



HISTORY  
LAW &  
LEGAL  
HISTORY

Matteo Marrone

# LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA *REI VINDICATIO*

(CORSO DI DIRITTO  
ROMANO)

Edizione rivista con una nota di lettura e un indice  
delle fonti

a cura di  
**Mario Varvaro**



PALERMO  
UNIVERSITY  
PRESS







**Matteo Marrone**

# **LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA *REI VINDICATIO***

**(CORSO DI DIRITTO  
ROMANO)**

Edizione rivista con una nota di lettura e un indice delle fonti

a cura di  
**Mario Varvaro**

## **HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY - 21**

LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA *REI VINDICATIO* (CORSO DI DIRITTO ROMANO)

**Matteo Marrone**

### **Director**

Mario Varvaro

### **Scientific Board**

Christian Baldus (Heidelberg)  
Licia Califano (Urbino)  
Luigi Capogrossi Colognesi (Roma)  
Marta Cartabia (Milano)  
Sara Domianello (Messina)  
Iole Fagnoli (Bern & Milano)  
Luigi Ferrajoli (Roma)  
Giovanni Fiandaca (Palermo)  
Enrico Follieri (Foggia)  
Flavia Frisone (Lecce)  
Elisabetta Grande (Alessandria)  
Patrizia Guarnieri (Firenze)  
Soazick Kerneis (Paris)  
Umberto Laffi (Pisa)  
Rita Lizzi (Perugia)  
Paola Maggio (Palermo)  
Laura Moscati (Roma)  
Luca Nogler (Trento)  
Annick Peters-Custot (Nantes)  
Emanuela Prinziavalli (Roma)  
Serena Quattrococo (Alessandria)  
Eugenio Ripepe (Pisa)  
Boudewijn Sirks (Oxford)  
Giusto Traina (Lecce & Paris)  
Cristina Vano (Napoli)  
Giovanna Visintini (Genova)  
Andreas Wacke (Köln)

### **Editorial Board**

Laura Calandriello  
Rosaria Crupi  
Monica De Simone  
Manfredi Matassa  
Veronica Virga

E-mail: [hllh@unipa.it](mailto:hllh@unipa.it)

ISSN: 2724-4857

ISBN cartaceo: 978-88-5509-759-8

ISBN online: 978-88-5509-756-7

© Copyright 2025 New Digital Frontiers srl  
Piazza Marina 29/34  
90133 Palermo - Italia  
[www.newdigitalfrontiers.com](http://www.newdigitalfrontiers.com)

# INDICE GENERALE

<b>PRESENTAZIONE DEL VOLUME</b>	XI
<b>NOTA DEL CURATORE</b>	XV
<b>ABBREVIAZIONI BIBLIOGRAFICHE</b>	XVII
<b>MATTEO MARRONE, IL PROCESSO PRIVATO ROMANO E LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA <i>REI VINDICATIO</i></b>	
Nota di lettura di MARIO VARVARO	1
<b>PREMESSE</b>	
1. La rivendica, in generale. La cd. natura 'petitoria' della rivendica	23
2. La rivendica nella <i>legis actio sacramenti in rem</i>	25
3. La rivendica e l' <i>agere per sponsionem</i>	26
4. La rivendica nel processo <i>per formulas</i> . La fase <i>in iure</i> . La formula	28
5. Il <i>iudex</i> e la formula	31
6. La fase <i>apud iudicem</i> della rivendica formulare	32
7. I mezzi contro l' <i>indefensio</i> nel processo formulare	33
8. "Legittimazione" attiva e passiva. La legittimazione attiva nella <i>rei vindicatio</i> formulare	36
9. La legittimazione passiva nella <i>rei vindicatio</i> formulare: la struttura della formula e lo stato delle fonti	37
<b>PARTE I</b>	
<b>POSSESSORE, DETENTORE E LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA RIVENDICA</b>	
10. Struttura della formula e legittimazione passiva alla <i>rei vindicatio</i>	39

## CAPITOLO 1

### LA RIVENDICA DEL DANTE CAUSA CONTRO IL PROPRIO DETENTORE O POSSESSORE E IL CONCORSO TRA *REI VINDICATIO* E ALTRI RIMEDI REIPERSECUTORI

11. La tesi del Siber	45
12. Il principio per il quale il <i>iudex</i> formulare era vincolato ai termini della formula non subì deroghe	47
13. Eseggesi di D. 6.1.9. Il passo riguardava l'attività del <i>iudex</i>	52
14. Continua: significato del contesto di D. 6.1.9. Le dottrine di Pegaso e di Ulpiano riguardavano, fondamentalmente, la rivendica del terzo	56
15. Continua: le dottrine di Pegaso e di Ulpiano, così come formulate, erano tali da non escludere la legittimazione passiva del detentore di fronte alla rivendica del dante causa	58
16. L'assunto circa la legittimazione passiva del detentore alla rivendica del dante causa va riferito al detentore esclusivo	60
17. La questione di genuinità dell'elenco dei detentori in D. 6.1.9	61
18. Non vale, contro l'assunto proposto, la circostanza che nelle fonti la rivendica sia data generalmente contro il <i>possessor</i>	64
19. Non è vero che nell' <i>actio depositi</i> e nell' <i>actio ex stipulatu</i> la posizione del convenuto fosse meno gravosa che nella rivendica	65
20. Non ha nessun fondamento la tesi che esclude la rivendica del dante causa contro i cd. possessori anomali, e neppure quella, più generale, per cui la rivendica sarebbe stata esclusa per il fatto che l'attore potesse disporre, contro lo stesso convenuto e per la restituzione della cosa, di altro rimedio più proprio e adatto alla specie	66
21. Non ha fondamento la tesi per la quale, contro il detentore o possessore <i>nomine actoris</i> , il pretore avrebbe denegato la rivendica	67
22. Lo stato delle fonti per quanto riguarda la legittimazione passiva alla rivendica del detentore o possessore <i>nomine actoris</i> e, più in generale, del convenuto perseguibile dallo stesso attore, per la restituzione, con altro mezzo più proprio	68

## CAPITOLO 2

### LE TEORIE DI PEGASO E DI ULPIANO

23. Giustificazione della dottrina di Pegaso. Non hanno fondamento certe diverse spiegazioni proposte al riguardo dagli studiosi 73
24. La dottrina di Ulpiano. Genuinità della chiusa di D. 6.1.9 77
25. L'impiego della rivendica contro il possessore con *animus domini* 83
26. L'impiego della rivendica nelle ipotesi in cui chi era in una qual certa relazione di fatto con il bene rivendicato non aveva *animus domini*: quali di tali ipotesi saranno oggetto di indagine 84
- A. La rivendica contro i filii familias**
27. La rivendica contro i *filii familias*, negata da Pegaso e dai *quidam* di D. 6.1.9, fu ammessa dai classici successivi 85
28. Per quali casi Ulpiano e quanti condividevano il suo punto di vista circa la legittimazione passiva alla rivendica ammisero la convenibilità del *filius familias* 89
29. Considerazioni conclusive sulla legittimazione passiva dei *filii familias* alla rivendica 91
- B. La rivendica della res depositata**
30. Il regime del deposito e la posizione possessoria delle parti nel relativo contratto. La soluzione di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 nel caso di rivendica del terzo 92
31. La soluzione di Ulpiano. L'ipotesi del depositario, il quale abbia illegittimamente rifiutato di restituire la cosa al deponente e che sia successivamente convenuto con la rivendica da un terzo 96
32. Ipotesi testuali di rivendica del terzo contro il depositario non possessore interdittale, ma con *facultas restituendi*. D. 16.3.31.1 98
33. Continua: Cl. 3.42.8 pr. 101
34. Considerazioni conclusive sulla rivendica del terzo in ordine a *res* date in deposito 103
35. La rivendica del deponente contro il depositario. 104
- C. La rivendica della res commodata**
36. Le soluzioni relative alla rivendica della *res commodata* furono analoghe a quelle relative alla rivendica della cosa depositata 107

## **D. La rivendica della *res locata***

37. Il problema della rivendica della <i>res locata</i> non può essere posto unitariamente	108
38. La concessione di <i>agri vectigales</i> . La rivendica del terzo	109
39. La rivendica del concedente contro il concessionario di <i>agri vectigales</i>	112
40. I coloni e la loro posizione possessoria	112
41. Gli inquilini e la loro posizione possessoria	119
42. La rivendica del terzo nel caso di immobili locati a coloni e inquilini	122
43. La rivendica del <i>locator</i> contro coloni e inquilini	124
44. La rivendica della <i>res locata</i> nelle altre ipotesi di locazione	125

## **E. La rivendica dei beni oggetto di *missio in possessionem***

45. Le <i>missiones in possessionem</i>	126
46. La rivendica del terzo	129
47. La rivendica dello stesso debitore	132

## **F. La rivendica della *res fructuaria***

48. La posizione possessoria del nudo proprietario	133
49. Continua: argomenti in favore dell'assunto	136
50. La rivendica del proprietario contro il preteso usufruttuario di immobili e servi	139
51. La rivendica del proprietario contro il preteso usufruttuario di beni diversi da immobili e servi	141
52. La rivendica della <i>res fructuaria</i> da parte di un terzo	141

## **G. La rivendica dei beni oggetto di pegno, sequestro e precario**

53. Il possesso di creditore pignoratizio, sequestratario e precarista	143
54. La rivendica del terzo	150
55. La rivendica dello stesso dante causa	152

## **PARTE II**

### *DOLO DESINERE POSSIDERE. LITI SE OFFERRE. UNUS CASUS*

56. La questione della legittimazione passiva alla <i>rei vindicatio</i> di chi <i>dolo desiit possidere</i>	157
57. La questione della legittimazione passiva alla <i>rei vindicatio</i> di chi <i>liti se optulit</i>	160
58. L' <i>unus casus</i> di l. 4.6.2	165

## **CONCLUSIONI**

## **INDICE DELLE FONTI CITATE**

171
173





## PRESENTAZIONE DEL VOLUME

A chi non conosca le insidie delle fonti, limitandosi alla lettura di rassicuranti manuali, l'azione di rivendica potrebbe apparire elementare, persino banale. A chi, invece, si mette a studiare un manuale davvero meditato come quello di Matteo Marrone, diventa subito chiaro che le cose non sono così semplici. Come sempre, occorre partire dalla *formula* e, ove necessario, dai problemi ricostruttivi di quest'ultima. Orbene, così come doveva apparire nell'editto, la *formula* della rivendica romana non conteneva un elemento che identificherebbe espressamente il convenuto. Di qui una pluralità di problemi. Sono noti – e stanno al centro del libro qui ripubblicato – quelli che riguardano i non possessori (o quanti non godevano di certe forme 'del' possesso), rispetto ai quali ci si è chiesti a quali condizioni essi potessero comunque essere convenuti legittimamente nella *rei vindictio per formulam petitoriam*.

Tali problemi hanno acquistato una certa autonomia già nei dibattiti fra gli stessi giuristi romani e poi in quelli romanistici. Ma dietro tali quesiti, altri se ne nascondono: se è vero che la *formula* non menzionava espressamente il convenuto, perché non lo faceva? Qual è, nel susseguirsi e nella possibile sovrapposizione di forme processuali a Roma, la ragione di questo silenzio? Fino a che punto possiamo ricostruire il dibattito classico sulla pertinenza della posizione possessoria *ad usucapionem* o quella detta *ad interdicta*? Quale fortuna ha avuto la famosa trasposizione ulpiana della *facultas restituendi* come criterio di identificazione del legittimato passivo (con tutti i quesiti che ne scaturiscono) alla *rei vindictio*?

La rivendica romana, peraltro, riserva ulteriori insidie. Sia menzionata qui solo l'*exceptio rei venditae et traditae*: per chi parte solo dalla manualistica meno complessa, essa deve apparire come l'eccezione 'standard', quella più facile da capire. Niente è più fuorviante di una tale idea: non sappiamo nemmeno dire con certezza dove (e, se del caso, a partire da quando) essa fosse prevista nell'editto.

Il manuale di Matteo Marrone, costruito con mirabile precisione e organicità (verrebbe da dire: come un testo di James Joyce giovane, solo con il linguaggio asciutto adatto alla

scienza giuridica), propone risposte a tutti questi interrogativi. E si tratta di risposte che hanno rappresentato l'opinione finora dominante o che, almeno, vanno prese in considerazione oggi come quando sono state formulate. Il Maestro palermitano rimane la massima autorità in materia.

Ma già negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso deve esser stato difficile per una parte degli studenti universitari seguire tali insegnamenti. Il manuale non c'era ancora in questo periodo. E viene naturale chiedersi, come hanno fatto poi le generazioni di studenti che non provenivano più tutti dal liceo classico o che per altri motivi avevano bisogno di essere portati passo dopo passo alla comprensione dei testi, dei problemi da essi posti e delle possibili soluzioni?

Prima del manuale e accanto ai saggi diffusi in tutto il mondo romanistico, Marrone ha proceduto anche a scrivere opere didattiche, pubblicate per i tipi di editori locali e quindi di difficile accesso per la loro ridotta circolazione. Tali testi hanno conservato un loro valore, anzi ne hanno acquistato parecchio. La didattica del diritto romano deve fare i conti non solo in Italia ma a maggior ragione fuori dall'Italia, con cambi di natura strutturale. La provenienza di studenti da certi tipi di scuole secondarie superiori non è in assoluto l'unica sfida. La manualistica risente innanzitutto del fatto che sono poche ormai le sedi universitarie che propongono come materie obbligatorie sia la Storia del diritto romano sia le Istituzioni di diritto romano. Anche un corso di studio che vuole sostituire le conoscenze che il liceo non fornisce più deve pensare quel corso unicamente obbligatorio o unicamente offerto (sia esso la Storia del diritto romano, le Istituzioni, un *mixtum compositum* ridotto o un *aliud* più o meno innovativo) in una maniera adatta alla nuova situazione.

Detto con parole astratte e piuttosto approssimative, si tratta di cogliere e spiegare la storicizzazione del diritto romano (inteso quest'ultimo come fenomeno specificamente normativo in evoluzione e documentato solo con grandi lacune) senza perdere di vista l'aspetto giuridico, senza renderlo incomprensibile agli studenti dei corsi di laurea in Giurisprudenza; di navigare fra la Scilla delle presunzioni di continuità e dei parallelismi falsi e la Cariddi delle presunzioni di discontinuità e di una lettura delle fonti poco attenta

ai profili propriamente tecnico-giuridici: il che corrisponde quasi alla quadratura del cerchio. Ma non possiamo sottrarci al compito di continuare a misurarci sempre con i contesti culturali che cambiano se vogliamo essere letti e discussi nell'Accademia.

Alla luce di tale perenne sfida, le opere didattiche 'locali' del professor Marrone conservano un valore enorme anche per la romanistica di oggi. Non semplificando le cose, non risparmiando al lettore dubbi testuali e contenutistici, esse entrano nel dettaglio che permette di capire. Proprio nel dettaglio, e nel dettaglio ordinato e spiegato bene, sta l'accesso alla comprensione delle grandi linee, nella misura in cui esse siano identificabili con certezza. Non occorre entrare qui nel dettaglio dogmatico: basta rinviare per questo alla nota di lettura di Mario Varvaro, che ha curato questa nuova edizione del corso di lezioni dedicato da Marrone al tema della legittimazione passiva all'azione di rivendica nel processo privato romano dell'età classica.

Non è detto neanche che dobbiamo sempre essere d'accordo con le soluzioni proposte da Marrone. Ma il testo ripubblicato facilita molto il dialogo diacronico fra la romanistica di oggi e quella della generazione di studiosi che ci ha preceduti, anche per chi sia solito lavorare con i testi più densamente costruiti e ricchi di informazioni del Maestro palermitano.

Non possiamo, dunque, che essere grati dell'iniziativa di una Scuola che si rivela tale proprio nel modo di fare i conti con l'eredità dei propri antenati: solo lo studio serio delle fonti e di tale eredità permette di andare avanti e di costruire il futuro della disciplina. Il che vale a maggior ragione nel mutato quadro didattico.

Christian Baldus



## NOTA DEL CURATORE

Questa edizione aggiornata del corso di diritto romano dedicato da Matteo Marrone alla legittimazione passiva alla *rei vindicatio* nella procedura formulare dell'età classica si inquadra nel più ampio progetto di rendere disponibile a una più vasta platea di lettori le opere didattiche che, stampate a Palermo da un editore locale, non hanno avuto quella circolazione che avrebbero meritato. Ringrazio dunque i figli del professore Marrone – Oreste, Gianfranco e Marco – per avere reso possibile la realizzazione di questo progetto. Desidero manifestare la mia riconoscenza anche al collega e amico Christian Baldus per avere accettato di presentare il volume.

Nella nuova edizione sono stati mantenuti gli spaziati presenti nel testo originale e la numerazione progressiva delle note a piè di pagina.

Anche in questo volume, come in quello di Marrone sulla *querela inofficiosi testamenti*, si è provveduto a rammodernare le citazioni delle fonti nonché a integrare e aggiornare le citazioni bibliografiche, per le quali sono stati impiegati i criteri della collana in cui l'opera è adesso ripubblicata.

Ho ritenuto opportuno integrare nel corpo del testo i titoli dei singoli paragrafi che nell'edizione del 1970 erano indicati soltanto nell'indice dell'opera, posto adesso in apertura del volume, anziché in chiusura. È stato aggiunto inoltre un indice delle fonti citate curato da Maria Rita Salvia.

Ho preferito conservare la denominazione dell'interdetto *unde vi*, benché l'Autore nella terza edizione delle sue *Istituzioni di diritto romano* (pubblicata nel 2006) vi abbia sostituito quella di interdetto *de vi*, mentre le parole *filiusfamilias* e *filiifamilias* sono state rese rispettivamente con la grafia *filius familias* e *fili familias*. Oltre a eliminare i refusi del testo originario, ho tenuto conto di alcune correzioni di pugno dell'Autore segnate a penna sull'esemplare di cui mi ha fatto dono e, più in generale, ho provveduto a una revisione generale del testo considerando le linee direttrici che hanno ispirato la revisione della terza edizione delle *Istituzioni di Diritto Romano* a suo tempo affidatami dall'Autore.



## ABBREVIAZIONI BIBLIOGRAFICHE

AUPA	Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»
ED	Enciclopedia del diritto
Iura	IVRA. Rivista internazionale di diritto romano e antico
PWRE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung begonnen von Georg Wissowa
RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'histoire du droit – The Legal History Review
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung



# MATTEO MARRONE, IL PROCESSO PRIVATO ROMANO E LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA REI VINDICATIO

Nota di lettura di MARIO VARVARO

1. Matteo Marrone<sup>1</sup> ricordava di essersi laureato a Palermo nello stesso giorno in cui si diffondeva la notizia dell'uccisione del famigerato bandito Salvatore Giuliano. La mattina del 5 luglio del 1950, infatti, egli aveva conseguito la laurea in Giurisprudenza con il massimo dei voti e la lode discutendo innanzi a una commissione di cui facevano parte ben quattro romanisti<sup>2</sup> due tesine<sup>3</sup> e la tesi intitolata *La denuntiatio nel processo romano classico*.<sup>4</sup>

- 1 Su Matteo Marrone (1929-2020) e sulla sua produzione scientifica v. M. Talamanca, *Matteo Marrone nella tradizione della scuola romanistica siciliana*, in BIDR 103-104, 2000-2001 (sed 2009), 703-722; S. Mazzamuto, *Matteo Marrone e il diritto civile*, *ibid.*, 723-729; A. Wacke, *Sentenze con effetti a scapito di terzi? L'opera scientifica di Matteo Marrone*, in LR 3, 2014, 187-216; V. Giuffrè, *Matteo Marrone uomo scienziato professore*, in M. Marrone, *Scritti giuridici*, III, Madrid et al. 2015, 13-19; L. Labruna, *Matteo Marrone, maestro vero e amico sincero*, in Index 48, 2020, 534-536; G. Falcone, *Matteo Marrone (13.10.1929 - 8.4.2020)*, in SCDR 33, 2020, 345-364, e in AUPA 63, 2020, 1-16; A. Corbino, *La misura integrale di Matteo Marrone*, in Index 49, 2021, 583-594; P. Cerami, *Matteo Marrone (1929-2020)*, in Iura 59, 2021, 685-694.
- 2 Come risulta dal verbale degli esami di laurea, infatti, la commissione era composta, oltre che da Lauro Chiazzese (ordinario di Diritto romano, su cui v. *infra*, nt. 6), che la presiedeva, anche da altri tre romanisti: Giovanni Baviera (professore fuori ruolo di Istituzioni di diritto romano, su cui v. *infra*, nt. 19), Salvatore Riccobono jr. (incaricato di Storia del diritto romano, su cui v. *infra*, nt. 22) e Bernardo Albanese (incaricato di Egesi delle fonti del diritto romano, su cui v. *infra*, nt. 21). Gli altri sette componenti della commissione erano Eugenio Di Carlo (ordinario di Filosofia del diritto), Giuseppe Maggiore (ordinario di Diritto penale), Giocchino Scaduto (ordinario di Diritto civile), Giovanni Musotto (ordinario di Diritto penale), Francesco Giuseppe Lipari (ordinario di Diritto processuale civile), Pompeo Corso (incaricato di Diritto del lavoro) e Vincenzo Politi (incaricato di Diritto ecclesiastico).
- 3 Delle tre tesine furono discusse quella di Diritto processuale civile (sul tema *Sequestro conservativo – Credito sottoposto a condizione e credito eventuale*) e quella di Diritto pubblico comparato (sul tema *Il Consiglio privato della Corona in Inghilterra*). La terza tesina era in Diritto civile (sul tema *Revocabilità del consenso del coniuge alla separazione personale*).
- 4 La tesi era articolata in cinque capitoli incorniciati fra un'Introduzione e una Conclusione, alla quale seguivano la Bibliografia e l'Indice delle fonti citate.

