorresse verificare se la realizzazione dell'*opus* fosse stata necessaria o quanto meno utile al casamento. Tuttavia, qui non si sta discutendo del rimborso delle spese sostenute dal socio per la realizzazione dell'opera, bensì del rimborso di quanto pagato dal socio per mantenere un'opera ormai acquisita alla proprietà. Pertanto, ritengo più plausibile che il socio pagante avesse comunque il diritto di ottenere parte del valore della cosa.

Occorre, a questo punto, fare una precisazione sugli effetti di tale *litis aestimatio*. Il suo pagamento nel procedimento interdittale permetteva di non effettuare la *restitutio* (sul punto, v. Biscardi, *La tutela interdittale* cit. 66, il quale sottolineava come ciò non avvenisse in caso di «interdetti in materia di stato personale» e interdetti *prohibitori*), cioè di non eliminare l'opera nuova, che poteva quindi essere mantenuta, ma non credo che eliminasse l'eventuale diritto su cui il vicino avesse fondato l'*operis novi nuntiatio*. Si pensi, ad esempio, ad una *servitus altius non tollendi* del vicino che avesse effettuato l'*operis novi nuntiatio*: ritengo che, in tal caso, il vicino non avesse perso la servitù, ma semplicemente non poteva farla valere su quell'opera già realizzata; e, qualora avesse agito comunque con l'*actio confessoria* per ottenere l'abbattimento dell'*opus*, si sarebbe visto verosimilmente paralizzare con una *exceptio doli*.

Ciò, a mio avviso, può ricavarsi da una testimonianza relativa ad un interdetto esibitorio:

D. 43.5.3.15 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Inde quaeritur, si hinc consecutus aestimationem legatarius postea legatum petat, an sit audiendus. Et putem, si heres idem praestitit, exceptione doli repellendum, si alius, repelli non oportere. Et ideo et si heres sit, qui interdicto usus est aestimationem consecutus, eadem est distinctio*.

Ulpiano analizza l'ipotesi in cui un legatario, dopo aver ottenuto la *litis aestimatio* (la quale, come leggiamo in D. 43.5.3.11, era commisurata a quanto importava per l'attore avere quelle tavole [*Condemnatio autem huius iudicii, quanti interfuit, aestimari debet*): nel caso del legato, quindi, entrava nella stima quanto fosse nel legato [D. 45.5.3.13: *Et si legatum sit, tantum venit*

6. Alla luce di quanto abbiamo visto, viene da chiedersi se Urseio e Giuliano avessero contemplato solo il caso in cui l'opera fosse stata realizzata dal solo *damnatus* oppure anche l'ipotesi che l'avessero effettuata entrambi i soci.

A mio avviso, la specificazione di Giuliano poteva valere anche per quest'ultima fattispecie: pure nell'ipotesi in cui l'opera fosse voluta da tutti i soci, infatti, poteva essere che la *litis aestimatio* fosse superiore al valore della stessa (*rectius*: al maggior valore che l'*opus novum* faceva acquisire al caseggiato), con la conseguenza che in tal caso il pagamento della *litis aestimatio* non sarebbe stato 'utile' e il socio *damnatus* non avrebbe potuto richiedere la parte della *poena* all'altro (presumibilmente avrebbe potuto ottenere la parte del valore dell'*opus*, o, forse, il maggior valore che il caseggiato avesse acquisito)<sup>45</sup>.

*in aestimatione, quantum sit in legato*]) a seguito dell'esperimento dell'*interdictum de tabulis exhibendis*, chiedesse all'erede l'oggetto del legato. Il giurista afferma che, se fosse stato lo stesso erede a prestare la *litis aestimatio*, si sarebbe dovuto respingere il legatario con un'*exceptio doli*, cosa che non si sarebbe dovuta fare se fosse stato invece un altro (il legatario avrebbe quindi conseguito l'oggetto del legato dall'erede). La stessa distinzione si doveva fare nel caso in cui fosse stato lo stesso erede a conseguire la *litis aestimatio* a seguito dell'interdetto.

Dal passo, dunque, si evince che colui che avesse ottenuto la *litis aestimatio* in un procedimento interdittale, se agiva contro colui che l'aveva pagata, si sarebbe visto bloccare la sua azione, a tutela del proprio diritto, da un'*exceptio doli* riconosciuta a colui che avesse pagato la *litis aestimatio*. Nonostante il testo faccia riferimento al caso specifico dell'*interdictum de tabulis exhibendis*, credo si possa estendere anche alla nostra fattispecie. Qualora, quindi, il vicino avesse ottenuto la *litis aestimatio* da colui che aveva costruito l'*opus novum* nonostante l'*operis novi nuntiatio*, non avrebbe potuto agire proficuamente con l'azione a tutela di quel *ius prohibendi* che costituiva il fondamento della denuncia.