Questo argomento, non facile,<sup>5</sup> gli era stato indicato dal suo relatore, Lauro Chiazzese,<sup>6</sup> che lo aveva guidato nella ste-

Seguendo fundamentalmente i risultati proposti da A.-J. Boyé, *La denuntiatio introductiva d'instance sous le Principat*, Bordeaux 1922, Marrone riteneva che la *denuntiatio* introduttiva di un processo privato avrebbe avuto origine, già in età varroniana, nella *vocatio* del magistrato munito di *imperium*. Con riferimento alla natura giuridica di quest'atto, egli preferiva seguire l'ipotesi di Wlassak. I risultati dell'indagine di Boyé appaiono seguiti anche nella ricostruzione della *denuntiatio*, negando però i pretesi influssi provinciali anche in ordine allo "svolgimento ulteriore dell'istituto in epoca classica". Il maggiore aspetto di novità del lavoro riguardava la questione dei rapporti fra la *denuntiatio* e il processo contumaciale (trattati nel Capitolo IV). Nel prospettare una tesi diversa da quella degli studiosi che se ne erano occupati in precedenza, Marrone prendeva le mosse da una definizione della nozione di contumacia – fondata sull'idea di una "disobbedienza ad un ordine dell'autorità" – nella quale la semplice assenza del convenuto "non determina automaticamente la perdita della lite, ma impone preventivamente al magistrato un esame della questione, che gli è stata proposta (*causae cognitio*)". In considerazione del carattere non più meramente privato della *denuntiatio* e negato che nel processo delle *cognitiones extra ordinem* l'accordo delle parti in causa sull'oggetto della lite, "se esisteva, non era un requisito necessario, per pervenire alla sentenza", si approdava alla conclusione che il processo introdotto per mezzo della *denuntiatio* poteva svolgersi "in assenza del convenuto, e culminare in una sentenza contumaciale" purché essa fosse ripetuta per tre volte, come si desumerebbe dall'esame di una serie di passi che dimostrerebbero tale assunto, ossia FV. 167; D. 39.2.4.5 (Ulp. 1 *ad ed.*); D. 5.1.68 (Ulp. 8 *disp.*); D. 26.10.7.3 (Ulp. 1 *de omn. trib.*); D. 16.3.5.2 (Ulp. 30 *ad ed.*). Su tali questioni può rinviarsi, nella più recente letteratura, ad A. Guasco, *Gli atti introduttivi del processo civile nelle cognitiones extra ordinem*, Torino 2017, spec. 33 ss., su cui v. la recensione di C. Willems, in ZRG RA 136, 2019, 414-420.

- 5 Come posto in rilievo nelle pagine introduttive della tesi, infatti, il tema presentava "notevoli difficoltà, per l'esiguità delle fonti, che accennano all'argomento". Immediatamente dopo Marrone osservava che, a onta di tali difficoltà, la "soluzione delle varie questioni è di importanza fondamentale al fine di coglier lo sviluppo storico del processo civile, in quanto la citazione, che è il primo atto del processo, lo caratterizza e vi dà la sua impronta. Una risposta intorno all'ufficialità o no della citazione, ad esempio, è contemporaneamente una risposta intorno all'ufficialità o no del processo; e permette di poter determinare l'epoca della statizzazione della procedura civile; da un punto di vista più ampio, l'epoca in cui lo Stato sottrae nuovi campi all'iniziativa privata e vi sostituisce la propria".
- 6 Per un profilo di Lauro Chiazzese (1903-1957) v. B. Albanese, *Lauro Chiazzese (1903-1957)*, in AUPA 26, 1957, v-xxviii, anche in Id., *Scritti giuridici*, II, a cura di M. Marrone, Palermo 1991, 1879-1897; R. Orestano, *Lauro Chiazzese (1903-1957)*, in SDHI 23, 1957, 574-586; C. Sanfilippo, *Lauro Chiazzese (6.8.1903 – 14.12.1957)*, in Iura 9, 1958, 134-137; Id., *La presenza della Sicilia nella Scienza Romanistica*, in *La presenza della Sicilia nella cultura degli ultimi cento anni*, II, Palermo 1977, 1005-1018; F. Fabbrini, *Chiazzese, Lauro*, in DBI 24, Roma 1980, 661-663; M. Marrone, *Romanisti professori a Palermo*, in Index 25, 1997, 600 s., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, 884 s.; Id., *Chiazzese, Lauro*, in DBGI, I, Bologna 2013, 522;

sura della tesi, suggerendogli di studiare il tedesco già durante il percorso universitario.<sup>7</sup>

A quel giovane che a soli venti anni di età<sup>8</sup> aveva terminato uno sfolgorante percorso accademico<sup>9</sup> mostrando tutte le qualità richieste per intraprendere la carriera accademica<sup>10</sup> Chiazzese offrì subito un posto di assistente alla cattedra di Diritto romano.<sup>11</sup> Marrone accettò quell'offerta senza esitazioni, anzi "con un totale senso di sicurezza": affascinato dal carisma di Chiazzese seguì la via indicatagli, credendo naturale "che fosse la strada giusta".<sup>12</sup>

2. All'inizio dell'anno accademico 1950-1951, dunque, il giovanissimo laureato cominciò a collaborare con la cattedra di Chiazzese, il quale continuava a tenere alta nell'ateneo palermitano la tradizione della scuola romanistica fondata dal suo maestro Salvatore Riccobono.<sup>13</sup>

Id., *Un allievo di Salvatore Riccobono: Lauro Chiazzese*, in M. Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi (Palermo, 29-30 marzo 2019)*, Palermo 2020, 1-4; G. Falcone, *Lauro Chiazzese a sessant'anni dalla scomparsa*, in AUPA 60, 2017, 7-14; M. Varvaro, *Riccobono e la critica interpolazionistica*, in Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono*, cit., 50-53.

- 7 Oltre la metà delle opere citate nella bibliografia posta in calce alla tesi è di autori di lingua tedesca.
- 8 Lo stesso Marrone, infatti, ricordava che per "obbedire" al padre Oreste aveva 'saltato' l'ultimo anno delle scuole superiori, conseguendo all'età di soli sedici anni la maturità classica presso il Liceo-Ginnasio "Vittorio Emanuele II" di Palermo nella sessione estiva dell'anno scolastico 1945-1946.
- 9 Su un totale di ventidue esami universitari, infatti, ben dieci furono superati con la lode (fra cui quelli di Istituzioni di diritto romano, di Storia del diritto romano e di Diritto romano, tutti sostenuti con Chiazzese, rispettivamente, il 17 giugno 1947, il 1° luglio del 1947 e il 10 giugno 1949), undici con 30/30 e il Diritto costituzionale con 28/30. La firma di Chiazzese si trova anche sullo statino dell'esame di Diritto commerciale, sostenuto da Marrone il 25 giugno 1948 innanzi alla commissione presieduta da Giuseppe Papa d'Amico (professore incaricato della materia).
- 10 M. Marrone, *I miei percorsi*, in BIDR 103-104, 2000-2001 (sed 2009), 730; Id., *Ai miei maestri*, in *Scritti giuridici*, III, cit., 22.
- 11 Marrone rammentava che, nell'offrirgli quel posto, Chiazzese si trovò nelle condizioni di rifiutare la richiesta di un altro giovane laureato che gli era stato caldamente raccomandato, ma che non riteneva all'altezza di coltivare gli studi romanistici.
- 12 Marrone, *I miei percorsi*, cit., 730; cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 22.
- 13 Per un profilo di Salvatore Riccobono (1864-1958) e della sua opera scientifica v. la bibliografia citata in M. Varvaro, *Riccobono, Salvatore*, in DBI, 87,

Nel marzo dell'anno successivo Marrone si iscrisse presso la Corte d'Appello di Palermo per svolgere la pratica forense,<sup>14</sup> ma non la portò a termine,<sup>15</sup> preferendo prepararsi all'esame per conseguire la libera docenza.<sup>16</sup> L'argomento della tesi di laurea, tuttavia, non si era aperto a prospettive che ne incoraggiavano un approfondimento in chiave monografica,<sup>17</sup> sicché fu lo stesso Chiazzese a indicargli un altro tema processualistico, suggerendogli di dedicarsi allo studio della sentenza.<sup>18</sup>

Marrone si trovò così a lavorare nell'ambiente in cui la vecchia generazione di romanisti palermitani era ancora rap-

Roma 2016, 397, alla quale *adde* i contributi pubblicati in Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono*, cit., nonché M. Varvaro, *Salvatore Riccobono tra il 'genio di Roma' e il fascismo. Parte I*, in BIDR 113, 2019, 93-114; Id., *Salvatore Riccobono tra il 'genio di Roma' e il fascismo. Parte II*, in BIDR 114, 2020, 1-34; Id., *Salvatore Riccobono e l'esaltazione giusromanistica di Roma antica*, in E. Migliario, G. Santucci (a cura di), «Noi figli di Roma». *Fascismo e mito della romanità*, Milano 2022, 223-262.

- 14 L'iscrizione è datata all'8 marzo del 1951.
- 15 Il fratello maggiore di Matteo Marrone, Giuseppe, esercitò la professione forense nel solco della tradizione familiare. Loro padre, Oreste, così come il nonno materno Matteo Guerra (1870-1941), erano infatti stimati avvocati del fòro palermitano. L'avvocato Guerra, che aveva al proprio attivo alcune pubblicazioni, nel 1893 aveva fondato il *Foro siciliano*, un quindicinale della giurisprudenza della Corte di Cassazione, delle Corti d'Appello siciliane e dei Tribunali dell'isola che aveva sede legale a Palermo nel palazzo della via del Bosco (a due passi dalla centralissima via Maqueda) nel quale Matteo Marrone era nato e cresciuto. Dopo la morte dell'avvocato Guerra la direzione della rivista passò all'avvocato Oreste Marrone.
- 16 La figura del libero docente era disciplinata dal r.d. n. 1592/1933, che agli artt. 117-128 del regolamento allegato a tale decreto prevedeva che potessero conseguire l'abilitazione a impartire corsi a titolo privato i laureati o i diplomati presso un Istituto d'istruzione superiore che avessero superato un esame di abilitazione per "titoli, integrati da una conferenza sui titoli stessi" innanzi a una commissione di nomina ministeriale. Il mancato insegnamento in assenza di legittimi impedimenti per un periodo di cinque anni consecutivi da parte del libero docente comportava la decadenza dall'abilitazione.
- 17 In realtà, nell'introduzione della tesi di laurea Marrone, dopo avere precisato che si sarebbe occupato in via esclusiva "della *denuntiatio* del diritto cittadino romano classico, in applicazione nei processi su affari privati", senza trattare perciò "quella dei processi di natura amministrativa e penale" e senza toccare la "*denuntiatio* del diritto postclassico e quella definitiva del Codice Teodosiano", dichiarava di ripromettersi "di continuare il presente lavoro, che ci servirà come base per risolvere, secondo il nostro punto di vista, la delicata e controversa questione intorno ai precedenti immediati della denuncia regolata da Costantino, questione che in fondo si riduce alla valorizzazione degli elementi provinciali o degli elementi romani" nella sua riforma del processo civile.
- 18 Marrone, *I miei percorsi*, cit., 731; cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 22.

presentata da due professori ormai fuori ruolo come Giovanni Baviera<sup>19</sup> e Filippo Messina Vitrano,<sup>20</sup> mentre di lì a poco Bernardo Albanese<sup>21</sup> si sarebbe affermato – insieme a Carlo Gioffredi e Mario Antonio De Dominicis – su Salvatore Riccobono jr.<sup>22</sup> nelle vicende del concorso di Storia del diritto romano bandito dall'Università di Ferrara.<sup>23</sup>

Dopo cinque anni di feconda attività di ricerca, nel XXVI volume degli *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* fu data alle stampe la corposa monografia di Marrone sull'efficacia pregiudiziale della sentenza nel diritto

- 19 Su Giovanni Baviera (1875-1963) v. da ultimo M. Varvaro, *La compravendita di animali appartenenti alle res mancipi in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen*, in AUPA 56, 2013, 301 s., nt. 1, con indicazione della bibliografia precedente.
- 20 Per un sintetico profilo di Filippo Messina Vitrano (1879-1951), che fu il primo allievo di Riccobono, si rinvia a Marrone, *Romanisti professori a Palermo*, cit., 598, anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 882.
- 21 Su Bernardo Albanese (1921-2004) v. A. Guarino, *Bernardo Albanese*, in *Pagine di diritto romano*, 2, Napoli 1993, 82-84; M. Marrone, *Bernardo Albanese (Palermo, 19 maggio 1921-14 ottobre 2004)*, in SCDR 16, 2004 (sed 2005), 11-19, anche in AUPA 49, 2004 (sed 2005), 1-19, e in *Scritti giuridici*, III, cit., 189-194; Id., *Ricordi di Bernardo Albanese*, in AUPA 51, 2006 (sed 2007), 3-9, anche in *Scritti giuridici*, III, cit., 197-202; R. Santoro, *Un ricordo di Bernardo Albanese*, in AUPA 51, cit., 33-42, anche in Id., *Scritti minori*, a cura di M. Varvaro, Torino 2009, 645-654; G. Aricò Anselmo, *Ricordo di Bernardo Albanese (1921-2004)*, in BIDR 92-93, 2000-2001 (sed 2009), 1-21; G. Falcone, *Bernardo Albanese (1921-2004)*, in Iura 55, 2004-2005 (sed 2008), 353-368; Id., *Albanese, Bernardo*, in DBGI, I, cit., 17 s.; F. Mazarella, *Bernardo Albanese (1921-2004)*, in RIFD 81, 2006, 709-714. Anche Albanese aveva seguito "amorevolmente" il giovane Marrone nella stesura della tesi di laurea mentre Chiazzese era impegnato a guidare la facoltà giuridica palermitana come Preside: v. Marrone, *Ricordi di Bernardo Albanese*, cit., 7, anche in *Scritti giuridici*, III, cit., 200; Id., *I miei percorsi*, cit., 732 (cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 23).
- 22 Su Salvatore Riccobono jr. (1910-2005), nipote dell'omonimo zio, v. G. Purpura, *Riccobono, Salvatore jr.*, in DBGI, II, Bologna 2013, 1684.
- 23 V. Marrone, *Ricordi di Bernardo Albanese*, cit., 7, anche in *Scritti giuridici*, III, cit., 200. In quel concorso, infatti, non riuscì a entrare nella terna dei vincitori Salvatore Riccobono jr., il quale aveva conseguito la libera docenza nel 1937 e, dopo una lunga prigionia in India (dal 1940 al 1946), non era riuscito a superare i concorsi del 1947 e del 1948. Della commissione giudicatrice facevano parte, oltre a Giuseppe Branca (1907-1987), Pietro de Francisci (1883-1971) e Gaetano Scherillo (1905-1970), anche due allievi di Riccobono sr.: Biondo Biondi (1888-1966) e Chiazzese. Risentito con quest'ultimo per il mancato successo, Riccobono jr. gli tolse il saluto e interruppe i contatti con l'intera Facoltà giuridica palermitana, rinunciando a ogni incarico di insegnamento, sebbene lo stesso Chiazzese gli avesse proposto di assumere quello di Istituzioni di diritto romano o un altro di suo gradimento.

romano,<sup>24</sup> mentre due articoli nati come costole da questa imponente indagine furono pubblicati, rispettivamente, su *Lura*<sup>25</sup> e su *Studia et documenta historiae et iuris*.<sup>26</sup>

Già in questi primi lavori si notano, accanto alla particolare inclinazione per i temi d'indagine legati alla procedura civile romana, la piena capacità di affrontarli in chiave tecnica, comprendendone a fondo i meccanismi di funzionamento, e l'attitudine a inquadrarli nella loro dimensione storica.<sup>27</sup> Le ricerche, infatti, appaiono condotte da uno studioso che, seppur ancora molto giovane, si mostrava già in grado di padroneggiare con maestria tutti gli strumenti della critica testuale da lui appresi direttamente alla scuola di Chiazzese,

- 24 M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in AUPA 24, 1955 (sed 1956), 5-604. Questo lavoro monografico si basa sull'idea che soltanto nel processo delle *cognitiones extra ordinem* di diritto privato la sentenza avrebbe acquistato effetti normativi, in quanto nell'ambito delle antiche *legis actiones* e della procedura formulare essa avrebbe avuto soltanto effetti di natura preclusiva in forza del noto principio *bis de eadem re ne sit actio*. Molti anni dopo al tema della sentenza nel diritto romano furono dedicate anche altre indagini: M. Marrone, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Bâle et al.* 1999, 53-65, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 721-733; Id., *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca*, 5, Napoli 2001, 273-290, ripubblicato con integrazioni e modifiche anche in BIDR 100, 1997 (sed 2003), 37-48, e in *Scritti giuridici*, II, cit., 799-809.
- 25 M. Marrone, *D. 14. 2. 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, in *Lura* 6, 1955, 170-178, anche in *Scritti giuridici*, I, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, 55-63. In questo contributo si dimostrava l'interpolazione del testo riferito dai compilatori giustinianeî in D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 ad ed.). Sul *ius retentionis* meritano considerazione anche le osservazioni svolte qualche anno dopo da Marrone nel recensire i tre volumi degli *Studi sulla ritenzione in diritto romano* di Enzo Nardi: Id., *In materia di ritenzione*, in *Labeo* 4, 1958, 81-88, anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 921-928.
- 26 M. Marrone, *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in SDHI 21, 1955 (sed 1956), 74-122, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 3-51. Per un quadro delle ricerche dedicate da Marrone alla *querela inofficiosi testamenti* fino al corso monografico dedicato a questo tema e pubblicato nel 1962, v. M. De Simone, *Matteo Marrone e la querela inofficiosi testamenti*, in M. Marrone, *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di diritto romano). Edizione rivista con una nota di lettura, una nota bibliografica aggiornata e un indice delle fonti*, a cura di M. De Simone, Palermo 2024, 7 ss.
- 27 Per l'utilità di un approccio al tema più storico che non di stampo dogmatico alla maniera di un Betti (che se ne era occupato in *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in Diritto romano*, Macerata 1922) v. Talamanca, *Matteo Marrone*, cit., 716.

isolando il nucleo classico dei testi giuridici tramandati nella compilazione di Giustiniano.<sup>28</sup>

Non stupisce, dunque, che l'opera sull'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo privato romano<sup>29</sup> – esemplare per l'impostazione, per la chiarezza e per la sobrietà dello stile – sia stata recensita positivamente da Kaser,<sup>30</sup> Kreller<sup>31</sup> e Brogгинi.<sup>32</sup> Anche quando hanno ritenuto di non condividerne singoli risultati, infatti, tutti questi studiosi hanno riconosciuto senza esitazioni il grado di maturità delle capacità e l'accurata formazione dell'Autore, l'elevato valore dell'indagine, l'acutezza della dimostrazione nonché la profonda conoscenza delle fonti e della letteratura.

Da questa prima monografia di Marrone derivarono altre ricerche,<sup>33</sup> condotte assecondando un gusto personale

- 28 Era quella – ricordava Marrone, *I miei percorsi*, cit., 731 – la scuola nella quale a Palermo maestri come “Salvatore Riccobono e, sulla sua scia, lo stesso Lauro Chiazzese ... non si sottrassero, come usa invece oggi, soprattutto tra i giovani, ma non solo, alla critica testuale; ne furono anzi tra i maggiori assertori e operatori. E condannerebbero con fermezza l'andazzo ormai imperante di dare per scontata la genuinità, anche formale, di ogni passo delle Pandette senza neanche tentarne l'analisi”.
- 29 Circa l'opportunità di parlare di processo privato anziché di processo civile romano v. M. Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palermo 2006<sup>3</sup>, 57.
- 30 M. Kaser, in *Iura* 7, 1956, 216-224.
- 31 H. Kreller, in *Labeo* 2, 1956, 372-377.
- 32 G. Brogгинi, in *ZRG RA* 74, 1957, 451-461.
- 33 A ricordarlo è lo stesso Marrone, *I miei percorsi*, cit., 732 (cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 22): “è stato per quella esperienza e da quella esperienza che sono derivati, oltre a qualche antico corso monografico, altri miei scritti in materia di preclusione processuale, concorso di azioni, liti di libertà, *praeiudicia*; ma anche azioni nossali, *querela inofficiosi testamenti*, liti di libertà, compensazione e altro”. In materia di preclusione processuale possono ricordarsi, oltre alle due edizioni del corso di lezioni di diritto romano sull'effetto normativo della sentenza (per cui *infra*, ntt. 44 e 50), Id., *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *AUPA* 42, 1992, 207-255, anche in F. Milazzo (a cura di), *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 7-10 giugno 1992*, Napoli et al. 1994, 17-62, nonché in *Scritti giuridici*, I, cit., 463-508; Id., ‘*Res in iudicium deducta*’-‘*res iudicata*’, in *BIDR* 98-99, 1995-1996, 63-81, anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 587-605; Id., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II. *Diritto romano*, Napoli 1997, 3-28, anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 631-656; Id., *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI* 64, 1998, 47-68, anche in *Scritti*

per lo studio del diritto privato romano “nei suoi contenuti, nelle sue fonti, nei suoi caratteri e fattori di evoluzione”, privilegiando “i problemi processuali, ... inscindibili ... dal diritto sostanziale”.<sup>34</sup>

Nel presentare i primi due tomi degli *Scritti giuridici* di Marrone,<sup>35</sup> Albanese sottolineava che la sua attività scientifica, pienamente collocata nella “tradizione di Riccobono, di Baviera, di Guarneri-Citati, di Chiazzese e di tanti altri”, aveva arricchito “il panorama degli studi romanistici, specie nel campo del processo privato, con risultati sempre finissimi e originali, e spesso innovatori e creativi”.<sup>36</sup> Il valore dell’opera scientifica di Marrone, in effetti, acquista maggiore profondità proprio se inquadrato “all’interno della cornice offerta dalla scuola romanistica palermitana”,<sup>37</sup> della quale egli stesso ricostruì per la prima volta la storia.<sup>38</sup>

3. Dopo il conseguimento della libera docenza nel gennaio del 1956,<sup>39</sup> a temi processuali furono dedicati la seconda mo-

*giuridici*, II, cit., 659-680; Id., *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in AUPA 45.1, 1998, 427-443, anche in J.F. Gerkens et al. (a cura di), *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, I, Liège 1999, 365-380, e in *Scritti giuridici*, II, cit., 687-702; Id., *Personae, petitum e causa petendi, tra preclusione, litispendenza e autorità del giudicato*, in *Scritti in onore di Antonino Pensovecchio Li Bassi*, I, Torino 2004, 711-718, anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 825-830; Id., *Riflessioni in tema di giudicato. L'autorità del giudicato e Cicerone. Sulla c. d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, in L. Vacca (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova 2008, 61-80, anche in *Scritti giuridici*, III, cit., 95-111.

34 Marrone, *Ai miei maestri*, cit., 21 s. Sul punto v. pure Giuffrè, *Matteo Marrone*, cit., 16.

35 Marrone, *Scritti giuridici*, I-II, cit.

36 B. Albanese, in Marrone, *Scritti giuridici*, I, cit., VII s.

37 Come sottolineato da Talamanca nel presentare a Palermo i primi due volumi degli *Scritti giuridici* di Marrone nel maggio del 2003: Talamanca, *Matteo Marrone*, cit., 703 ss.

38 Marrone, *Romanisti professori a Palermo*, cit., 587-616, anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 871-900.

39 Della commissione di quel concorso, del quale risultarono vincitori anche Mario Talamanca e Roberto Reggi, facevano parte, oltre a Chiazzese, anche Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964), che la presiedeva, e Gian Gualberto Archi (1908-1997), che svolgeva le funzioni di segretario: v. Talamanca, *Matteo Marrone*, cit., 709.

nografia, dedicata all'*actio ad exhibendum*,<sup>40</sup> e alcuni articoli pubblicati qualche anno dopo,<sup>41</sup> con cui nel 1958, non ancora trentenne, si presentò al concorso a cattedra di Diritto romano bandito dall'Università di Ferrara.<sup>42</sup>

Qualche anno dopo Marrone, titolare dell'insegnamento biennale di Diritto romano,<sup>43</sup> cominciò a pubblicare alcuni corsi monografici destinati alla didattica. Il primo di essi, dato alle stampe nel 1960 dall'editore palermitano U. Manfredi, è intitolato *L'effetto normativo della sentenza*.<sup>44</sup> Esso rappre-

- 40 M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957 (sed 1958), 177-693. L'opera, nella quale Marrone sostenne il carattere autonomo (e non meramente preparatorio) di quest'azione per tutta l'età classica, fu recensita da M. Kaser, *Actio ad exhibendum*, in Labeo 5, 1959, 218-226. Come rammentava lo stesso Marrone, *I miei percorsi*, cit., 732 (cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 22 s.), il tema della seconda monografia gli era stato indicato da Albanese, il quale lo seguì nel lavoro e, dopo l'improvvisa morte di Chiazzese nel dicembre del 1957 (su cui può vedersi M. Varvaro, *Lauro Chiazzese, lo studio delle interpolazioni e i confronti 'ritrovati'*, in TR 88, 2020, 617 s. e ivi nt. 62), si fece carico di guidare responsabilmente la scuola romanistica palermitana, diventando il suo secondo Maestro. Molti anni dopo Marrone tornò a occuparsi ancora dell'*actio ad exhibendum* in *Ritorno a D. 10.4.11.1 (Ulp. 24 ad ed.): a proposito di locus exhibitionis*, in MEP 9, 2006, 317-321, anche in *Scritti giuridici*, III, cit., 75-82. Sull'*actio ad exhibendum* v. nella più recente letteratura J.D. Harke, *Actio ad exhibendum. Vorlegungsklage im römischen Recht*, Berlin 2019.
- 41 M. Marrone, *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in AUPA 27, 1959 (sed 1960), 165-179, anche in *Studi in onore di Emilio Betti*, 3, Milano 1962, 397-410, e in *Scritti giuridici*, I, cit., 97-108; Id., *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»*, in Jus 11, 1960, 246-263, anche in *Scritti giuridici in onore di Giovanni Salemi*, Milano 1961, 121-145 e in *Scritti giuridici*, I, cit., 71-95.
- 42 La terna dei vincitori del concorso era formata, oltre che da Matteo Marrone, da Mario Talamanca, che fu chiamato all'Università di Cagliari, e da Luigi Amirante (1925-1944), chiamato all'Università di Ferrara (v. *Asterischi*, in Labeo 4, 1958, 373).
- 43 Con l'emanazione del r.d. n. 3434/1876 e del r.d. n. 3444/1885) che avevano modificato la cd. legge Casati (l. n. 3725/1859, emanata per il Regno di Sardegna nel 1859 e poi estesa al Regno d'Italia e, "con talune modificazioni", anche alla Sicilia in forza del provvedimento n. 263 del 17 ottobre 1860), si prevede che nelle facoltà giuridiche si insegnassero tre materie romanistiche: le Istituzioni di diritto romano, la Storia del diritto romano e le Pandette (o Diritto romano). La cattedra di Diritto romano fu tenuta da Marrone all'Università di Palermo fino al 1973, anno nel quale passò a insegnare le Istituzioni di diritto romano.
- 44 M. Marrone, *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo 1960. Il testo fu adottato già nell'anno accademico 1959-1960, come ricordato da Pietro Cerami (1938-2021), il quale seguì le "impareggiabili e stimolanti lezioni" di quel corso durante il terzo anno del suo percorso accademico nella facoltà giuridica dell'Ateneo palermitano (Cerami, *Matteo Marrone*, cit., 685).

senta – è stato osservato – una “mirabile sintesi (in appena duecento pagine)”<sup>45</sup> dello studio monografico pubblicato alcuni anni prima. Avendo di mira le “esigenze didattiche” di un corso destinato agli studenti, Marrone riscrisse il testo per intero, talora lo innovò “pure nella sostanza” e tenne conto della letteratura in precedenza non considerata.<sup>46</sup>

Questo corso di lezioni, come gli altri che seguirono e come il manuale di *Istituzioni di diritto romano*,<sup>47</sup> costituisce il frutto di un intreccio fecondo tra attività scientifica e attività didattica.<sup>48</sup> Pure in ciò si scorge l'appartenenza di Marrone alla scuola romanistica che fa capo a Riccobono e che, come rilevato da Raimondo Santoro, fra i suoi tanti meriti conta “quello di avere contrastato la tendenza, talora purtroppo affiorante, ad accontentarsi, nell'esperienza universitaria, di una didattica fine a sé stessa e non proiettata verso gli sviluppi della ricerca scientifica”.<sup>49</sup>

Ai temi di ricerca coltivati in quegli anni da Marrone sono collegati, oltre al corso monografico sull'effetto normativo della sentenza (che vide una seconda edizione nel 1965),<sup>50</sup> anche quelli dati alle stampe nel periodo immediatamente successivo.

Mentre il corso sulla *querela inofficiosi testamenti* pubblicato nel 1962,<sup>51</sup> come si è ricordato,<sup>52</sup> riprendeva un tema trattato in vari contributi a partire dal 1955,<sup>53</sup> infatti, gli *Appunti didattici in tema di usufrutto* apparsi nel 1961<sup>54</sup> ripropo-

45 Giuffrè, *Matteo Marrone*, cit., 17.

46 Come segnalava lo stesso Marrone nella prefazione del volume.

47 Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit. Le prime due edizioni del manuale sono state pubblicate nel 1989 e nel 1994.

48 In questo senso v. già Cerami, *Matteo Marrone*, cit., 687 s.

49 R. Santoro, *Presentazione del volume*, in M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli 2023, xii.

50 M. Marrone, *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo 1965<sup>2</sup>.

51 M. Marrone, *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di Diritto Romano)*, Palermo 1962. Il volume è stato ripubblicato a cura di Monica De Simone nella collana *History, Law & Legal History* con una nota di lettura, una nota bibliografica aggiornata e un indice delle fonti (*supra*, nt. 26).

52 *Supra*, § 2, nt. 26.

53 Sul punto v. De Simone, *Matteo Marrone e la querela inofficiosi testamenti*, cit., 7 ss.

54 M. Marrone, *Appunti didattici in tema di usufrutto*, Palermo 1961.

nevano in forma di lezioni destinate agli studenti le questioni affrontate nella monografia intitolata *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*,<sup>55</sup> scritta da Marrone per conseguire l'ordinariato.

In quest'ultima ricerca, gemmata da quella sull'*actio ad exhibendum*, Marrone sosteneva in dissenso con l'opinione dominante che nell'ambito della procedura formulare dell'età classica anche i cd. detentori potessero essere passivamente legittimati alla rivendica formulare.<sup>56</sup> Su tale presupposto, dunque, egli cominciò ad approfondire la questione concernente la posizione del nudo proprietario della *res fructuaria*.<sup>57</sup>

4. Dallo stesso filone d'indagine sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio*<sup>58</sup> fiorirono ulteriori ricerche su questo tema e, più in generale, sull'azione di rivendica *per formulam petitoriam*.<sup>59</sup>

- 55 M. Marrone, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in AUPA 28, 1961 (sed 1962), 3-172. Un riesame critico delle fonti permise a Marrone di concludere che fino a tutta l'età classica il nudo proprietario di un bene gravato da usufrutto ne aveva di regola il possesso diretto e non – come ritenuto dall'opinione fino ad allora dominante – un possesso mediato dall'usufruttuario, almeno per quanto riguardava beni immobili e schiavi oggetto di usufrutto. Con la *res fructuaria*, infatti, egli avrebbe mantenuto “continue e immediate relazioni materiali, avendo facoltà di interferire liberamente ed in ogni momento sul bene gravato da usufrutto” (*op. ult. cit.*, 5). I risultati di questa indagine sono riassunti dallo stesso Autore nel § 48 del corso sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. Marrone tornò a riflettere sul tema dell'usufrutto nella recensione del primo volume dello studio di Mario Bretone sulla nozione romana di usufrutto pubblicata in Iura 14, 1963, 252-256, e in *Scritti giuridici*, II, cit., 947-951.
- 56 Per un quadro dei problemi relativi alla legittimazione passiva all'azione di rivendica v., nella più recente letteratura, Chr. Baldus, *Herausgabeklage des Eigentümers (rei vindicatio)*, in U. Babusiaux et al. (a cura di), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, II, Tübingen 2023, 1573-1580, spec. 1575.
- 57 Marrone, *I miei percorsi*, cit., 732 (cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 23 s.).
- 58 Tale filone derivava da quello, “evidentemente contiguo”, della legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum*: M. Marrone, *I miei percorsi*, cit., 732; cfr. Id., *Ai miei maestri*, cit., 23, ma anche Talamanca, *Matteo Marrone*, cit., 719. Sulla legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum* può rinviarsi, nella più recente letteratura, a M. Pennitz, *Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien et al. 1991, 268 s.
- 59 M. Marrone, *La 'facultas restituendi' di D. 6. 1. 9 (Ulp. 16 ad edictum): brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, 3. *Diritto civile e diritto romano*, Padova 1970, 533-544, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 157-166; Id., *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 1,

Mentre alcuni di tali contributi erano ancora in corso di stampa, nel 1970 fu pubblicato il corso di Diritto romano specificamente dedicato alla questione dell'individuazione dei legittimati passivi alla rivendica nella procedura formulare di età classica, questione posta a partire dalla lettura di un passo del commentario all'editto del giurista classico Ulpiano riferito dai compilatori giustinianeî in D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*) e della cui autenticità formale e sostanziale si era dubitato.<sup>60</sup>

Il problema si poneva perché, come nelle formule delle altre azioni reali che appartenevano alla categoria delle cd. azioni arbitrarie,<sup>61</sup> anche in quella della rivendica il nome del convenuto non compariva nell'*intentio*, ma soltanto nella cd. clausola restitutoria. Tale clausola enunciava una condizione negativa della condanna che imponeva al giudice di assolvere il convenuto se costui, una volta accertata in capo all'attore la proprietà del bene oggetto della controversia, glielo avesse restituito su invito del giudice (*arbitrio* o *arbitratu iudicis*). A essere chiamato in giudizio con la rivendica, di conseguenza, poteva essere solo e soltanto un convenuto in grado di compiere la *restitutio* in favore dell'attore.

Il corso monografico sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio* è strutturato in due parti precedute dalle Premesse (§§ 1-9) e seguite dalle Conclusioni (§ 59). La Parte I ("Possessore, detentore e legittimazione passiva alla rivendica": §§ 10-54)

Milano 1972, 341-376, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 183-218; Id., *La rivendica contro i filifamilias*, in *Studi onore di Giuseppe Grosso*, 6, Torino 1974, 173-192, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 221-238; Id., *Dolo desinere possidere e alienatio iudicii mutandi causa facta*, in AUPA 36, 1976 (sed 1977), 367-411, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 251-295; Id., *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 6, Milano 1987, 179-210, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 351-382; Id., *La formula della rivendica: astratta o causale?*, in AUPA 46, 2000, 145-159, anche in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Brogginì*, Milano 2002, 229-244, e in *Scritti giuridici*, II, cit., 781-796; Id., *Su rivendica e azione negatoria di usufrutto. Contributo all'analisi di D. 39.6.42pr. (Papin. 13 resp.)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 5, Milano 2007, 209-223, anche in *Scritti giuridici*, III, cit., 83-94. I risultati di molti di questi studi sono sintetizzati efficacemente nella voce sulla rivendica destinata all'*Enciclopedia del diritto*, e realizzata su indicazione di Mario Talamanca (1928-2009): M. Marrone, *Rivendicazione (Diritto romano)*, in ED 41, Milano 1989, 1-29, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 385-413.

60 M. Marrone, *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, (Corso di Diritto Romano), Palermo 1970.

61 Per un quadro di tale categoria di azioni sia consentito il rinvio, nella letteratura più recente, a Varvaro, *Lineamenti*, cit., 173-179.

è suddivisa in tre capitoli. La Parte II ("*Dolo desinere possidere. Liti se offerre. Unus casus*": §§ 56-58) è molto più breve.

5. L'esegesi del testo riferito in D. 6.1.9 è preceduta, nelle prime pagine del corso, dalla definizione della rivendica come azione spettante al proprietario civile non possessore allo scopo di fargli conseguire la disponibilità materiale del bene oggetto della controversia.<sup>62</sup> Tracciatane rapidamente la storia a cominciare dall'antica *legis actio sacramenti in rem* e illustrata la rivendica attuata nelle forme dell'*agere in rem per sponsionem*, l'esposizione si concentra sulla rivendica formulare e ne illustra i meccanismi di funzionamento.

Si chiarisce inoltre che nella procedura formulare il giudice doveva emettere la sentenza di condanna o di assoluzione del convenuto tenendo conto degli "elementi, immediatamente o anche solo mediatamente, espressi nella formula" (§ 5).

Questa precisazione iniziale, ribadita anche in seguito (§ 13), è funzionale alla comprensione del seguito della trattazione. Al contempo, essa rappresenta il caposaldo della confutazione dell'idea (espressa da Siber<sup>63</sup> in una monografia dedicata al tema della legittimazione passiva alla *rei vindicatio*)<sup>64</sup> secondo cui nella procedura formulare il giudice avrebbe potuto giudicare anche in base a elementi estrinseci alla formula.

6. Nel primo capitolo della Parte I del corso si affronta l'esegesi del testo ulpiano riferito in D. 6.1.9 per escludere che il frammento potesse alludere all'attività del pretore o, comunque, alla fase *in iure* del giudizio. Nell'azione di rivendica, infatti, l'accertamento dei presupposti della legittimazione passiva rientrava fra i compiti del giudice (§ 13).

62 Analoga definizione ritorna in Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 323: "Lo strumento giudiziario fondamentale, più tipico e più antico, a difesa del *dominium ex iure Quiritium* era la *rei vindicatio*, o rivendica. Prototipo delle *actiones in rem*, o azioni reali, essa spettava al proprietario (quiritario) non possessore, era rivolta contro il possessore *non dominus* e tendeva a far conseguire al *dominus* il possesso".

63 Per un profilo di Heinrich Siber (1870-1951) v., per tutti, M. Avenarius, *Siber, Heinrich Bethmann*, in NDB 24, Berlin 2010, 303-305.

64 H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig 1907, su cui può vedersi la recensione di B. Kübler, in ZRG RA 29, 1908, 481-488.

Sulla scorta di questo presupposto si sviluppa la critica alla tesi di Siber muovendo dall'idea che dalla presenza della clausola restitutoria nella formula della rivendica si ricavò in via interpretativa l'esigenza che al convenuto potesse imputarsi la mancata restituzione del bene oggetto della controversia solo se egli si fosse trovato nelle condizioni di fatto e di diritto di *restituere*<sup>65</sup> (§ 14).<sup>66</sup> In questo senso deve intendersi la chiusa del testo ulpiano riferito in D. 6.1.9, da giudicarsi genuina nella sostanza.<sup>67</sup> Superando la più antica dottrina di Pegaso e di alcuni altri imprecisati giuristi (*quidam*) che limitavano la legittimazione passiva alla rivendica ai possessori considerati tali in sede di interdetti *uti possidetis* e *utrubi*,<sup>68</sup> infatti, in questo frammento Ulpiano affermava che potevano convenirsi coloro *qui rem tenent et habent restituendi facultatem*.

Pegaso<sup>69</sup> avrebbe formulato la sua teoria avendo di mira il caso della rivendica del terzo contro colui che possedesse *nomine alieno*. Poiché aveva la disponibilità materiale del bene, infatti, costui avrebbe potuto *restituere* sì al terzo dal punto di vista materiale, ma non anche dal punto di vista giuridico (§ 14).

Il proprietario di un bene non avrebbe potuto agire in rivendica contro quanti, pur detenendo il bene, non lo escludevano dal possesso diretto di esso, come l'usufruttuario di immobili e di schiavi, coloni, inquilini o *missi in possessionem*.<sup>70</sup>

65 Sul significato con cui intendere tecnicamente le nozioni di *restitutio* e *restituere* rilevanti nelle azioni arbitrarie v. Varvaro, *Lineamenti*, cit., 176 s.

66 Quest'opinione è stata seguita da Pennitz, *Der „Enteignungsfall“*, cit., 287.

67 Sulla questione della genuinità del testo riferito in D. 6.1.9 v. G. Provera, *Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 6, Torino 1974, spec. 207 s., ntt. 4-5.

68 Secondo M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz 1956<sup>2</sup>, 287 s., questa dottrina rifletterebbe un requisito che si andò profilando in seno all'*agere in rem per sponsonem*, sulla base della convinzione che "Interdiktsprozeß und Sponsionsverfahren gehören ... zunächst zusammen, indem der Prätor das letztere nur zuließ, wenn der erstere vorangegangen war".

69 Su questo oscuro giurista del I secolo d.C., che dopo avere governato alcune province fu *praefectus urbi* e successore a Proculo nella guida della scuola proculiana (D. 1.2.2.53, Pomp. *l. s. ench.*), v. nella letteratura più recente P. Buongiorno, *Materiali esegetici per una prosopografia dei giuristi romani*, Napoli 2020, 159-176.

70 Per Marrone, infatti, l'espressione '*rem tenere*' impiegata da Ulpiano alluderebbe alla situazione di chi teneva la cosa in modo esclusivo.

Nel prosieguo della trattazione si confuta la tesi secondo la quale i giuristi romani dell'età classica avrebbero negato la rivendica, per difetto di legittimazione passiva, contro il detentore *nomine actoris*, contro i possessori *ad interdicta* privi di *animus domini* (i cd. possessori anomali: creditori pignoratizi, sequestratari e precaristi)<sup>71</sup> e contro quanti, pur possessori con *animus domini*, fossero convenibili dall'attore con un'altra azione più propria o più adatta al caso di volta in volta considerato (§§ 20-21).

7. Nel secondo capitolo della Parte I le ragioni che avrebbero indotto Pegaso a formulare la sua dottrina in tema di legittimazione passiva alla rivendica sono individuate in esigenze di natura pratica. Quanto alla dottrina ulpiana, inoltre, si ritiene che l'interpretazione complessiva del testo riferito in D. 6.1.9 escluderebbe la possibilità di "riconoscere a qualsiasi detentore (di fronte ai terzi) la *facultas restituendi*". Si specifica peraltro che il termine '*facultas*' non indicherebbe "la mera disposizione della cosa", ma andrebbe inteso piuttosto nel senso "di una semplice capacità, possibilità o disponibilità materiali" (§§ 23-24).