Ci si domanda a questo punto se, nel caso in cui l'*opus novum* non fosse stato completato, il *damnatus* o il suo socio avrebbero potuto completare l'opera. Si pensi, ad esempio, ad una sopraelevazione di un edificio che interessava al momento solo un'ala di esso: la questione è se si sarebbe potuto costruire anche sul restante edificio (oppure, qualora si fosse sopraelevato di un solo piano, se sarebbe stato possibile costruirne un altro).

Certo, nel caso in cui l'*operis novi nuntiatio* si fosse fondata su un inesistente *ius prohibendi*, avrebbero potuto certamente completarla (anche se in tal caso ritengo che il vicino potesse effettuare una nuova *operis novi nuntiatio*, a cui però questa volta si sarebbero di certo premuniti con una *cautio ex operis novi nuntiatione*). Qualora invece il vicino avesse avuto un effettivo *ius prohibendi* (ad es. una *servitus altius non tollendi*), non credo che l'opera potesse essere terminata o aumentata, in quanto la *litis aestimatio* pagata dal socio *damnatus* sarebbe stata rapportata alla mancata *restitutio* dell'opera nello stato in cui si trovava in quel momento. Pertanto, sarebbe stato ben diverso il danno che avrebbe subito il vicino in caso di una piccola sopraelevazione rispetto ad una che prendesse l'intero edificio (si pensi al caso in cui la costruzione coprisse solo in parte la vista sul mare del vicino, mentre una costruzione più ampia l'avrebbe coperta totalmente).

<sup>45</sup> Mi domando se anche Urseio avesse contemplato entrambe le ipotesi. A differenza dell'aggiunta giuliana, che risulta forse maggiormente calzante all'ipotesi dell'*opus* realizzato da uno solo, la soluzione di Urseio sembra valere in particolare nel caso di opera realizzata da entrambi

Si potrebbe anche far rientrare, astrattamente, nell'ambito di applicazione della decisione l'ipotesi in cui fosse stato solo l'altro socio a costruire l'edificio, mentre quello convenuto non aveva fatto nulla. In tal caso, infatti, quest'ultimo, pur essendo tenuto al mero *patientiam praestare*, avrebbe potuto preferire 'salvare' l'*opus novum*, rendendosi magari conto della sua utilità, attraverso il pagamento della *litis aestimatio* (che è da ritenere si sarebbe rapportata non al valore del *patientiam praestare*, ma all'*id quod interest* del vicino<sup>46</sup> – più ovviamente la maggiorazione per la contumacia ottenuta attraverso lo *iusurandum in litem* –). Tuttavia, se è vero che il socio *damnatus* avrebbe in tal caso potuto pagare più di quanto avesse speso l'altro socio, è pure vero che, se quest'ultimo avesse dovuto pagare la sua parte, cioè la metà della *poena*, si sarebbe avuta come conseguenza che il *damnatus* avrebbe in definitiva corrisposto metà della *litis aestimatio*, mentre l'altro socio si sarebbe