Il prevalere dell'interpretazione di Ulpiano su quella che faceva capo a Pegaso e ai *quidam* ricordati nel testo di D. 6.1.9 si spiegherebbe con l'esigenza di superarne i limiti. Richiedere che legittimati passivi alla rivendica fossero quanti godessero della tutela interdittale, infatti, non poneva problemi nei casi in cui l'azione si dirigesse nei confronti dei possessori provvisti di *animus domini* (§ 25), ma escludeva la possibilità di agire in rivendica contro quanti, pur trovandosi in una relazione di fatto con la *res* oggetto della controversia, fossero sprovvisti di tale *animus* (§ 26).

Circoscritta la ricerca ai casi discussi nelle fonti e richiamando i risultati compiuti in altri studi,<sup>72</sup> Marrone analizza anzi tutto l'ipotesi della rivendica contro i *filii familias*. In un'epoca successiva a quella di Pegaso, infatti, l'avvenuto ri-

71 Sul punto v. *infra*, nel testo, § 8.

72 Marrone, *La rivendica contro i filii familias*, cit. Questo contributo era ancora in corso di stampa, e pertanto era stato citato rinviano ai paragrafi, nel momento in cui fu pubblicato il corso di lezioni sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio* nel 1970. Nell'edizione che adesso si ripubblica i rinvii ai paragrafi sono stati sostituiti con quelli alla paginazione definitiva.

conoscimento ai *filiis familias* della capacità di alienare validamente i beni del loro *peculium* e di quella di stare in giudizio *suo nomine* li avrebbe posti nelle condizioni di compiere la *restitutio* di tali beni (o di quelli “tenuti in conseguenza di eredità o legati”) e dunque, secondo la dottrina ulpiana, di essere convenuti in rivendica (§§ 27-29).

Altri casi considerati sono quelli in cui la rivendica si indirizzava contro il depositario che si fosse rifiutato di restituire al deponente la cosa depositata o avesse pattuito con il deponente la restituzione a un terzo, il quale avrebbe poi potuto agire contro di lui in rivendica (§§ 30-34); quella in cui fosse il deponente ad agire con la rivendica contro il depositario, perché riteneva tale azione più conveniente rispetto all'*actio depositi* (§ 35); e quella in cui si agisse in rivendica nei confronti del comodatario (§ 36).

8. Il passo in avanti compiuto da Ulpiano nel riconoscere la legittimazione passiva alla rivendica anche a coloro *qui rem tenent et habent restituendi facultatem* sarebbe comprensibile per Marrone anche alla luce dell'evoluzione di certi aspetti della dottrina del possesso avvenuta nel corso dell'età classica.

Con riferimento alla rivendica della *res locata* si precisa che l'impossibilità di intendere in modo unitario le nozioni di *locare* e di *conducere* impone di considerare in maniera distinta, alla luce delle testimonianze tramandate dalle fonti, la questione della legittimazione passiva alla rivendica delle varie figure di *conductores* (§ 37). I concessionari di *agri vectigales*, per esempio, erano riconosciuti possessori ai fini della tutela interdittale e avevano la *facultas restituendi*, sicché avrebbero potuto essere convenuti in giudizio con l'azione di rivendica tanto per la teoria di Pegaso (e dei *quidam*), quanto per quella di Ulpiano (§ 38). Coloni e inquilini, ai quali invece non era riconosciuto il possesso *ad interdicta*, non potevano essere convenuti in giudizio con l'azione di rivendica (§§ 39-42). In analoga situazione si sarebbe trovato anche il conduttore di uno schiavo, mentre la rivendica avrebbe potuto esperirsi contro il conduttore di beni mobili diversi dagli schiavi (§ 44).

Esaminate queste ipotesi, si passa a considerare quelle nelle quali la rivendica riguardava beni che fossero oggetto

di una *missio in possessionem*, anche quando il *missus* non avesse il possesso *ad interdicta*, come nel caso della *missio damni infecti nomine* cd. *ex secundo decreto*. In particolare, si esclude che in tali casi – di norma – la rivendica potesse esercitarsi contro costoro da parte di un terzo, mentre la controparte del *missus* avrebbe potuto servirsi della rivendica nei casi in cui quest'ultimo “fosse andato oltre i poteri a lui spettanti in quanto tale” (§§ 45-47).

Richiamati i risultati prospettati nella monografia dedicata alla posizione possessoria del nudo proprietario,<sup>73</sup> Marrone si occupa quindi della questione della legittimazione passiva alla rivendica di beni che fossero (o si affermava essere) oggetto di usufrutto. Contro l'usufruttuario di beni immobili o di schiavi il nudo proprietario doveva agire con l'*actio negatoria usus fructus* (a meno che l'usufruttuario avesse detenuto da solo la *res fructuaria*), mentre contro l'usufruttuario di beni mobili diversi dagli schiavi (di cui l'usufruttuario aveva la detenzione esclusiva) egli avrebbe potuto agire con l'azione di rivendica. Il terzo che avesse voluto rivendicare un immobile o uno schiavo gravato da usufrutto, in ogni caso, avrebbe dovuto agire contro il nudo proprietario (§§ 48-52).

L'ultimo gruppo di casi esaminato nella prima parte della trattazione riguarda i possessori che la storiografia considerava ‘anomali’ in quanto privi di *animus domini*.<sup>74</sup> Proprio tale nozione, tuttavia, è criticata da Marrone.<sup>75</sup> Facendo leva sulla mancanza di una concezione unitaria del possesso nel diritto romano dell'età classica,<sup>76</sup> infatti, egli nota che l'*animus domini* era un elemento rilevante ai fini dell'usucapione, ma non della tutela interdittale. D'altra parte, la teoria che in tema di possesso distingueva l'*animus* dal *corpus*, elaborata non prima del I secolo d.C. per fronteggiare situazioni nuove o controverse, non modificò il novero delle figure di possessori *ad interdicta* già individuate in precedenza. Creditori pignorati,

73 *Supra*, § 3, nt. 55.

74 Com'è noto, l'idea di un possesso ‘anomalo’ risale alla teorizzazione di F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Wien 1865<sup>7</sup>, 131 s. (il quale, in realtà, parlava di quattro casi: “Erbpacht und Faustpfand immer, Precarium und Sequestration zuweilen”).

75 Sul punto v. *infra*, § 10 e nt. 85.

76 Sul punto v. *infra*, § 10 e nt. 84.

sequestratari e precaristi, dunque, continuarono per tutta l'età classica a godere della tutela interdittale anche se privi dell'*animus domini* (§ 53) e di conseguenza erano passivamente legittimati alla *rei vindicatio* anche quando tale azione fosse stata esperita dai rispettivi danti causa (§§ 54-55).

9. La Parte II del corso, articolata in tre paragrafi, affronta la questione della legittimazione passiva alla rivendica di colui che *dolo desiit possidere*, ossia di colui che avesse perso dolosamente il possesso del bene oggetto della controversia prima della *litis contestatio* (§ 56); quella di colui che (*dolo*) *liti se optulit*, ossia di colui che, pur non essendo possessore, avesse accettato di assumere la *defensio* del bene oggetto della rivendica allo scopo di “distogliere l'attore dall'esperimento dell'azione contro l'effettivo possessore” (§ 57);<sup>77</sup> e infine quella dell'individuazione dell'*unus casus* cui si allude nelle Istituzioni di Giustiniano, ossia il solo caso nel quale il possessore avrebbe potuto sostenere la lite di rivendica nel ruolo di attore contro il non possessore (§°58). Muovendo ancora una volta dal presupposto che in età classica mancava una concezione unitaria del possesso, raggiunta soltanto in età giustiniana, si prospetta l'ipotesi che l'*unus casus* menzionato in l. 4.6.2, nell'ottica giustiniana, fosse quello del possessore *ad interdicta* o *ad usucapionem* che agisse in rivendica contro il non possessore, e in particolare quello, riferito in D. 7.9.12 (Ulp. 18 *ad Sab.*), in cui il nudo proprietario esperisse tale azione contro l'usufruttuario (§ 58).

10. Il terreno di indagine esplorato da Marrone nel volume sulla legittimazione passiva alla rivendica ha consentito di mettere in luce come il *iudex* della procedura formulare fosse vincolato ai termini espressi nella formula e dovesse interpretarli, restrittivamente o estensivamente, sapendo di potere contare sul valido aiuto dei giuristi e, all'occorrenza, dando per sottintese nella formula determinate condizioni richieste dalla presenza in essa di certi elementi.

Questo risultato, richiamato anche nel manuale di *Istituzioni* (con un esempio che riguarda proprio la formula della

<sup>77</sup> Su tali due questioni v., in sintesi, Marrone, *Istituzioni*<sup>2</sup>, cit., 327, nt. 108.

rivendica),<sup>78</sup> permette di comprendere a fondo e in termini tecnici il funzionamento della procedura formulare.<sup>79</sup>

Nel manuale – come pure nella voce sulla rivendica redatta per l'*Enciclopedia del diritto*<sup>80</sup> – sono confluiti non soltanto gli esiti della ricerca riguardanti in modo specifico il regime della rivendica formulare,<sup>81</sup> ma anche – con lievi modifiche o precisazioni – alcune definizioni, come quella di onere<sup>82</sup> o quella del contratto di deposito.<sup>83</sup>

A leggere con attenzione il corso di lezioni dedicato da Marrone alla legittimazione passiva alla *rei vindicatio* si trovano ulteriori punti di contatto con le sue *Istituzioni*, come per esempio l'idea che nel diritto privato romano

78 Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 79: “quel che più importa sottolineare è che il giudice era rigorosamente vincolato ai termini della *formula*. Questa lo invitava, una volta verificate certe condizioni, a condannare il convenuto; ad assolverlo, se quelle condizioni non ricorrevano (più spesso ... secondo lo schema *'si paret ... condemnato, si non paret absoluito'*). Il giudice avrebbe potuto e dovuto condannare il convenuto, pertanto, sol che avesse verificato, e sempreché avesse verificato – con riferimento, di norma, al tempo della *litis contestatio* –, l'esistenza degli elementi che nella *formula* erano condizioni della condanna. Diversamente avrebbe dovuto assolvere. Certo i termini della formula andavano interpretati; e taluni diedero luogo, sotto questo profilo, a complessi problemi (ad es., il *restituere* della clausola restitutiva della *rei vindicatio* ...) ... Ma ciò non toglie che in ogni caso il giudice dovesse seguire i binari, quali che fossero, fissati dalla *formula*”.

79 Sul punto v. anche quanto osservato in M. Varvaro, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in G. D'Angelo, M. De Simone, M. Varvaro (a cura di), *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, Torino 2019, 289 s.

80 V. *supra*, § 4, nt. 59, *in fine*.

81 Gli aspetti della legittimazione passiva alla rivendica formulare sono sintetizzati in Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 326 s.

82 La definizione di onere fornita in Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 19, come “il sacrificio che il diritto oggettivo addossa a un soggetto affinché possa conseguire un risultato utile o evitare un pregiudizio”, infatti, appare più precisa di quella, fornita nel § 24 del corso sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, come “necessità di compiere qualcosa per conseguire un certo risultato o per evitare un danno”.

83 Anche la definizione del deposito fornita in Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 440, come “contratto reale bilaterale imperfetto per cui una parte, il deponente, consegna all'altra, il depositario, una o più cose mobili sì che questa le custodisca gratuitamente e le restituisca a semplice richiesta” è per certi versi più completa e più rigorosa di quella fornita nel § 30 del corso sulla legittimazione passiva alla rivendica, in cui esso è definito come “un contratto reale per il quale un soggetto, detto deponente, consegnava una cosa mobile all'altra parte, detta depositario, la quale si impegnava a custodirla gratuitamente e a restituirla a richiesta”.

mancava una teoria unitaria del possesso,<sup>84</sup> o la puntualizzazione che l'*animus possidendi* non coincideva con l'*animus domini*,<sup>85</sup> utile a superare la concettualizzazione dei cd. possessori anomali.<sup>86</sup>

Per i contenuti e per l'impostazione dell'indagine, inoltre, il corso sulla legittimazione passiva alla rivendica conferma l'utilità di quell'approccio allo studio del diritto privato romano che, nel percorso scientifico e nell'attività didattica di Marrone, assume la prospettiva processuale come perno intorno a quale fare ruotare l'intero sistema del diritto privato romano.<sup>87</sup> Non a caso, infatti, le sue *Istituzioni* rompono con la tradizione della manualistica precedente e pongono in testa all'intera trattazione la materia delle *actiones*, seguendo uno schema espositivo che, come quello delle lezioni di *Istituzioni di diritto romano* impartite all'Università di Palermo, cominciava proprio dal processo. Tale scelta è giustificata *expressis verbis* con "l'imprescindibilità dello studio del processo per la comprensione del diritto privato", soprattutto del processo formulare, in quanto

i giuristi romani erano soliti porsi più spesso dal punto di vista del processo che da quello del diritto sostanziale; più spesso dal punto di vista dell'*actio* che da quello del diritto soggettivo. Non è quindi un caso – e tanto meno indice di litigiosità dei Romani – il fatto che, in luogo di dire, ad esempio, che Tizio in determinate circostanze diveniva creditore, si preferisse ge-

84 Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 384: "mai nel diritto romano si pervenne a rappresentare in modo unitario, se non per certi aspetti soltanto, la dottrina del possesso".

85 Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 393: "Quanto in particolare all'*animus possidendi*, è necessario rilevare che esso, pure se il più delle volte corrispondente all'intenzione di tenere la cosa come propria (*uti dominus*), non fu tuttavia di per sé concepito come *animus domini*. Il concetto di *animus possidendi* era più ampio ... l'*animus possidendi* non mancava ai creditori pignoratizi, ai sequestratari, ai precaristi, ai *possessores* di *agri publici* (tutti soggetti i quali evidentemente non tenevano il bene *uti domini*)".

86 Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 394: "Oggi ... si conviene, da parte dei più, nel senso che l'*animus possidendi* delle fonti romane non fosse in sé e per sé *animus domini*. L'*animus domini* rilevava ai fini dell'usucapione, ma creditori pignoratizi, sequestratari e precaristi non possedevano *ad usucapionem*. Essi possedevano *ad interdicta*; ma per la tutela interdittale l'*animus domini* non era richiesto: era richiesto l'*animus possidendi*".

87 Talamanca, *Matteo Marrone*, cit., 714.

neralmente dire che a Tizio, in quelle circostanze, era dato di esercitare un'azione *in personam* (ché le azioni *in personam* erano appunto a tutela dei crediti).<sup>88</sup>

L'approccio processualistico di Marrone si apprezza per il suo equilibrio e perché mai cade in quelle esasperazioni o banalizzazioni che inducono talora a discorrere del cd. *aktio-nenrechtliches Denken*<sup>89</sup> senza avere contezza di tutte le sue implicazioni.

La sua indagine si rivela equilibrata anche nell'impiego della critica testuale che consente di determinare l'individuazione, nel corso dell'età classica, della cerchia dei legittimati passivi alla *rei vindicatio*. Alle letture demolitorie, frutto degli eccessi dell'interpolazionismo, egli sostituisce un esame delle fonti che mira a compiere una diagnosi di alterazione solo se adeguatamente sorretta da ragioni sostanziali e, facendo propria la lezione del Chiazzese dei *Confronti testuali*,<sup>90</sup> ricorda che il metodo dei confronti testuali è "il più sicuro nella ricerca delle interpolazioni" (§ 56). Anche a distanza di anni, del resto, egli avrebbe sottolineato l'importanza della critica testuale coltivata nella scuola di Riccobono e Chiazzese, i quali avrebbero condannato "con fermezza l'andazzo ormai imperante di dare per scontata la genuinità, anche formale, di ogni passo delle Pandette senza neanche tentarne l'analisi".<sup>91</sup>

Il corso monografico dedicato da Marrone alla legittimazione passiva all'azione di rivendica, in conclusione, si rive-

88 Marrone, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 59.

89 Sul punto v. Varvaro, *Lineamenti*, cit., 5, nt. 9.

90 L. Chiazzese, *Confronti Testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte generale*, in AUPA 16, 1931 (sed 1933), 3-554 (estr. Cortona 1931, sed 1933), su cui può vedersi la recensione di B. Kübler, in ZRG RA 55, 1935, 443-449. Questo lavoro costituisce lo sviluppo della sua tesi di laurea sul tema (suggerito da Riccobono) *Le interpolazioni risultanti da confronto testuale: v. Varvaro, Riccobono e la critica interpolazionistica*, cit., 51.

91 Marrone, *I miei percorsi*, cit., 731 (riferito per la parte che interessa *supra*, § 2, nt. 28). Su tale condivisibile posizione mi permetto di rinviare a quanto ho avuto modo di osservare in M. Varvaro, *D. 43.1.5 (Paul. 13 ad Sab.) e gli interdicta noxalia*, in M. Varvaro, M. De Simone (a cura di), *Scritti con Raimondo Santoro*, 3, Palermo 2024, 889. Per una considerazione in chiave critica dell'atteggiamento di 'furore genuinista' attualmente imperante nella romanistica sono sempre utili le pagine di F. Zuccotti, *Diabolus interpolator. Per un ritorno della romanistica a una reale esegesi critica del testo*, in LR 2, 2013, 141-190.

la ancora oggi un campo di ricerca ideale per mostrare agli studenti e agli altri lettori non solo come lo studio storico del diritto debba fondarsi sull'esame critico delle fonti, ma anche il modo in cui il sistema del diritto privato romano si andò sviluppando grazie all'incessante opera interpretativa della giurisprudenza e mostra il valore che lo studio del diritto romano può avere ancora oggi nella formazione dei giuristi.<sup>92</sup>

92 A tale proposito M. Marrone, *In difesa della sincronia*, in *Index* 18, 1990, 24, anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 422, notava che: "il diritto romano, a parte l'opera del pretore, ... più che un complesso di leggi, di norme autoritarie, fu soprattutto, e per un lungo periodo della sua evoluzione, un diritto giurisprudenziale, un diritto 'colto'; i giovani, e non più giovani, devono 'capire' che furono i giuristi, insieme col pretore, a costruire quel diritto e a consentirne l'adeguamento alle esigenze che si andavano prospettando; con l'adozione peraltro di un metodo ... la cui conoscenza non può che essere altamente formativa per il giurista 'tout court', per il giurista senza aggettivazioni".

## PREMESSE

### 1. La rivendica, in generale. La cd. natura 'petitoria' della rivendica

Oggetto di questo 'corso' è la legittimazione passiva alla rivendica nel processo formulare romano dell'età classica. Sono note la natura e la funzione della rivendica (*rei vindicatio*): si tratta d'un'azione reale (*actio in rem*), anzi dell'azione reale per eccellenza. La rivendica è il mezzo giudiziario di maggiore rilievo a difesa della proprietà. Delle diverse specie di proprietà riconosciute dal diritto romano, essa tutela il *dominium ex iure Quiritium*. Ma a tutela del *dominium ex iure Quiritium* si danno anche, con funzioni diverse, altri rimedi, quali l'*actio negativa* o *negatoria*, l'*operis novi nunciatio*, l'*actio aquae pluviae arcendae*. Bisogna pertanto ulteriormente precisare che, in virtù della rivendica, il *dominus ex iure Quiritium* di una *res* il quale non ne abbia la disponibilità materiale tende a conseguire tale disponibilità da colui il quale, senza essere *dominus* della *res* in questione, la tenga tuttavia presso di sé; onde il dovere del convenuto – dovere diversamente sanzionato a seconda delle diverse epoche storiche e delle diverse forme di processo – di restituire al *dominus* attore il bene rivendicato.

In quest'ultima proposizione mi sono volutamente espresso in termini generici e approssimativi, per non impegnarmi sin da ora in problemi di legittimazione. Ma da essi, dicendo in generale della funzione della rivendica, non si può prescindere del tutto. Sarà utile pertanto ricordare sin da ora, per un primo necessario orientamento, quanto in ordine alla legittimazione alla *rei vindicatio* si ripete tradizionalmente, che cioè tale azione spetta fundamentalmente al *dominus* non possessore contro il possessore *non dominus*.

Con una espressione che non ha riscontro letterale nelle fonti romane, ma che corrisponde alla sostanza di esse, si suole dire che la rivendica è un mezzo petitorio,<sup>1</sup> in tal modo intendendo esprimere l'idea per la quale, in sede di rivendica, viene

1 Diverso è il concetto espresso con la frase che è nelle fonti: *agere per formulam petitoriam*. L'*agere per formulam petitoriam* è contrapposto all'*agere per sponsionem*. Su ciò, *infra*, § 4 e ivi nt. 11.

in considerazione il diritto di proprietà (*dominium ex iure Quiritium*). Da ciò la conseguenza che il soggetto sul quale incombe il relativo onere deve fornire la prova di essere proprietario della *res* di cui si tratta; prova, questa, meno facile di quanto non appaia a prima vista (gli interpreti del diritto intermedio parlarono, al riguardo, di *probatio diabolica*).<sup>2</sup> All'uopo, infatti, non basta dimostrare di avere acquistato da un terzo la *res* in virtù di uno dei cd. modi di acquisto derivativi (ad esempio, *mancipatio*, *in iure cessio*, legato). La ragione di ciò è di per sé evidente: il terzo dante causa avrebbe potuto non essere egli stesso proprietario; nel qual caso non avrebbe trasmesso all'acquirente quel diritto di proprietà che non aveva (*nemo plus ad alium transferre potest, quam ipse habet*).

Ai fini della prova del diritto di proprietà bisogna pertanto addurre un titolo di acquisto originario (ad esempio, *occupatio*). In pratica, specie per gli immobili e, in genere, per le *res mancipi*, si invoca per lo più l'usucapione: il soggetto gravato dall'*onus probandi* proverà cioè di avere posseduto la cosa per un tempo e in maniera tale che, pure se non fosse stato proprietario, lo sarebbe comunque divenuto per usucapione (sino a tutta l'età classica il *tempus usucapionis* era relativamente breve: due anni per gli immobili, un anno per le *ceterae res*). Ché, se il *tempus usucapionis* non si è maturato in capo al soggetto che deve dare la prova, costui potrà dimostrare l'avvenuta usucapione (o in ogni caso un modo di acquisto originario) in capo al proprio dante causa e, all'occorrenza, in capo al dante causa del dante causa, e così via. Almeno nel caso di successione universale era possibile sommare la durata del possesso *ad usucapionem* di un soggetto con la durata del possesso dei suoi successori (cd. *successio possessionis*): sarebbe stato così più agevole raggiungere la prova dell'avvenuta usucapione, e pertanto della acquistata proprietà.

Ai rimedi petitori (oltre alla rivendica ricordo, ad esempio, la *vindicatio ususfructus*, la *vindicatio servitutis*: quando si parla di mezzi petitori si fa riferimento solo ad azioni *in rem*; la terminologia non si estende alle azioni *in personam*, sebbene pure in esse possa farsi questione di un diritto) ai rimedi petitori – si diceva – si contrappongono i rimedi giudiziari possessori. A differenza dei primi, nei quali viene in considerazione il diritto (il diritto di proprietà nella rivendica, il diritto di usufrutto nella *vin-*

2 Ma v. H. Kiefner, *Klassizität der probatio diabolica?*, in ZRG RA 81, 1964, 212 ss.

*dicatio ususfructus*, etc.; in ogni caso, come precisato, un diritto reale), nei cd. mezzi possessori viene in considerazione lo stato di fatto: sicché il soggetto su cui grava il relativo onere dovrà provare molto meno che nei cd. rimedi petitori, dovrà provare cioè soltanto di avere esercitato un diritto, di essersi comportato come titolare di esso; e ciò indipendentemente dalla circostanza di essere effettivamente titolare del diritto medesimo. È noto che, nel nostro ordinamento positivo, sono mezzi possessori soprattutto l'azione di reintegrazione e l'azione di manutenzione, cui corrispondono grosso modo, per diritto romano, gli *interdicta unde vi, uti possidetis e utrubi*.

## 2. La rivendica nella *legis actio sacramenti in rem*

Si è detto che la rivendica è un'azione reale. Aggiungo ora che essa fu, cronologicamente, la prima delle azioni reali, sulla quale tutte le altre, successivamente riconosciute quali azioni autonome, si modellarono. Nella più antica forma processuale romana – quella delle *legis actiones* – il *modus agendi* della rivendica è la *legis actio sacramenti in rem*. Essa è divisa in due fasi: *in iure*, dinanzi al magistrato (in epoca storica, il *praetor*) e *apud iudicem*, dinanzi ad un *iudex* privato cittadino.

Il rito *in iure* della *legis actio sacramenti in rem* ci è noto soprattutto per la descrizione che ne fanno le Istituzioni di Gaio (4.16-17). Dinanzi al pretore la parte che ha preso l'iniziativa della lite afferra la cosa in contestazione (o un suo simbolo) e pronunzia la formula vindicatoria, afferma cioè che la cosa stessa (secondo l'esempio gaiano, uno schiavo) gli appartiene: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*.<sup>3</sup> Indi tocca la cosa con una *festuca*. L'avversario, a sua volta, anch'egli tenendo la *res*, fa la medesima affermazione (di appartenenza) e compie lo stesso gesto (*impositio festucae*).

A questo punto interviene il pretore pronunziando le parole: *mittite ambo hominem*. I litiganti lasciano la cosa, dicono alcune altre formule solenni e si provocano al *sacramentum*: ciascuno promette cioè di pagare all'erario, in caso di soccombenza, cinquanta o cinquecento assi a seconda che il valore della lite

3 La formula vindicatoria, per vero, continua: *secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*. Il significato, assai discusso, di queste parole non interessa ai nostri fini.

sia inferiore o superiore a mille assi. L'intervento di *praedes sacramenti* garantirà l'impegno assunto in tal senso.

Indi il pretore assegna ad una delle parti il possesso provvisorio della cosa, previa prestazione, da parte dell'assegnatario, di garanti; nella specie, di *praedes litis et vindiciarum*.

Nominato il *iudex*, si passava alla seconda fase del procedimento: *apud iudicem*.

Si è visto che in *iure* alla *vindicatio* di una parte segue la *contravindicatio* dell'altra: i due litiganti sono sullo stesso piano. È questa la ragione per la quale si preferisce non indicarli rispettivamente come attore e convenuto. Non v'è uno che afferma e l'altro che nega, ma ambedue affermano che la *res* in contestazione gli appartiene. Da questo rilievo – che viene comunemente espresso dicendo che la *legis actio sacramenti in rem* ha struttura bilaterale – consegue che ciascuna delle parti deve poi provare, *apud iudicem* quanto ha affermato *in iure*, e cioè il *dominium ex iure Quiritium* sul bene rivendicato (*rem meam esse ex iure Quiritium*). In altri termini, l'onere della prova grava soltanto su chi ha preso l'iniziativa della lite, ma anche sull'avversario che è stato tratto in giudizio.

Vagliate liberamente le prove, il *iudex* dovrà infine pronunziarsi direttamente sul punto *utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit*, sì che solo indirettamente deciderà il merito della lite.

### 3. La rivendica e l'agere per sponsionem

Il rilevato carattere bilaterale, peculiare della *legis actio sacramenti in rem*, viene meno nell'*agere per sponsionem*, procedimento che, intorno alla fine del III sec.-inizio del II sec. a.C.,<sup>4</sup> si affianca alla forma più antica senza tuttavia soppiantarla. Si tratta di un espediente processuale creato appunto – secondo quanto si ritiene dai più – per ovviare alle conseguenze della bilateralità della *legis actio sacramenti in rem*, ed impiegato soprattutto per l'esercizio della rivendica. Il rito relativo prevede che *in iure* tra le parti – adesso nettamente differenziate nei loro ruoli processuali rispettivamente di attore e di convenuto – abbiano luogo due *sponsiones*: la *sponsio praeiudicialis* e la *sponsio pro praede litis et vindiciarum* (Gai 4.93-94). Nella prima l'attore si rivolge all'avversario con

4 Cfr. M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966, 77, nt. 77.

le parole: *si res qua de agitur ex iure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes?* Il convenuto risponde *spondeo*, in tal modo obbligandosi a pagare 25 sesterzi all'attore, a condizione che questi sia effettivamente proprietario.

Dopo la *sponsio praeiudicialis*, tra le parti ha luogo la *sponsio pro praede litis et vindiciarum* (così detta perché tiene il ruolo che, nella *legis actio sacramenti in rem*, hanno i *praedes litis et vindiciarum*). Pure essa viene prestata dal convenuto, il quale, rispondendo *spondeo* alla relativa domanda dell'attore, si obbliga a restituire la cosa in suo potere per il caso che l'attore vinca la lite in ordine alla *sponsio praeiudicialis*.

Prescindiamo da questa seconda *sponsio* (che ha sostanzialmente funzione esecutiva: non di accertamento), e consideriamo la situazione quale si determina in virtù della *sponsio praeiudicialis*: per essa, il convenuto assume una comune obbligazione *ex sponsione*, avente ad oggetto 25 sesterzi, obbligazione sanzionata pertanto da un'*actio in personam*: la *actio ex sponsione* (prototipo dell'*actio ex stipulatu*, così come la *sponsio* è il prototipo della *stipulatio*), e subordinata alla condizione che la *res qua de agitur* appartenga effettivamente all'attore. Ora, ciò che in effetti importa nella *sponsio praeiudicialis* non sono tanto i 25 sesterzi (i quali in epoca storica neanche verranno più esatti),<sup>5</sup> quanto l'appartenenza della *res*. Il convenuto promette i 25 sesterzi solo per dare modo al *iudex* dell'*actio ex sponsione* di stabilire se effettivamente il bene rivendicato sia dell'attore. Sicché a venire in discussione, nell'*actio ex sponsione praeiudiciali*, è la questione circa l'appartenenza della cosa all'attore, non anche (come nella *legis actio sacramenti in rem*) quella opposta circa l'appartenenza della cosa al convenuto: sarà pertanto solo l'attore a dovere provare, dinanzi al *iudex* della *actio ex sponsione*, di essere *dominus ex iure Quiritium*.<sup>6</sup> Al convenuto basterà contestare l'affermazione avversaria, senza dovere a sua volta fornire la prova di essere lui il proprietario.

Sembra doversi ritenere che dapprima la forma processuale da adottare per l'*actio ex sponsione praeiudiciali* – azione cui si dava luogo subito dopo la prestazione delle due *sponsiones* – fosse la *legis actio per iudicis arbitrive po-*

5 Gai 4.94: *Non tamen haec summa sponsionis exigitur. Non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur.*

6 Gai 4.93: *... ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

*stulationem* o anche la *legis actio sacramenti in personam*.<sup>7</sup> Peraltro, quel che è sicuramente attestato (da Gaio) – e che si crede corrisponda allo stato di diritto di un'epoca meno risalente – è l'impiego, per l'esercizio dell'*actio ex sponsione praeiudiciali*, del processo formulare, mediante l'adozione di una formula, nella cui *intentio* si deduce l'obbligazione del convenuto di pagare la *summa sponsionis*.<sup>8</sup>

Ecco pertanto che, nell'agere *per sponsionem*, quella che è una pretesa reale (*dominium ex iure Quiritium*, espresso nel *rem meam esse*) si realizza attraverso l'esercizio di un'*actio in personam*: l'*actio ex sponsione praeiudiciali* (ed eventualmente, in caso di mancata restituzione spontanea del convenuto che soccomba di fronte a questa azione, mediante l'esercizio di una seconda azione *in personam*: quella *ex sponsione pro praede litis et vindiciarum*).

#### **4. La rivendica nel processo per formulas. La fase in iure. La formula**

Con le *leges Iuliae iudicariae* – che Augusto propose per l'approvazione ai comizi – furono abrogate le *legis actiones*.<sup>9</sup> Pertanto neanche per la rivendica si adottò più la *legis actio sacramenti in rem*. Per essa rimase possibile il ricorso all'*agere per sponsionem*, con l'impiego però per l'esperimento delle azioni *ex sponsione (praeiudiciali e pro praede litis et vindiciarum)*, del processo formulare (*modus agendi*, quest'ultimo, com'è noto, diffuso tra i *cives romani* almeno a partire dalla *lex Aebutia* – della metà del II sec. a.C.; sino alle *leges Iuliae iudicariae* coesistente con le *legis actiones* e considerato, dopo la soppressione di queste, il procedimento ordinario per le controversie in materia di diritto privato).

Ma se, nell'ambito del processo formulare, per le liti di rivendica si dava la possibilità di fare ricorso all'*agere per sponsionem*, non fu questa la forma processuale di più larga diffusione.

7 Cfr. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 77.

8 Gai 4.93: ... *deinde* – cioè dopo la prestazione della *sponsio – formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse*.

9 Si fece eccezione per la *legis actio damni infecti* e per le liti centumvirali: Gai 4.31.

All'*agere per sponsionem* si affiancò presto l'*agere per formulam petitoriam*. Le prime notizie relative risalgono all'ultima età repubblicana.<sup>10</sup> L'*agere per formulam petitoriam* fu adottato per qualche tempo in concorso con l'*agere per sponsionem*;<sup>11</sup> ma essendo più agile, più diretto, più rispondente in rapporto allo scopo e alla natura della rivendica, nell'uso finì per prevalere decisamente sull'*agere per sponsionem*. Sicché, quando si parla, senza alcuna specificazione, di esercizio della rivendica durante l'età classica e secondo la procedura formulare, è alla formula petitoria che si pensa, non all'*agere per sponsionem*. Ciò del resto è giustificato dal rilievo per cui i giuristi romani dell'età classica – le cui opere, nei loro aspetti processuali, si presumono, salvo prova in contrario, relative al processo formulare<sup>12</sup> – quando discorrevano di rivendica, solitamente facevano riferimento appunto alla rivendica esperita *per formulam petitoriam*.

Anche il processo formulare – com'è notissimo – era diviso in due fasi: *in iure* e *apud iudicem*. *In iure*, dinanzi al magistrato (pretore), una volta che le parti avessero esposto liberamente le proprie ragioni, poteva accadere che al pretore la pretesa di parte attrice apparisse manifestamente infondata; oppure che il pretore per un qualche motivo ritenesse il perseguimento di essa – a prescindere dalla fondatezza o meno – evidentemente inopportuno o iniquo. In tali casi il magistrato avrebbe denegato l'azione (*denegatio actionis*), così bloccando il processo sul nascere; all'attore non rimaneva che abbandonare la lite oppure, se del caso, tentare un'azione diversa.

Ché, se il pretore procedeva alla *datio actionis* in ordine all'azione chiesta dall'attore e proponeva pertanto la relativa formula (eventualmente modificata – come si vedrà – per l'inclusione di *exceptiones*), sul tenore di essa formula attore e convenuto dovevano essere d'accordo. Il fascio di volontà delle parti e del pretore sulla formula concreta costituiva la *litis contestatio*.<sup>13</sup> Essa era il vero e proprio atto istitutivo

10 Basta citare qui, per tutti: Cic. *in Verrem* II, 2.12.31.

11 Gai 4.91.

12 Cfr. M. Marrone, *Rec. a Kaser M., Das Römische Zivilprozeßrecht*, in Iura 19, 1968, 125 (= *Scritti giuridici*, II, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, 980).

13 Sui problemi relativi, assai discussi, v. tra gli ultimi: Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 215 ss.; Id., *Zum Formproblem der litis contestatio*, in

del processo formulare, in difetto del quale mai sarebbe stata possibile alcuna pronunzia giudiziale in ordine al diritto vantato dall'attore.

La formula – come si sa – era un documento scritto nel quale, sotto forma di un invito al *iudex* di condannare o assolvere il convenuto a seconda che ricorressero o no determinate circostanze, erano sintetizzati i termini giuridici della controversia.

Ma prima ancora dell'invito al *iudex*, la formula concreta conteneva la nomina e assieme l'indicazione della persona del *iudex* che avrebbe dovuto emanare la sentenza ed al quale la formula stessa era rivolta (sotto forma di invito a condannare o assolvere). Il *iudex* non apparteneva, come invece il magistrato, all'organizzazione statale, ma era un privato cittadino, nominato sì dal magistrato, ma scelto di comune accordo dalle parti tra le persone comprese in determinate liste.

La formula della *rei vindicatio* (nel procedimento *per formulam petitoriam*) era la seguente: *Titius iudex esto. Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret absolvito.*<sup>14</sup>

Come si vede, alla *iudicis nominatio* (*Titius iudex esto*) segue l'*intentio* (*si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse*), nella quale si invita il giudice ad accertare se il bene in contestazione sia effettivamente in proprietà (*dominium ex iure Quiritium*) dell'attore (Aulo Agerio). Il periodo ipotetico, iniziato con *si paret*, si chiude con la *condemnatio* (*quanti ea res est, tantam pecuniam ... condemnato*): per essa al *iudex*, una volta verificata l'*intentio*, è fatto obbligo di condannare il convenuto (Numerio Negidio) al pagamento in favore dell'attore (Aulo Agerio) di una somma di denaro corrispondente al valore del bene rivendicato (la condanna è pecuniaria, secondo quella che è una regola peculiare del processo formulare). Peraltro, la condanna (pecuniaria) del convenuto è subordinata non solo alla verifica dell'*intentio* (*si*

ZRG RA 84, 1967, 1 ss.; A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968.

14 Cfr. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927<sup>3</sup>, 185 s.

*paret rem actoris esse*), ma anche alla mancata restituzione della cosa dal convenuto all'attore, su invito del *iudex* (*arbitrio iudicis*): ciò è espresso nella clausola restitutoria (detta anche clausola arbitraria), presente nella formula della *rei vindicatio* e posta, come si può agevolmente osservare, tra l'*intentio* e la *condemnatio* (*neque ea res ... restituetur*).

In difetto di una sola delle dette condizioni – e cioè non appartenendo la cosa all'attore oppure avendogliela il convenuto restituita in ottemperanza al relativo invito del *iudex* – il dovere del giudice è di assolvere il convenuto (*si non paret absolvito*).

Torneremo sulla portata dei termini della formula di cui si tratta a proposito della fase *apud iudicem*. Per ora preme osservare che nella formula della rivendica – come del resto, in genere, in ogni altra formula – il pretore, in dipendenza delle ragioni messe avanti dal convenuto, avrebbe potuto inserire (dopo l'*intentio*) una o più *exceptiones*: erano queste – come è notissimo – condizioni negative della condanna, verificate le quali, pertanto, il *iudex*, pur convinto che la pretesa dell'attore fosse fondata, avrebbe dovuto tuttavia assolvere il convenuto.

## 5. Il *iudex* e la formula

Con la *litis contestatio* – atto complesso, risultante dalla convergenza dei voleri del magistrato e delle parti circa il tenore della formula – si chiudeva la fase *in iure* e al contempo i termini della lite restavano quelli definitivamente fissati nella formula che della *litis contestatio* era stata oggetto. Sicché nella successiva fase del procedimento – *apud iudicem* – il giudice (lo stesso di cui alla *iudicis nominatio*) al quale le parti (dopo la *litis contestatio*) si rivolgevano per la definizione della controversia, non avrebbe potuto distaccarsi dai termini indicati nella formula: i binari entro i quali l'attività del *iudex* doveva muoversi erano quelli stabiliti dalla formula. L'alternativa che essa dava al giudice era condannare o assolvere (*si paret ... condemnato; si non paret absolvito*): e il giudice avrebbe potuto e dovuto condannare solo in presenza delle condizioni positive della condanna e in assenza delle condizioni negative di essa; altrimenti non gli restava che assolvere.

Certo, i termini della formula andavano interpretati (in ciò l'attività del *iudex* ebbe guida validissima nell'opera dei giure-

consulti); e l'interpretazione poteva essere estensiva o restrittiva. Si poteva pure, per via di interpretazione, ritenere che la presenza nella formula di certi elementi postulasse la esigenza di credere sottintese, nella formula medesima, determinate condizioni. Inoltre i termini della formula potevano essere tali da consentire al *iudex* una più o meno ampia libertà di apprezzamento, anche nel senso di stabilire a quali circostanze dare rilievo e a quali no (maggiore discrezionalità, ad esempio, era data al giudice, in virtù della formula, nei *iudicia bonae fidei* e nelle azioni *in bonum et aequum conceptae*). Ma, pure in tali ipotesi, si rimaneva in ogni caso nell'ambito della interpretazione; onde rimane fermo il principio – necessariamente legato alla logica del sistema – per cui il giudice formulare doveva attenersi agli elementi, immediatamente o anche solo mediamente, espressi nella formula.

## 6. La fase *apud iudicem* della rivendica formulare

Possiamo pertanto, per dire dello svolgimento della fase *apud iudicem* della rivendica formulare, seguire passo passo i termini della formula.

In essa – come sappiamo – il giudice era invitato anzitutto (nell'*intentio*) a verificare se la *res* controversa appartenesse all'attore *ex iure Quiritium*. Non importava, di conseguenza, se la cosa fosse o no del convenuto. Era solo il diritto di proprietà dell'attore a venire in considerazione (come nell'*agere per sponsonem*). Ecco quindi che il giudice doveva in primo luogo verificare se il bene rivendicato fosse stato acquistato in proprietà all'attore in virtù di uno dei modi a ciò idonei. Naturalmente doveva essere l'interessato – nella specie, l'attore – a fornire (con qualsiasi mezzo) la non facile prova.<sup>15</sup> Il convenuto, per suo conto, bastava che si adoperasse a contestare la validità delle prove addotte dall'avversario.

Se la prova di proprietà non veniva raggiunta, il giudice assolveva.<sup>16</sup>

15 Sull'onere della prova nel processo formulare si è, in questi ultimi anni, molto discusso: v. per tutti Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 278 s., e letteratura ivi citata; in particolare, per quanto riguarda la prova di proprietà nella rivendica, v. Kiefner, *Klassizität*, cit., nt. 2.

16 Così come assolveva quando, opposta dal convenuto un'*exceptio*, questa fosse apparsa fondata.

Altrimenti, invitava il convenuto a restituire la cosa all'attore. Se il convenuto ottemperava all'invito in questo senso rivoltogli dal giudice (*arbitrium iudicis*), seguiva pure l'assoluzione. Era la meccanica formulare ad esigerlo, stante che la condanna, in virtù della nota clausola restitutoria (*neque ea res ... restituetur*), era subordinata alla mancata restituzione.

In difetto di restituzione, il giudice, il quale avesse già accertato *rem actoris esse*, avrebbe dovuto, giusta i termini della formula, condannare il convenuto al pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore della cosa (*quanti ea res est*). Si parla in proposito, nelle fonti, di *litis aestimatio*. L'ammontare di essa era di regola determinato dall'attore mediante giuramento (*ius iurandum in litem*). Al riguardo è naturale pensare che l'attore, pur sotto il vincolo del giuramento, sarebbe andato al di là del valore medio di mercato della cosa rivendicata; quanto meno perché, magari inconsciamente, sarebbe stato guidato da criteri di valore affettivo. Il *iudex*, dal canto suo, avrebbe poi condannato nel *quanti ea res erit*, secondo la stima fattane dall'attore con *ius iurandum*.