i soci. Nell'ipotesi in cui uno solo avesse realizzato l'opera, infatti, poteva capitare che essa non fosse necessaria o utile, con la conseguenza che il socio ignaro avrebbe dovuto sborsare una somma non preventivata. Tuttavia, a ben riflettere, qui non si stava parlando di spese fatte per realizzare un'opera (le quali non sarebbero state rimborsate se non fossero state necessarie o quantomeno utili; e in tale fattispecie il socio che avesse costruito non avrebbe di certo potuto ottenere il rimborso anche di queste [che sarebbero rimaste a suo carico], dato che le spese per la costruzione di un'opera che sarebbe dovuta essere poi abbattuta non erano di certo necessarie o utili), ma di spese fatte necessariamente per mantenere un'opera già esistente ed ormai acquisita alla comunione (pertanto, il passo di Modestino – D. 3.5.26 pr. [Mod. 2 *resp.*] – in cui uno dei due fratelli proprietari di un fondo avesse costruito degli edifici che avevano fatto innalzare notevolmente il valore del fondo e ciò nonostante non gli veniva riconosciuta la possibilità di avere parte del rimborso delle spese dal fratello, perché ritenute spese voluttuarie, non deve essere considerato in contrasto con la soluzione di Urseio, dato che quest'ultima si riferiva appunto a spese fatte non per la costruzione di un'opera, ma per il salvataggio della stessa ormai entrata in comunione). Ed è probabile che per Urseio il fatto che l'opera di per sé non fosse utile non avesse rilevanza sulla possibilità di rimborso di quanto versato per il suo 'mantenimento'. È probabile inoltre che il giurista non avesse contemplato la possibilità che la *litis aestimatio* fosse superiore al valore dell'opera, forse dando come presupposto che essa fosse inferiore (v., ad es., Paolo, che, a proposito di chi difendeva lo schiavo in giudizio nossale, affermava in D. 10.2.25.15 [Paul. 23 *ad ed.*] che questo potesse ottenere il rimborso parziale dal socio, «*quum hoc expediret*» – inciso che, se genuino [ma vi sono dei dubbi in proposito specie dal punto di vista formale, dato che nella frase «*id pro parte hoc iudicio consequatur*» il pronome «*id*» dovrebbe riferirsi al precedente «*hoc*» del nostro inciso, il che sarebbe assurdo; v., per una sicura interpolazione, Guarneri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili* cit. 91 nt. 3], sembrerebbe evidenziare semplicemente come tale difesa fosse di interesse, salvo a volerlo tradurre con «nel caso in cui ciò fosse d'interesse»: in tal caso, il testo potrebbe invece essere considerato un'ulteriore conferma del significato che abbiamo attribuito alla specificazione giuliana –, mentre in D. 10.3.8 [per il testo, v. *supra*, nt. 43] considera l'ipotesi che il socio, nel pagare la *litis aestimatio* avesse pagato più del valore del servo, cosa che avrebbe portato ad un rimborso limitato a parte del valore del servo).

<sup>46</sup> Sul punto, v. anche *supra*, nt. 33.

sobbarcata l'intera spesa per la costruzione dell'*opus* più la metà della *poena*. Tali considerazioni mi inducono a credere che questa ipotesi non fosse affatto contemplata dai giuristi<sup>47</sup>.

7. In conclusione, sono dell'avviso che la fattispecie esaminata da Urseio fosse quella di un socio che, dopo aver realizzato (da solo o con l'altro socio) l'*opus novum* nonostante l'*operis novi nuntiatio*, convenuto in giudizio, non avesse effettuato la *restitutio* (non avendo quindi né seguito l'*interdictum demolitorium* né deciso di avvalersi della clausola restitutiva presente nel procedimento *cum arbitro*), e, pertanto, fosse stato condannato al pagamento della *litis aestimatio*. La conseguenza, sarebbe stata che con tale pagamento si sarebbe ottenuta la possibilità di mantenere l'*opus novum* e ciò avrebbe comportato per l'altro socio un vantaggio, a causa del quale il socio *damnatus* avrebbe potuto rivalersi *pro parte*. Si comprenderebbe così anche la limitazione di Giuliano, secondo cui ciò sarebbe stato possibile solo nel caso in cui l'opera nuova (*rectius*: il mantenimento dell'*opus novum* tramite il pagamento della *litis aestimatio*) fosse stata d'interesse dell'edificio. Si potrebbe spiegare, inoltre, il riferimento alla *poena*, senza implicazioni sulla natura penale dell'interdetto e senza ipotizzare un significato generico del termine. Essa infatti stava ad indicare, in questa fattispecie, la *litis aestimatio* che il socio *damnatus* veniva a pagare, la quale, essendo superiore al valore della *lis* – dato che si basava sullo *iusurandum in litem* del vicino –, costituiva appunto la '*poena*' per non aver effettuato la *restitutio*: *poena contumaciae*.

Lucio Parenti  
Università di Teramo  
lparenti@unite.it

<sup>47</sup> Si potrebbe comunque congetturare che in tal caso il *damnatus* non avrebbe ottenuto metà della *poena*, ma, venendosi il suo credito verosimilmente a compensare con quello del socio relativo alla metà delle spese sostenute per la costruzione dell'*opus novum*, sarebbe forse riuscito ad ottenere comunque un qualche ristoro economico (qualora il valore dell'*opus*, o, forse meglio, il maggior valore acquisito dal caseggiato fosse superiore alle spese sostenute dal socio).