Si comprende in tal modo agevolmente come, in pratica, alla condanna pecuniaria non si arrivasse che molto raramente: il convenuto di norma avrebbe preferito restituire.

Sicché il principio per cui nel processo formulare la condanna era espressa in denaro finiva, nel caso della rivendica, per essere praticamente neutralizzato dalla presenza, nella relativa formula, della clausola restitutoria e, al contempo, dal criterio seguito per la determinazione della *litis aestimatio* (*ius iurandum in litem*). La conseguenza era che l'attore il quale avesse provato il *dominium ex iure Quiritium* del bene rivendicato avrebbe generalmente ottenuto non una somma di denaro, ma il bene medesimo, in tal modo realizzando quel potere di godere e disporre, che costituiva il contenuto normale del diritto di proprietà.

## **7. I mezzi contro l'*indefensio* nel processo formulare**

Occorre a questo punto fare un passo indietro. Si è fatto più in alto il caso che attore e convenuto accettassero la formula proposta dal pretore in modo da consentire, in virtù della

*litis contestatio* che così si compiva, l'instaurazione del giudizio. Ma se alcuna delle parti ricusava la formula e si sottraeva pertanto alla *litis contestatio*? *Nulla quaestio* se a non accettare la formula fosse stato l'attore. Ciò poteva accadere se il pretore vi avesse incluso un'*exceptio* tale da scoraggiare l'attore stesso dall'insistere nell'azione: questi avrebbe, in tale eventualità, abbandonato la lite e il giudizio non avrebbe avuto corso.

Del pari il giudizio non avrebbe avuto corso se a ricusare la formula fosse stato, per un qualsiasi motivo, il convenuto. Ma è naturale che una situazione del genere non poteva essere tollerata, perché altrimenti sarebbe stato facile a ciascuno sottrarsi impunemente alle giuste pretese dell'avversario.

Ecco che allora contro il convenuto il quale con il suo atteggiamento negativo impedisse il compimento della *litis contestatio*, contro il convenuto cioè che ricusasse, come si diceva tecnicamente, di *se defendere* (nelle azioni *in personam*) o di *rem defendere* (nelle azioni reali), erano minacciate determinate sanzioni. Esse erano assai più gravi nel caso di azioni *in personam* (o comunque di azioni diverse dalle *actiones in rem*): *iure civili* il convenuto il quale ricusasse di *se defendere* era esposto all'esecuzione personale, l'attore cioè era autorizzato (dal pretore) a condurlo con sé, in tal modo privandolo della libertà personale. Alternativo rispetto all'esecuzione personale – e in pratica assai più frequente – era il rimedio pretorio, questa volta di natura patrimoniale, della *missio in bona*. In virtù di essa l'attore era immesso nel possesso del patrimonio tutto del convenuto; e se costui persisteva nell'atteggiamento di *indefensio*, si perveniva in ultima analisi alla vendita del patrimonio e pertanto alla soddisfazione dell'attore.<sup>17</sup>

Di fronte a tali sanzioni, si comprende facilmente come in dottrina si parli generalmente di un obbligo del convenuto di *se defendere* nelle azioni *in personam*. A ciò si suol contrapporre la libertà del convenuto di *rem defendere* nelle azioni *in rem*; concetto quest'ultimo che trova riscontro in un celebre frammento di Furio Antiano, conservatoci in D. 6.1.80 (Fur. Anth. 1 *ad ed.*): *in rem actionem pati non compellimur*; sostanzialmente corrispondente a quello

<sup>17</sup> Su ciò v. pure *infra*, § 45.

espresso in D. 50.17.156 pr. (Ulp. 70 *ad ed.*): *Invitus nemo rem cogitur defendere*.

Al riguardo, bisogna però subito avvertire che la libertà di *defensio* nelle *actiones in rem* – e, più particolarmente nella *rei vindicatio*, alla quale soltanto preme qui fare riferimento – non va intesa in assoluto, bensì nel senso che il convenuto, il quale ne avesse avuto possibilità, avrebbe potuto, anziché *rem defendere*, consentire immediatamente all'avversario di prendere possesso della cosa (*translatio possessionis*). È chiaro che in tal caso la lite non avrebbe avuto seguito. Ma poteva darsi che il convenuto, o perché non possessore né detentore o per qualsiasi altro motivo, né contestasse la lite né consentisse alla *translatio possessionis*. Ebbene, per tale eventualità erano previste sanzioni diverse a seconda che la rivendica avesse ad oggetto beni immobili o beni mobili. Per i primi, la sanzione contro l'*indefensio* era l'*interdictum quem fundum*, per i secondi l'*actio ad exhibendum*.

Ora, quando l'*indefensio* appariva giustificata perché il convenuto non aveva il possesso della cosa (né l'aveva perduto dolosamente), il convenuto medesimo non andava incontro ad alcun pregiudizio: in sede di *interdictum quem fundum* o di *actio ad exhibendum* sarebbe stato assolto. Per converso, se possedeva (o aveva cessato dolosamente di possedere, anche se prima della lite) il convenuto, per evitare gravi conseguenze pecuniarie, sarebbe stato costretto, in virtù dell'*interdictum quem fundum* o dell'*actio ad exhibendum*, a quella *translatio possessionis* cui avrebbe dovuto consentire sin dal momento dell'*indefensio*.<sup>18</sup> Sicché l'attore avrebbe sì avuto il possesso della cosa (o la *litis aestimatio*), ma non una sentenza che lo dichiarasse proprietario (una sentenza del genere avrebbe ottenuto in sede di rivendica, e pertanto nel solo caso di *defensio*). Peraltro, l'attore, in sede di *interdictum quem fundum* e di *actio ad exhibendum*, non avrebbe dovuto dimostrare di essere proprietario (come nella *rei vindicatio*), ma solo che il convenuto possedeva o aveva perduto dolosamente il possesso.

18 Nell'ipotesi di perdita dolosa del possesso, non potendo avere luogo alcuna *translatio possessionis*, il convenuto avrebbe dovuto comunque subire la *condemnatio* (anzi, nel caso dell'*interdictum quem fundum*, le *condemnationes*).

## 8. “Legittimazione” attiva e passiva. La legittimazione attiva nella *rei vindicatio* formulare

Veniamo ora ai problemi di legittimazione.

Per legittimazione si intende comunemente “l’attitudine concreta a compiere un atto avente efficacia in una determinata sfera giuridica”; essa “presuppone una posizione della persona rispetto a quella sfera”. Nel campo processuale pertanto, e per quanto qui rileva, la legittimazione può definirsi come “l’attitudine concreta ad esser parte nel processo relativo ad una determinata controversia: il che presuppone una relazione con quella controversia”.<sup>19</sup>

Il termine ‘legittimazione’, nel senso precisato, non trova riscontro nelle fonti; ma il relativo concetto, nella sostanza, fu bene presente alla mente dei giuristi romani. Nei loro scritti è dato rilevare la posizione di problemi che, espressi in termini dogmatici moderni, sono indubbiamente di legittimazione processuale.

Attivamente legittimato alla rivendica era il *dominus ex iure Quiritium*. Lo si rileva dalla formula sopra analizzata. La questione di legittimazione attiva poteva essere risolta in senso negativo già *in iure*. Così, se l’attore avesse chiesto una formula non idonea in rapporto alla pretesa avanzata: il pretore in tal caso non avrebbe dato l’azione. In riferimento alla rivendica valga l’esempio dell’attore il quale chieda la formula della *rei vindicatio*, ma non assumendo di essere proprietario, bensì dicendosi usufruttuario, creditore, etc. Va da sé che il pretore non avrebbe dato la rivendica.

Poteva anche darsi che l’attore in rivendica si dicesse proprietario, ma che il pretore si convincesse *prima facie* che quegli non era e non poteva essere *dominus*. Anche in questa ipotesi il pretore non avrebbe dato l’azione, per difetto, nell’attore, di legittimazione attiva.

È ovvio, peraltro, che il pretore poteva denegare la rivendica per motivi diversi da quelli attinenti al *dominium ex iure Quiritium* dell’attore, ad esempio perché l’azione, in relazione alle circostanze della fattispecie, gli apparisse evidentemente iniqua, inopportuna, contraria ai patti intercorsi tra le parti, etc.

19 G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare I*, Milano 1963, 311.

Se non accadeva nulla di tutto ciò e il magistrato dava l'azione, questo significava solo che la questione di legittimazione attiva non era stata risolta *in iure* in senso negativo, non che fosse stata risolta positivamente. Pertanto, una volta che il pretore dava la rivendica, il giudizio circa la proprietà dell'attore veniva devoluto al *iudex*. Anzi era certamente questa la regola, stante che doveva darsi raramente il caso che *in iure* l'attore chiedesse la rivendica sulla base di un diritto diverso da quello di proprietà o che il pretore rilevasse *ictu oculi* il difetto, nell'attore medesimo, del *dominium ex iure Quiritium*. Di conseguenza, era il *iudex* che di solito – secondo quanto più su ricordato – analizzava le prove, sì da accertare la proprietà, in capo all'attore, del bene rivendicato. Se la dimostrazione data da costui non avesse convinto il *iudex*, la logica formulare imponeva l'assoluzione, per difetto di legittimazione attiva. Di contro, risolta in senso positivo la questione di legittimazione attiva, non per ciò il convenuto sarebbe rimasto necessariamente soccombente: il *iudex* avrebbe dovuto considerare le altre eventuali questioni che direttamente o indirettamente scaturivano dalla formula; sicché l'attore avrebbe potuto essere respinto pur se riconosciuto proprietario della cosa, e pertanto attivamente legittimato all'azione.

## **9. La legittimazione passiva nella *rei vindicatio* formulare: la struttura della formula e lo stato delle fonti**

Come la legittimazione attiva riguarda la persona dell'attore, così la legittimazione passiva riguarda la persona del convenuto.

Passivamente legittimato alla rivendica è il soggetto rettivamente convenibile con questa azione, a prescindere dalla fondatezza o meno di essa o dalla circostanza se la stessa sia o no paralizzabile mediante *exceptio*. A differenza che per la legittimazione attiva, nulla risultava esplicitamente dalla formula della *rei vindicatio* in ordine alla legittimazione passiva. Dovrebbe dedursene che il *iudex* non se ne potesse in alcun modo interessare, e che pertanto il convenuto (non protetto da alcuna *exceptio*), sol che non avesse restituito la cosa che l'attore aveva dimostrato appartenergli, dovesse subire la condanna pecuniaria; e ciò indipendentemente dalla circostanza se egli fosse o no (al tempo della sentenza o anche solo al tempo della *litis contestatio*) nelle condizioni di potere materialmente restituire.

Tuttavia, affatto prevalenti sono le testimonianze classiche che esigono espressamente, o anche solo presuppongono, quale criterio di legittimazione passiva alla rivendica, il possesso del convenuto. A volte la rivendica è ammessa contro soggetti, che possessori in senso proprio non sono, contro soggetti, cioè, comunemente qualificati detentori.

Né mancano passi del Digesto dove la stessa azione è data contro non possessori né detentori; più particolarmente, contro *qui dolo desiit possidere* e contro *qui liti se optulit*. La dottrina, in proposito, suol discorrere di *ficti possessores*.

Nelle *Institutiones* di Giustiniano (l. 4.6.2.) si parla poi di un solo caso nel quale il proprietario possessore è ammesso ad esercitare la rivendica. Quale sia questo *unus casus* non è precisato: il lettore è rinviato al Digesto. Ebbene, anche quello sollevato dall'*unus casus* delle *Institutiones* è un problema di legittimazione passiva, essendo naturale pensare che, se ad esercitare la rivendica è un possessore, convenuto con essa sarà un non possessore.

Sono questi, sinteticamente, i dati delle fonti che vengono in considerazione per la ricostruzione del regime della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* formulare.<sup>20</sup>

20 Non vengono in considerazione, al riguardo, le testimonianze classiche relative ai problemi cui davano luogo la perdita del possesso da parte del convenuto *post litem contestatam* e l'acquisto del possesso, da parte dello stesso convenuto, *post litem contestatam* ma prima della sentenza: cfr. *infra*, nt. 21.

## PARTE I

# POSSESSORE, DETENTORE E LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA RIVENDICA

### 10. Struttura della formula e legittimazione passiva alla *rei vindicatio*

Si è già avuto modo di rilevare che, a differenza che per la legittimazione attiva, nulla emergeva esplicitamente dalla formula circa la legittimazione passiva alla rivendica. Le condizioni per la condanna direttamente espresse nella formula erano: che l'attore fosse *dominus ex iure Quiritium* del bene rivendicato; che il convenuto, *iussu iudicis*, non avesse restituito all'avversario il bene medesimo. La conseguenza avrebbe dovuto essere che, una volta accertato il *dominium* in capo all'attore, il convenuto (il quale non avesse opposto alcuna *exceptio* riconosciuta fondata e) che non avesse restituito avrebbe dovuto comunque essere condannato.

A nessuna difficoltà dava luogo il caso in cui il convenuto avesse il possesso della cosa al tempo della *litis contestatio* e tale possesso avesse mantenuto sino alla sentenza: se egli, pur potendo restituire, non avesse tuttavia restituito, non avrebbe potuto che imputare a sé le relative conseguenze economiche.<sup>21</sup>

21 Il caso di perdita del possesso (di distruzione e di deterioramento) *post litem contestatam* non comportava problemi di legittimazione passiva, ma di responsabilità del convenuto (pure la soluzione di essi, peraltro, proponeva questioni di interpretazione della formula). Altra ipotesi è quella del convenuto il quale, non avendo il possesso al tempo della *litis contestatio*, l'abbia invece al tempo della sentenza. La soluzione (condivisa da alcuni classici) per cui in tal caso il convenuto (il quale non avesse ottemperato al *iussus de restituendo*) avrebbe dovuto essere assolto, presuppone affermato il principio del possesso quale requisito della condanna (v. *infra*, §§ 14 e 24), ma presuppone al contempo risolta positivamente la questione se i requisiti della condanna (tra cui anche il possesso del convenuto, e pertanto la legittimazione passiva) dovessero sussistere già al tempo della *litis contestatio* (o comunque anche al tempo della *litis contestatio*). Neanche quest'ultima, come si vede, è in sé e per sé una questione di legittimazione passiva. Sui problemi, accennati in questa nota, v. pure *infra*, § 30 e ivi nt. 144, § 56 e ivi ntt. 318-319.

Ma si consideri l'eventualità che il convenuto non avesse (né avesse avuto al tempo della *litis contestatio*) il possesso e neanche la detenzione della cosa rivendicata: giusta una interpretazione rigorosamente letterale della formula, egli avrebbe dovuto del pari subire la condanna pecuniaria, nonostante l'impossibilità materiale di restituire.

Si pensi pure all'ipotesi del convenuto il quale non possieda la cosa *suo nomine*, ma la detenga per un terzo (ad esempio, a titolo di comodato, deposito, etc.). Ad ammettere che il detentore del quale s'è detto, una volta convenuto con la rivendica da persona diversa del suo dante causa, dovesse (per evitare la condanna pecuniaria) restituire la *res* al rivendicante vittorioso, le conseguenze sarebbero state in ogni caso inique. O si crede, infatti, che il detentore, per il fatto di avere dovuto restituire la cosa al rivendicante, fosse liberato dall'obbligo di restituirla al proprio dante causa (deponente, comodante etc.); ed allora quest'ultimo avrebbe subito dalla lite di rivendica cui non aveva preso parte un ingiustificato pregiudizio.<sup>22</sup> Oppure si pensa che il detentore il quale avesse restituito la cosa al rivendicante<sup>23</sup> non fosse tuttavia liberato dall'obbligazione di restituirla al dante causa: ecco che, in tal caso, sarebbe stato lui, il detentore-convenuto, a subire un intollerabile pregiudizio.<sup>24</sup> Quel che pertanto non persuade è, per dirla con una espressione presa a prestito dalla dogmatica moderna, che il detentore potesse essere 'legittimato' a restituire al terzo rivendicante.

È quindi giustificato il dubbio se la formula di rivendica sia stata in effetti interpretata in modo rigorosamente letterale.

22 Per il recupero della cosa, egli avrebbe dovuto infatti agire con la rivendica contro un terzo (lo stesso che aveva rivendicato la cosa presso il suo detentore), con conseguente gravoso *onus probandi* e senza potere per ciò chiamare a rispondere il detentore. Invece, se la rivendica non avesse avuto luogo e la cosa fosse rimasta presso il detentore, pure se costui avesse poi rifiutato illegittimamente la restituzione, il dante causa avrebbe fatto ricorso all'*actio in personam* propria del rapporto tra le parti: e in sede di *actio in personam* sarebbe bastato all'attore provare il rapporto contrattuale, senza necessità di fornire la ben più difficile prova di proprietà.

23 Se avesse preferito pagare la *litis aestimatio*, avrebbe potuto sì restituire poi al dante causa, ma a suo carico sarebbe rimasta la *litis aestimatio*!

24 Ciò è intuitivo: il detentore, per il fatto di essere vincolato alla restituzione della cosa verso il dante causa, non potendogliela peraltro più restituire, avrebbe dovuto pagarne l'*aestimatio*.

Certo, in proposito, non va taciuto che il principio (più su illustrato) *in rem actionem pati non compellimur* avrebbe neutralizzato in parte i rilevati inconvenienti.

Il convenuto, non possessore e neanche detentore, avrebbe potuto *in iure* ricusare impunemente di *rem defendere*, così evitando la rivendica e pertanto anche il rischio di andare incontro, per l'impossibilità di restituire, alla condanna pecuniaria (le sanzioni contro l'*indefensio* – è appena il caso di rilevarlo – non avrebbero giovato all'attore, perché esse presupponevano che il convenuto avesse il possesso o quanto meno la detenzione della cosa).<sup>25</sup> Ma poteva darsi che il convenuto, erroneamente convinto di possedere la cosa rivendicata, accettasse di *rem defendere* e contestasse pertanto la lite di rivendica;<sup>26</sup> con la conseguenza – certamente iniqua – di non potere sfuggire alla condanna una volta accertato, *apud iudicem, rem actoris esse*.

Pure nell'altra ipotesi prospettata, del detentore *nomine alieno*, la possibilità per il convenuto di ricusare la *defensio* non avrebbe impedito conseguenze inique. Ché il rivendicante avrebbe potuto fare ricorso alle note sanzioni previste contro l'*indefensio* (*interdictum quem fundum* per gli immobili, *actio ad exhibendum* per i mobili); e, di fronte ad esse, il convenuto avrebbe dovuto consentire che l'attore si impossessasse del bene in contestazione. Avremmo avuto così una situazione analoga a quella che si sarebbe avuta se il convenuto avesse difeso e poi restituito.

Un rimedio efficace, in certi casi, avrebbe potuto essere l'intervento pretorio mediante *denegatio* della rivendica (e dei mezzi contro l'*indefensio*), nei confronti di quanti non possedevano né detenevano, oltre che nei confronti di quei detentori *nomine alieno* non 'legittimati' a restituire al terzo-rivendicante. Di un intervento del genere manca però ogni traccia nelle fonti.<sup>27</sup> Non è congettura azzardata che, nella pratica giudiziaria, il pretore intervenisse nel senso indicato, ma ciò solo nei casi evidenti o comunque facilmente verificabili. In ogni

25 O anche che avesse cessato dolosamente di possedere, pure se prima del giudizio.

26 Cfr. D. 44.2.9.1 (Ulp. 75 ad ed.): *Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit ...*

27 Cfr. *infra*, § 21.

modo una *denegatio* della rivendica (o eventualmente dell'*interdictum quem fundum* e dell'*actio ad exhibendum*) da parte del pretore deve essere decisamente esclusa nell'ipotesi del non possessore né detentore il quale per errore ammettesse di avere la cosa presso di sé, giusta quanto l'attore aveva affermato. In queste condizioni non è pensabile che il pretore indagasse se effettivamente la situazione era quale l'attore affermava e il convenuto ammetteva.

Di conseguenza, deve essere ribadito il dubbio se la formula della *rei vindicatio* sia stata interpretata nei suoi rigorosi termini letterali; ciò, per le iniquità cui una interpretazione del genere, nonostante il principio *in rem actionem pati non compellimur* e nonostante la possibilità di *denegatio actionis* da parte del pretore, avrebbe potuto dare luogo.

Al riguardo a me sembra di potere affermare sin da ora – e l'indagine che segue lo confermerà<sup>28</sup> – che i giureconsulti romani, rilevata la presenza, nella formula della *rei vindicatio*, della clausola restitutoria – la quale subordinava la condanna alla mancata restituzione – ne ricavarono il principio di massima per cui non dovesse subire la condanna e pertanto dovesse essere assolto il convenuto il quale non fosse, di fatto e di diritto, nelle condizioni di potere restituire.<sup>29</sup>

Preciserò più avanti questo concetto. Per ora preme osservare che, una volta affermata l'esigenza della quale s'è detto, ai fini della condanna nella rivendica il *iudex* avrebbe dovuto verificare non due, ma tre condizioni: due – proprietà dell'attore e mancata restituzione da parte del convenuto – esplicitamente espresse nella relativa formula; una terza – possibilità giuridica e materiale di restituire da parte dello stesso convenuto – contenuta sì nella formula della rivendica, ma solo implicitamente. Comunque, pure se implicitamente e in via di interpretazione, si rimase pur sempre nell'ambito dei termini formulari, e pertanto nell'ambito del principio per cui il *iudex* non avrebbe potuto discostarsi dai binari a lui fissati nella formula.

Con la terza delle condizioni della condanna, ricavata, – come si è detto – in via di interpretazione della formula della rivendica, si affermò quella che, in termini dogmatici moderni, si direbbe una regola di 'legittimazione passiva'; i cui presupposti, come per la legittimazione attiva, avrebbero potuto essere veri-

28 V. *infra*, § 14.

29 Non interessano qui i casi ricordati *supra*, nt. 21.

ficati dal pretore *in iure*; ma, poiché pure quelli di legittimazione passiva erano elementi formulari (questa volta, solo implicitamente), ove il pretore, nonostante mancassero, avesse tuttavia dato l'azione, il *iudex* avrebbe potuto, anzi dovuto rilevarne l'assenza e pertanto assolvere il convenuto.

Dopo questa premessa, possiamo affrontare direttamente i diversi problemi in tema di legittimazione passiva alla rivendica formulare posti nelle fonti e in letteratura. Quanto al riguardo sinora soltanto affermato, peraltro assai genericamente, sarà precisato e confermato.



## CAPITOLO 1

# LA RIVENDICA DEL DANTE CAUSA CONTRO IL PROPRIO DETENTORE O POSSESSORE E IL CONCORSO TRA *REI VINDICATIO* E ALTRI RIMEDI REIPERSECUTORI

### 11. La tesi del Siber

È opinione comune<sup>30</sup> che il detentore il quale derivasse dall'attore la propria detenzione non fosse di norma, in età classica e nel processo formulare, passivamente legittimato alla rivendica: contro di lui l'attore, pur se proprietario, ai fini della restituzione non avrebbe dovuto esercitare la *rei vindicatio*, ma solo l'azione propria del rapporto in virtù del quale il convenuto deteneva. Così, ad esempio, nel caso del deposito, il deponente-proprietario non avrebbe potuto ottenere dal depositario la restituzione del bene depositato altrimenti che con l'*actio depositi*. Ché, se avesse invece agito con la rivendica, questa sarebbe stata respinta: il depositario – si ritiene – per il fatto di essere semplicemente detentore, e non possessore, non sarebbe stato passivamente legittimato alla rivendica.

Il Siber<sup>31</sup> – che della cennata dottrina è il fondatore – affermò pure, non senza un certo seguito, che principio analogo valesse nei confronti dei cd. possessori anomali, possessori cioè senza *animus domini*:<sup>32</sup> creditore pignoratizio, sequestratario, precarista. Pure contro costoro il dante causa – rispettivamente debitore pignoratizio, deponente, *precario dans* – non avrebbe potuto pretendere la restituzione con la rivendica, ma avrebbe dovuto avvalersi del mezzo giudiziario proprio del rapporto in virtù del quale il convenuto possedeva: cioè, a seconda dei casi, *actio pigneraticia in personam*, *actio sequestrataria*, *interdictum de precario*. Alla rivendica i possessori senza *animus domini*, dei quali

30 V. l'ampia letteratura che cito in *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «rei vindicatio»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, 1, Milano 1972, 341, nt. 1 (= *Scritti giuridici*, I, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, 183, nt. 1).

31 H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig 1907, *passim*.

32 Su cd. possessori anomali e, per quanto di ragione, sulla questione dell'*animus* nel possesso, v. *infra*, § 53.

s'è detto, quando ad agire era il dante causa, non sarebbero stati passivamente legittimati.<sup>33</sup>

Messosi su questa via il Siber credette di potere andare oltre e negare, in linea di principio, che in età classica (nel processo formulare) fosse passivamente legittimato alla *rei vindicatio* il convenuto (non importa se possessore o detentore, con o senza *animus domini*) contro il quale, ai fini della restituzione, l'attore disponesse di altra azione reipersecutoria più propria e adatta alla specie.

L'idea del Siber e, per quanto di ragione, quella, implicita, di alcuni tra gli studiosi che l'hanno seguito è che, nei casi considerati, il pretore avrebbe potuto sì sbrigare *in iure* la questione di legittimazione passiva, all'occorrenza denegando la rivendica contro chi non fosse ad essa passivamente legittimato. Ma se, per un motivo qualsiasi, il pretore avesse dato la *rei vindicatio*, una volta emerso nella successiva fase del giudizio (*apud iudicem*) che il convenuto deteneva o possedeva a nome dell'altra parte (o che questa avrebbe potuto esercitare per la restituzione della cosa altra azione più propria), il *iudex* – si ritiene – avrebbe dovuto per ciò solo assolvere.

Questa dottrina – a mio giudizio – urta contro uno dei principi più saldi e più noti del processo formulare, contro il principio cioè, necessariamente derivato dalla logica del sistema – e del quale si è detto – per cui il *iudex* era vincolato ai termini della formula; con la conseguenza di dovere condannare, sol che li giudicasse verificati (*si paret ... condemnato*). Ora, la formula della *rei vindicatio* – come sappiamo – subordinava esplicitamente la condanna a due condizioni soltanto: una, positiva, che l'attore fosse proprietario (*rem actoris esse*); l'altra, negativa, che il convenuto, *iussu iudicis*, non avesse restituito. Ho pure accennato (e ciò sarà confermato in seguito) che dai termini formulari fu ricavata, in via d'interpretazione, una terza condizione, e cioè che il convenuto potesse materialmente e giuridicamente restituire. Pertanto, una volta accertato il *dominium* dell'attore e mancata la restituzione, in tanto il convenuto (non tutelato

33 Per vero, dapprima, il Siber, *op. ult. cit.*, 5, ammise, in generale, la rivendica del *precario dans* contro il precarista. Ma v. poi, dello stesso Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesungen*, 2, Darmstadt 1928, 97.

da *exceptio*) avrebbe potuto essere assolto in quanto non fosse nelle condizioni di potere restituire.<sup>34</sup> Ma non si vede in che il fatto in sé e per sé di derivare detenzione o possesso dall'attore o di essere perseguibile, per la restituzione e da parte dello stesso attore, con altra azione potesse configurare un impedimento di fatto o anche soltanto giuridico alla restituzione.<sup>35</sup> Un impedimento giuridico era, in generale, configurabile – secondo quanto più su rilevato<sup>36</sup> – quando ad agire contro il detentore *nomine alieno* era un terzo, non quando ad agire era lo stesso dante causa.

Sul piano dei principi, pertanto, la cennata dottrina non appare sostenibile.

## 12. Il principio per il quale il *iudex* formulare era vincolato ai termini della formula non subì deroghe

L'obiezione era stata prevista dal Siber. Egli avvertì cioè come alla sua tesi ostasse il principio, per cui il giudice formulare avrebbe dovuto comunque condannare il convenuto, sol che ritenesse verificati i termini della formula. Fu per ciò che il Siber negò che quello enunciato fosse un principio assoluto e sostenne che in certi casi nei quali l'attore avesse esercitato un'azione diversa da quella propria, più specifica e adatta alla specie, il *iudex*, nonostante la verifica dei termini della formula, dovesse tuttavia assolvere. Quello della rivendica, nelle ipotesi più sopra richiamate, sarebbe stato uno di tali casi, ma non il solo. Altri sarebbe dato riscontrarne in tema di vendita, deposito e mandato, danno temuto, etc.<sup>37</sup>

Questa tesi del Siber – formulata, come s'è rilevato, in funzione dell'altra tesi dello stesso Autore sulla legittimazione passiva alla rivendica – non è stata, a mia conoscenza, analizzata dalla dottrina; la quale peraltro da un canto sembra implicitamente respingerla, quando afferma, in termini generali e categorici, il dovere del *iudex* di atte-

34 Né lo fosse stato al tempo della *litis contestatio*. Sul problema, v. quanto osservato *supra*, nt. 21. Per l'ipotesi di temporaneo impedimento alla restituzione, v. *infra*, § 30.

35 Ciò neanche nell'ipotesi del sequestratario: cfr. *infra*, § 55.

36 *Supra*, § 10.

37 Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 37 ss.

nersi comunque alla formula; dall'altra, sembra implicitamente ammetterla, quando nega la convenibilità, con la rivendica, di colui il quale derivi dall'attore la detenzione o il possesso (senza *animus domini*). Appare quindi necessario prendere preliminarmente in esame gli argomenti sulla base dei quali il Siber ha creduto di potere affermare che il giudice avrebbe potuto tener conto, ai fini dell'assoluzione, di elementi nemmeno implicitamente enunciati nella formula: più precisamente, della esperibilità tra le parti e per lo stesso scopo di altra azione più propria e adatta alla specie.

Mettiamo per ora da canto le cennate ipotesi che si è creduto di scorgere in tema di rivendica: esse riguardano il nostro *thema probandum* e su di esse tornerò più avanti. Adesso preme considerare i casi fuori del campo della rivendica che il Siber ha creduto di potere invocare a sostegno del suo punto di vista.

Il primo caso prospettato è quello del venditore il quale, contro il compratore che non avesse pagato il *pretium*, anziché con l'*actio venditi* agisse con la *condictio certae creditae pecuniae*, la cui *intentio* esprimesse un *oportere* del convenuto di pagare una somma determinata, corrispondente al *pretium*. Ebbene, ciò non sarebbe stato ammissibile per diritto classico: il venditore, per il prezzo, avrebbe dovuto esperire l'*actio venditi*, e questa soltanto; sicché il *iudex* della *condictio certae creditae pecuniae*, pur sussistendo l'obbligazione (*oportere*) del convenuto di pagare il *pretium*, e pertanto pur ritenendo verificati i termini della formula, avrebbe dovuto assolvere.

A ciò è facile obiettare che, sebbene i *iudicia bonae fidei*, quanto meno nell'età del principato, fossero divenuti *iuris civilis*,<sup>38</sup> tuttavia tra l'*oportere* (dei *iudicia stricti iuris*: e tale era la *condictio*) e l'*oportere ex fide bona* (dei *iudicia bonae fidei*: e tale era l'*actio venditi*) il rapporto non era da genere a specie: altro era, nelle formule processuali, l'*oportere* puro e semplice, altro l'*oportere ex fide bona*. Tanto emerge dai risultati (sotto molti profili diversi da Autore ad Autore, ma sostanzialmente convergenti per il riflesso sul problema che

38 V. per tutti M. Kaser, *Oportere und ius civile*, in ZRG RA 83, 1966, 26.

ne occupa) della letteratura più recente sull'argomento.<sup>39</sup> Si deve pertanto ritenere che un fatto generatore di obbligazione sanzionata da formula con *oportere ex fide bona* potesse non essere di per sé rilevante quale fonte di obbligazioni entro l'ambito di una formula con *oportere* puro e semplice.

Ed era certamente questo il caso del mero consenso a *vendere ed emere*, produttivo di obbligazioni sanzionate da formule *ex fide bona* rispettivamente *ex vendito* ed *ex empto*. Sicché il compratore il quale non avesse pagato il prezzo era perseguibile con l'*actio ex vendito*, non con la *condictio certae creditae pecuniae*: il *iudex* di quest'ultima azione avrebbe assolto il compratore, non potendo riscontrare a suo carico l'*oportere* puro e semplice.

Altro esempio addotto dal Siber<sup>40</sup> a conforto del suo punto di vista è tratto da

D. 17.1.8 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi ...*

Il *procurator ad litem*, per la restituzione degli *instrumenta* a lui consegnati ai fini del giudizio, a partire da Labeone avrebbe potuto essere convenuto non con l'*actio depositi*, ma con l'*actio mandati*. Dal che il Siber ritenne di potere desumere che il giudice dell'*actio depositi*, nell'ipotesi contemplata, dovesse assolvere, nonostante che la specie ricadesse nell'ambito della previsione della *formula depositi*: l'attore, per aver partita vinta, avrebbe dovuto esercitare l'*actio mandati*.

Al riguardo, però, della questione discussa in D. 17.1.8 pr., a me non pare dubbio che essa debba essere valutata nel quadro dell'attività giurisprudenziale, volta a determinare i confini tra le singole figure contrattuali.<sup>41</sup> Nel caso che qui

39 Almeno a partire dal noto studio di W. Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, 2, Weimar 1939, 1 ss.; sul punto, per ultimo: Kaser, *Oportere und ius civile*, cit., 25 ss.; ivi, ampia bibliografia.

40 Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 38, 41 s.

41 Un analogo lavoro giurisprudenziale è dato scorgere nella determinazione dei confini tra le diverse figure di illeciti privati: cfr. B. Albanese, s.v. *Furto*

viene in rilievo, Labeone, riprovando la tesi di precedenti giuristi, negò che l'obbligo di restituzione degli *instrumenta* da parte del *procurator ad litem* ricadesse sotto la sanzione dell'*actio depositi*: ciò perché negò che il relativo rapporto fosse di deposito. Ecco perché il giudice dell'*actio depositi* (il quale avesse seguito la tesi labeoniana) avrebbe dovuto assolvere: non v'era stato, nel caso in questione, alcun *deponere* in senso tecnico.

Per la sua tesi il Siber si vale anche<sup>42</sup> di considerazioni inerenti la *cautio damni infecti*. Questa era, come è noto, una *stipulatio* pretoria: nel caso che da un fondo si minacciasse danno ad un fondo vicino, il pretore imponeva al proprietario del primo di prestare al proprietario del secondo una *stipulatio*, con la quale assumesse l'obbligazione di risarcirgli il danno, qualora questo si fosse verificato. A ciò tuttavia il pretore ricorreva solo in difetto di ogni altro rimedio contro il danno temuto: la *cautio damni infecti*, cioè, era un mezzo sussidiario.<sup>43</sup> Ebbene, al riguardo il Siber ha osservato come potesse darsi il caso che, negando l'attore l'esistenza di altro rimedio in suo favore, il pretore imponesse all'avversario la prestazione della *cautio*. In tale eventualità il giudice della relativa azione *ex stipulatu*, una volta verificata la sussistenza di *alia actio*, avrebbe dovuto assolvere. Saremmo pertanto di fronte ad un altro caso in cui il *iudex* avrebbe dovuto prendere in considerazione, ai fini della condanna, elementi del tutto estranei alla formula, perché avrebbe dovuto assolvere il convenuto per il fatto che l'attore aveva, contro lo stesso, altro rimedio processuale.<sup>44</sup> Tanto sarebbe dimostrato da

D. 39.2.32 (Gai. 28 *ad ed. prov.*): ... *Nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere*

(*storia*), in ED 18, Milano 1969, 315; ivi sono richiamati i precedenti lavori dello stesso A. dove l'argomento è ampiamente svolto.

42 Ulteriori argomenti del Siber, o che egli avrebbe potuto comunque invocare, sono analizzati e discussi nei miei *Contributi*, cit., 343-353 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 185-195).

43 Cfr. G. Branca, *Sulla terminologia actio damni infecti*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano 1934, 190 e fonti citate ivi, nt. 1.

44 Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 39 s., 41.

*possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo: ideo et interpositam cautionem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi posset sarciri. Et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit ...*

Qui Gaio si occupava del singolare problema se un comproprietario potesse pretendere dall'altro la prestazione della *cautio damni infecti* nell'ipotesi in cui l'edificio comune presentasse un vizio tale da esigere immediate riparazioni e tuttavia l'altro comproprietario rifiutasse di provvedere per quanto di sua spettanza (*et circa refectionem earum cessare videaris*). La risposta – che il giurista attribuisce ai suoi maestri sabiniani (*nostris praeceptores*) – è negativa (*negant cavere te debere*): ciò perché un comproprietario può da sé provvedere alle necessarie riparazioni e poi recuperare la quota delle spese che avrebbe dovuto sostenere l'altra parte o con l'*actio pro socio* (se tra le parti v'era un rapporto di società) o con l'*actio communi dividundo*: ecco perché la *cautio* eventualmente prestata non sarebbe stata utile.

A questo, e a nient'altro, alludono nel passo gaiano le frasi *interpositam cautionem minus utilem futuram* e *inutilem esse damni infecti stipulationem*: all'inutilità cioè della *cautio*, per il fatto che all'interessato non mancavano altri rimedi; sicché il pretore non sarebbe intervenuto imponendone la prestazione.

Altra possibile interpretazione delle stesse frasi – conforme al significato più comune e diffuso di *stipulatio utilis* e *inutilis*, ma difficile da giustificare sulla base dei principi propri della *stipulatio* – è quella per cui Gaio avrebbe sancito l'invalidità della *stipulatio* medesima. Vera tale interpretazione, il *iudex* dell'*actio ex stipulatu* avrebbe dovuto certamente assolvere, ma non per ragioni estrinseche alla formula, bensì perché, invalida la *stipulatio*, i termini della relativa formula non avrebbero potuto dirsi verificati.

In ogni caso, da D. 39.2.32 non emerge in alcun modo che il giudice dell'*actio ex stipulatu* dovesse assolvere per il solo fatto che la *cautio damni infecti*, stante il principio della sussidiarietà, non avrebbe dovuto essere prestata.

### 13. Egesi di D. 6.1.9. Il passo riguardava l'attività del *iudex*

L'indagine che precede ha mostrato come gli argomenti del Siber non valgano a scuotere il carattere assoluto del principio che vuole il *iudex* rigorosamente vincolato ai termini (anche solo implicitamente) espressi nella formula. Onde si ripropongono i gravi motivi di perplessità più su manifestati contro l'idea per la quale il detentore *nomine actoris*, il possessore *ad interdicta* senza *animus domini* di fronte al proprio dante causa e colui il quale fosse stato convenibile dallo stesso attore con azioni più proprie, non sarebbero stati, in età classica e nel processo formulare, passivamente legittimati alla rivendica, con la conseguenza che il giudice avrebbe dovuto per ciò solo assolvere (pure se non fosse stata opposta alcuna *exceptio* e nonostante che, avendo l'attore provato di essere *dominus*, il convenuto non avesse restituito).

Una tesi del genere, della quale s'è rilevata l'inconciliabilità con i più elementari principi formulari, dovrebbe tuttavia essere ammessa in deroga a tali principi, qualora fosse fondata su fonti sicure e non passibili di diversa interpretazione. Ma non è questo il caso.

Il punto di forza della tesi di cui si tratta è rappresentato, per quanto riguarda l'ipotesi del detentore *nomine actoris*, dal notissimo

D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

Il senso letterale del testo è chiaro: il compito del giudice in sede di rivendica (*in hac actione*: il brano è escerpito da un contesto dedicato alla *rei vindicatio*) sarà di indagare se il convenuto (*reus*) possedeva; né importa a quale titolo (*ex qua causa*) possedeva: ché se l'attore (se ne parla in prima persona) provi che la cosa gli appartiene (*rem meam esse*), il possessore il quale non opponga alcuna (fondata) eccezione dovrà restituire (si intende: qualunque sia il titolo del suo possesso).

Il testo continua ricordando che tuttavia alcuni giureconsulti (*quidem*), tra i quali Pegaso, ritennero che questa azione, cioè la rivendica, comprendesse (*complecti*) soltanto quel possesso che viene in considerazione nell'interdetto *uti possidetis* e nell'interdetto *utrubi*. Di conseguenza, secondo Pegaso (*ait*), non si può esercitare la rivendica né contro il depositario né contro il comodatario né contro il conduttore né contro il *missus in possessionem* (sia esso *legatorum servandorum causa* sia esso *dotis nomine, ventris nomine, damni infecti nomine* per omessa *cautio*), stante che tutti costoro non posseggono. Io per vero ritengo – si dice in fine del passo (e questo, se il testo fosse tutto genuino, dovrebbe essere il pensiero di Ulpiano, cui è attribuito l'intero brano) – che la rivendica si possa esercitare (*peti posse*) contro tutti coloro che tengono la cosa in contestazione ed in ordine ad essa hanno la facoltà di restituire (*facultas restituendi*).

Ora, dall'enunciazione della dottrina di Pegaso e dei *quidam* – la quale limita la legittimazione passiva alla rivendica al solo possessore interdittale, con esclusione esplicita del depositario, comodatario, conduttore, etc. – è sorta la convinzione che questi giuristi negassero in ogni caso la legittimazione passiva alla rivendica dei cd. detentori, sia che ad agire fosse un terzo sia che ad agire fosse lo stesso soggetto, dal quale il convenuto avesse derivato la sua detenzione.

Alla dottrina di Pegaso e dei *quidam* – come si è visto – l'Autore della chiusa (*puto autem ...*) ne contrappone un'altra, per la quale la rivendica avrebbe potuto esercitarsi contro chiunque tenesse la cosa e ne avesse la *facultas restituendi*. Se ne è dedotto che l'Autore della chiusa di D. 6.1.9, a differenza di Pegaso e dei *quidam*, ammettesse comunque la rivendica contro ogni detentore. E poiché

– sia per ovvie considerazioni di opportunità<sup>45</sup> sia per lo stato complessivo delle fonti<sup>46</sup> – non si crede che i classici siano giunti a tanto, il periodo di D. 6.1.9 da *puto* alla fine è stato dai più giudicato spurio.<sup>47</sup>

D'altro canto, il modo com'è introdotta nel testo in esame la dottrina pegasiana (si consideri soprattutto il *tamen*) fa pensare che in ogni caso Ulpiano ne dissentisse. Ma il dissenso tra Pegaso e i *quidam* da una parte ed Ulpiano dall'altra, una volta condannata la chiusa del passo, è stato da certa dottrina limitato ad alcune poche fattispecie, di fronte alle quali Ulpiano (e quanti ne dividevano la posizione) sarebbe stato meno rigoroso di Pegaso e dei *quidam*: Ulpiano cioè, in particolari ipotesi, avrebbe ammesso la convenibilità con la rivendica di certi detentori. Ma ciò – si pensa – solo in casi di rivendica esercitata da terzi; ché, per quanto attiene all'ipotesi che per ora direttamente ci riguarda, tutti i classici sarebbero stati concordi nell'escludere fundamentalmente la rivendica contro il detentore *nomine actoris*.<sup>48</sup>

Sulla chiusa del testo torneremo presto. Per ora preme osservare che, riconoscendo alla dottrina di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 quella portata che gli studiosi sono soliti attribuirvi, e che ho adesso ricordata, in un solo caso tale (pretesa) dottrina non sarebbe stata in deroga al principio formulare circa il dovere del *iudex* di attenersi alla formula, nel caso cioè in cui essa fosse stata enunciata non in riferimento all'attività del *iudex*, bensì in riferimento all'attività del pretore. In altri termini, per conciliare quella che si crede fosse la teoria pegasiana di D. 6.1.9 con i principi formulari bisognerebbe credere che, per essa, la questione del difetto di legittimazione passiva alla rivendica del mero detentore si ponesse *in iure*: il pretore, cioè – per non fare riferimento che al caso in esame – avrebbe denegato l'azione contro il de-

45 Che sono, in sostanza, le stesse di cui *supra*, § 10.

46 Cfr. *infra*, §§ 30 ss.

47 V. gli Autori citati nel mio contributo *La "facultas restituendi" di D. 6. 1. 9 (Ulp. 16 ad edictum): brevi note in tema di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi in onore Gioacchino Scaduto*, 3. *Diritto civile e diritto romano*, Padova 1970, 537, nt. 5 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 159, nt. 5). Su quanto dico nel testo, v. pure *infra*, § 24.

48 V. gli Autori citati in Marrone, *Contributi*, cit., 341, nt. 1 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 183, nt. 1).

tentore *nomine actoris*, invitando l'attore a proporre l'azione propria del rapporto tra le parti.

Si dovrebbe pertanto giudicare spuria la parte iniziale del passo (sino a *exceptionem*), dove non solo si parla del dovere del *iudex* di *inspicere an reus possideat*, ma si discorre anche di attività (istruzione probatoria, restituzione), che avevano luogo *apud iudicem*.

In effetti, non sono mancati studiosi che hanno sospettato di questa prima parte di D. 6.1.9 sotto il profilo che quella della legittimazione passiva del convenuto fosse una questione da risolvere *in iure*.<sup>49</sup>

Esistono però gravi motivi per ritenere che tutto il nostro frammento riguardasse l'attività del *iudex*. Il passo, nel libro XVI del commentario editale di Ulpiano *de rei vindicatione*, veniva dopo uno squarcio dedicato all'oggetto della rivendica e, in connessione con esso, ai problemi di legittimazione attiva (D. 6.1.1; D. 6.1.3; D. 6.1.5) e precedeva la trattazione relativa all'oggetto e alle modalità della restituzione da parte del convenuto soccombente e ai compiti del giudice relativi e consequenziali (D. 6.1.11; D. 6.1.13; D. 6.1.15; D. 6.1.17; D. 6.1.19; D. 6.1.22). È facile quindi pensare che anche il problema agitato in D. 6.1.9 fosse trattato da Ulpiano in connessione con la clausola restitutoria della formula e con l'attività del *iudex*.

Ciò è confermato da altri rilievi: già l'affermazione per cui l'azione (*rei vindicatio*) 'comprende' (*complecti*) il possesso interdittale mostra che, in difetto di esso, l'azione non sarebbe stata fondata (onde il dovere del giudice di assolvere). Il *complecti* fa pensare, infatti, che il possesso interdittale fosse considerato da Pegaso uno dei presupposti sostanziali dell'azione.

Di maggiore significato, in proposito è quanto si legge più avanti nello stesso D. 6.1.9, e cioè che contro i cd. detentori (depositario, comodatario, etc.) *vindicari non posse*; espressione questa che, con *agi non posse, peti non posse*, etc., sta ad indicare non tanto l'impossibilità materiale di proporre l'azione, quanto l'impossibilità di agire fondatamente;<sup>50</sup> e pertanto il dovere del giudice di assolvere nel caso che tuttavia l'azione fosse stata proposta. Correlativamente, il *peti posse* della chiu-

49 La letteratura al riguardo è citata in Marrone, *Contributi*, cit., 355 s., nt. 48 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 197 s., nt. 48).

50 Cfr. G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 163, 173 ss.

sa (la quale – come vedremo – deve ritenersi genuina) esprime, limitatamente al profilo che viene in considerazione (quello della legittimazione passiva), l'idea dell'agire fondatamente.

#### **14. Continua: significato del contesto di D. 6.1.9. Le dottrine di Pegaso e di Ulpiano riguardavano, fondamentalmente, la rivendica del terzo**

Negato il riferimento di D. 6.1.9 all'attività del pretore o comunque alla fase *in iure* – ed affermata, di conseguenza, la sostanziale genuinità della parte iniziale del testo<sup>51</sup> – rimane la difficoltà di conciliare con i principi formulari circa i poteri del *iudex* l'interpretazione del passo più su riferita per la quale Pegaso avrebbe escluso la legittimazione passiva alla rivendica dei cd. detentori, sia che ad agire fosse un terzo sia che fosse lo stesso dante causa del convenuto.

Certo, se questa fosse l'unica interpretazione possibile del frammento, dovremmo ammettere una deroga al principio formulare più volte richiamato. Ma D. 6.1.9 può essere anche inteso diversamente.

La diversa interpretazione che propongo non solo ha il pregio di intendere il contenuto del frammento in modo del tutto conforme ai principi classici in tema di processo (e si tratta di pregio di non poco rilievo, considerata la difficoltà di ammettere una deroga, che sarebbe stata del tutto singolare e peraltro, a mio giudizio, non giustificata in alcun modo), ma è anche, secondo quanto a me sembra, in sé e per sé assai più convincente.

Bisogna in proposito prendere le mosse dall'ipotesi, già accennata, e per me validissima, secondo cui dalla esistenza, nella formula della rivendica, della nota clausola restitutoria (o arbitraria) si dovette presto trarre l'esigenza che al convenuto in tanto potesse venire imputata la mancata restituzione in quanto fosse nelle condizioni, di diritto e di fatto, di potere restituire.<sup>52</sup> Sicché il *iudex* il quale avesse assolto il

51 In ordine alla parte iniziale di D. 6.1.9 resta aperto il problema di stabilire che cosa intendesse significare Ulpiano quando negava la necessità, per il *iudex*, di indagare circa la *causa possidendi*: su ciò v. Marrone, *Contributi*, cit., 357, nt. 53 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 199, nt. 53).

52 In maniera analoga M. Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in *Studi Cagliari* 43, 1964, 140 s.; v. anche M. Kaser,

convenuto impossibilitato a restituire avrebbe pur sempre operato nell'ambito dei poteri a lui attribuiti dalla formula, anche se questa volta solo implicitamente.

Una volta ammesso ciò, si dovette al contempo avvertire l'ulteriore esigenza di specificare, con una formulazione di carattere generale, quali soggetti fossero nelle condizioni di potere restituire: in altri termini, quali soggetti fossero passivamente legittimati alla rivendica. Al riguardo, non si può dubitare che si sia pensato subito a quanti avessero il possesso della cosa rivendicata. Ma tanto non bastava, perché quello di possesso, presso i classici (e i preclassici), non fu un concetto unitario: esso piuttosto variava a seconda dell'istituto cui di volta in volta si faceva riferimento.<sup>53</sup> Ecco quindi che rimaneva il problema di stabilire ciò che per possesso occorresse intendere in funzione della legittimazione passiva alla rivendica. L'idea di Pegaso (e dei *quidam*), secondo quanto ci attesta D. 6.1.9, fu che 'possessori', a questo riguardo, fossero solo i soggetti ritenuti tali in sede di *interdicta uti possidetis e utrubi*.

Che sia stata questa la via seguita dai giuristi, è ipotesi pienamente confermata – mi sembra – da quanto si è avuto modo di osservare più in alto in ordine al riferimento del contesto di D. 6.1.9 alla fase *apud iudicem*: in particolare, alla clausola restitutoria (vi si legge *necesse habebit possessor restituere*) e ai relativi compiti del *iudex*. Se in un luogo dove commentava la clausola restitutoria della *rei vindicatio*, Ulpiano affermò e discusse il principio della legittimazione passiva del *possessor*, ciò è indice della stretta dipendenza di tale principio appunto dalla clausola restitutoria.

Ma andiamo oltre. Si è visto come, una volta ricavato dalla clausola restitutoria della rivendica il principio della legittimazione passiva del possessore, alcuni giuristi, tra i quali Pegaso, abbiano precisato che per possessore, in questa connessione, bisognava intendere il possessore interdittale. In tal modo però – ed è questo che qui importa sottolineare – non si intese negare la rivendica contro quanti detenesero per l'attore (costoro, in generale, non avevano *possessio*

*Die Interesseberechnung bei der vindicatio pignoris*, in Iura 18, 1967, 10; e *infra*, § 57.

53 Cfr. *infra*, § 24 e ivi nt. 114.

*ad interdicta*): tanto non sarebbe stato giustificato, stante la mancanza, in essi, di qualsivoglia impedimento a restituire. Il vero è che l'ipotesi che Pegaso ebbe anzitutto presente quando formulò la sua teoria, e per quanto qui interessa, era quella della rivendica del terzo contro il possessore *nomine alieno*. Si ritenne che a costui, pure se poteva riconoscersi la possibilità materiale, in ogni caso non poteva invece riconoscersi la possibilità giuridica di restituire al terzo: e ciò quanto meno in conseguenza del rapporto che lo legava al dante causa. Pegaso, in altri termini, ritenne che il possessore interdittale, e questi soltanto, non potesse mai invocare alcun impedimento giuridico e materiale alla restituzione.

La successiva evoluzione giuridica, soprattutto in materia possessoria, ma anche in altri campi, e qualche volta considerazioni di opportunità fecero sì che la formulazione di Pegaso non potesse più essere mantenuta: ché si prospettarono certi casi in cui, pure in assenza di possesso interdittale, si ritenne di dovere riconoscere al convenuto l'onere della restituzione. Ecco che allora il possesso, rilevante al fine della legittimazione passiva alla rivendica, non si individuò più nel possesso interdittale, ma nella posizione di chiunque tenesse la cosa e ne avesse la *facultas restituendi*; intesa questa non come pura e semplice materiale possibilità di restituire, ma come possibilità di restituire materiale e giuridica assieme. Questo avviso fu espresso da Ulpiano nella chiusa di D. 6.1.9 (*puto autem ...*); la quale pertanto, così interpretata, non dà luogo ad alcuna di quelle difficoltà rilevate in dottrina e deve quindi, a mio avviso, ritenersi genuina (almeno nella sostanza).

### **15. Continua: le dottrine di Pegaso e di Ulpiano, così come formulate, erano tali da non escludere la legittimazione passiva del detentore di fronte alla rivendica del dante causa**

Quanto si è detto circa la rivendica esercita dal terzo sarà approfondito più avanti. In questo luogo interessa direttamente il caso della rivendica contro il detentore *nomine actoris*, caso che, come già rilevato, non fu quello che immediatamente ebbero sott'occhio Pegaso e i *quidam* di D. 6.1.9. Bisogna quindi far loro carico di avere formulato in termini generali una tesi che invece andava intesa senza alcun riferi-

mento all'ipotesi che per ora interessa da vicino? Ciò non sarebbe impossibile, dandosi sempre più numerose le ipotesi per le quali la moderna dottrina ha rilevato come certe tesi, princìpi, classificazioni, enunciati dai giureconsulti romani in termini generali, non fossero intesi dagli stessi giuristi in tutta la loro potenziale portata. Onde nel caso nostro si potrebbe ritenere che, non ponendosi alcun problema in ordine alla rivendica contro il detentore *nomine actoris* (avendo costui, senza alcun dubbio, la possibilità giuridica e materiale di restituire), nella formulazione di Pegaso questa ipotesi sia rimasta implicitamente fuori. A questa soluzione si dovrebbe certo addivenire qualora la formulazione di Pegaso fosse tale da escludere necessariamente e in ogni caso la rivendica contro i detentori *nomine actoris*. Ma non è così.

Al riguardo bisogna tenere presente che in tanto è prospettabile una rivendica esercitata contro il proprio detentore in quanto il detentore stesso ricusi di restituire la cosa. Ebbene, certamente ancora ai tempi di Pegaso (e dei *quidam* di D. 6.1.9) si riteneva che il detentore, per il fatto solo di rifiutare illegittimamente la restituzione della cosa al proprio dante causa, acquistasse il possesso della cosa medesima.<sup>54</sup> Onde la sua legittimazione, quale possessore, negli *interdicta uti possidetis* e *utrubi* rispetto ai terzi.<sup>55</sup>

Ecco pertanto che la formulazione di Pegaso bene si adattava – almeno fondamentalmente<sup>56</sup> – all'esigenza del caso; che era quella, come rilevato, di ammettere la rivendica solo contro colui il quale fosse nelle condizioni di potere, materialmente e giuridicamente, restituire: chi deteneva per un terzo, persona diversa dall'attore, non era di norma in tali condizioni, non era possessore interdittale e non era passivamente legittimato alla *rei vindicatio*; per il detentore

54 Cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 361, nt. 61 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 203, nt. 61).

55 Certo, il suo non sarebbe stato un possesso *nec vi nec clam nec precario* nei confronti del dante causa (cfr. *infra*, § 53). Ma ciò non avrebbe escluso, giusta la tesi pegasiana, così com'è formulata in D. 6.1.9, la sua legittimazione passiva alla rivendica di fronte al dante causa. Ché Pegaso non richiedeva una *possessio iusta* (*nec vi nec clam nec precario*), ma una *possessio qua talis*. L'essere *iustus* o *iniustus* era una qualificazione estrinseca del possesso interdittale (rilevante ai fini dell'esito dell'*interdictum*): sì che non si può negare che il possesso sussistesse in sé e per sé a prescindere dalla qualificazione in parola.

56 Cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 362, nt. 63 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 204, nt. 63).

*nomine actoris*, di contro, non si prospettava alcun impedimento alla restituzione e coerentemente era passivamente legittimato alla rivendica, in quanto, ricusando illegittimamente la restituzione al proprio dante causa, diveniva possessore *ad interdicta*.

A *fortiori*, la legittimazione passiva alla rivendica del detentore *nomine actoris* deve essere ammessa secondo l'opinione manifestata da Ulpiano ed espressa nella chiusa di D. 6.1.9: *puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*. Ché, comunque si interpretino queste parole, è certo che mai il detentore *nomine actoris* avrebbe potuto sostenere di non avere la *facultas restituendi* di fronte al proprio dante causa.<sup>57</sup>

## **16. L'assunto circa la legittimazione passiva del detentore alla rivendica del dante causa va riferito al detentore esclusivo**

A questo punto occorre precisare che il mio assunto circa la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* del detentore *nomine actoris* deve essere riferito al detentore il quale teneva la cosa ad esclusione dell'attore. Diverso avviso bisogna invece esprimere in ordine a quei soggetti, solitamente qualificati pure essi detentori, i quali tenevano la *res* in modo tale da non escludere l'altra parte dal possesso diretto della *res* medesima. Questo era certamente il caso – come vedremo meglio più avanti – dell'usufruttuario di beni immobili e schiavi, di coloni e inquilini, dei *missi in possessionem*. Contro costoro il *dominus*, finché gli stessi non avessero impedito al *dominus* medesimo quel possesso diretto, compatibile con la loro pretesa posizione di usufruttuari, coloni, etc., non avreb-

57 In proposito giova rilevare che la posizione dei più antichi giureconsulti classici – accettata, come sappiamo, da Pegaso – per cui bastava il rifiuto di restituire per l'acquisto del possesso al detentore, non fu condivisa dai giuristi più recenti (cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 361, nt. 61 = *Scritti giuridici*, I, cit., 203, nt. 61). Sicché, se costoro avessero tenuto ferma la teoria pegasiana circa la necessità del possesso interdittale ai fini della legittimazione passiva alla rivendica, avrebbero finito per negare in molti casi la convenibilità del detentore *nomine actoris*. Con la nuova teoria della *facultas restituendi* si mantenne lo stesso risultato pratico (legittimazione passiva del detentore *nomine actoris*), nonostante il diverso criterio adottato per la determinazione del possesso rilevante in tema di rivendica (*facultas restituendi* al posto di possesso interdittale).

be certo potuto esercitare la rivendica. Ciò per l'elementare rilievo per cui il *dominus* non avrebbe potuto pretendere la restituzione di una *res* che aveva già e della quale manteneva il possesso diretto.<sup>58</sup>

D'altro canto, un tal detentore, per il solo fatto di esercitare sulla cosa il diritto vantato, non acquistava il possesso interdittale,<sup>59</sup> ond'è che, per la teoria pegasiana e dei *quidam*, non sarebbe stato passivamente legittimato alla rivendica. Né lo sarebbe stato per la tesi ulpiana: Ulpiano richiedeva il *rem tenere* e la *facultas restituendi*: ma *rem tenere* si dice di chi detenga la cosa in modo esclusivo; e la *facultas restituendi*, così come la *restitutio*, non è di per sé concepibile se non di fronte a colui che, non avendo la cosa, ne pretenda la restituzione, non già di fronte a chi ne abbia già il possesso diretto. In tali casi il *dominus* avrebbe dovuto valersi di rimedi che tendessero non alla restituzione della cosa (secondo quella che era invece la funzione della *rei vindicatio*), ma ad espellere l'altra parte.<sup>60</sup>

La *rei vindicatio* avrebbe soccorso il *dominus* se il detentore di cui s'è detto, anziché limitarsi ad esercitare sulla cosa il diritto vantato, avesse addirittura espulso il proprietario o comunque lo avesse privato del possesso diretto. Si sarebbero dati in tal modo gli estremi della legittimazione passiva alla rivendica sia per la teoria pegasiana – ché il detentore avrebbe acquistato il possesso interdittale – sia per la teoria ulpiana, non potendosi più negare al convenuto, nel caso prospettato, la *facultas restituendi*.<sup>61</sup>

## 17. La questione di genuinità dell'elenco dei detentori in D. 6.1.9

Secondo l'interpretazione proposta di D. 6.1.9, la formulazione sia della teoria pegasiana sia di quella ulpiana era tale da non escludere fundamentalmente la rivendica contro il detentore *nomine actoris* il quale tenesse la cosa in modo

58 Su tutto ciò, v. più ampiamente *infra*, §§ 40-41, 43, 46-47, 48-51.

59 Non varrebbe invocare in contrario D. 43.3.1.9 (Ulp. 67 *ad ed.*); cfr. *infra*, nt. 259.

60 Cfr. *infra*, nt. 228, § 46 e ivi nt. 255, § 50.

61 Cfr. *infra*, §§ 43, 47 e 51.

esclusivo. Ma, alla formulazione della tesi di Pegaso segue, in D. 6.1.9, un elenco di soggetti contro i quali, secondo la stessa tesi, la rivendica, per difetto di possesso, non sarebbe stata ammissibile. Si tratta del depositario, del comodatario, del conduttore, dei *missi in possessionem legatorum servandorum causa, dotis nomine, ventris nomine, damni infecti nomine* (s'intende *ex primo decreto*).<sup>62</sup> Ebbene, la menzione dei *missi* dei quali s'è detto non dà luogo, per quanto qui rileva, ad alcuna difficoltà; ché essi – come rilevato – finché tenevano il comportamento loro consentito in quanto *missi in possessionem (legatorum servandorum causa, dotis nomine, etc.)*, non sarebbero stati comunque possessori (pur se fossero rimasti illegittimamente nel fondo), e pertanto contro di essi né un terzo né la parte nei cui confronti era stato emesso il provvedimento di *missio* avrebbero potuto agire con la rivendica.

Considerazioni analoghe valgono per il conduttore, sempreché si limiti il discorso a coloni e inquilini cui – come s'è visto – in virtù del rapporto di locazione non spettava detenzione esclusiva.

Per quanto riguarda depositari e comodatari e quei conduttori i quali in forza del rapporto di locazione avevano la detenzione esclusiva della *res*<sup>63</sup> bisogna distinguere: per il fatto in sé e per sé di ricusare la restituzione ai terzi cui non erano legati da alcun vincolo contrattuale, essi certamente non acquistavano il possesso: esso rimaneva al deponente, al comodante, etc. Sicché depositari, comodatari, etc., secondo Pegaso e i *quidam*, non erano passivamente legittimati alla rivendica esercitata dal terzo.

Per converso gli stessi soggetti, ricusando illegittimamente la restituzione alla parte dalla quale derivavano la detenzione, ancora ai tempi di Pegaso – secondo quanto più su osservato – divenivano possessori; e pertanto erano passivamente legittimati alla rivendica e convenibili con questa azione dai loro danti causa (deponente, comodante, locante).

Ne consegue che, se si attribuisce a Pegaso (come vorrebbe l'*ait* di D. 6.1.9) l'affermazione per cui contro depositari e comodatari (e conduttori con detenzione esclusiva) *quia* ...

62 Cfr. *infra*, § 45, § 46, nt. 249.

63 Cfr. *infra*, § 44.

*non possidenti vindicari non posse*, questa affermazione dovrebbe essere limitata alla rivendica del terzo (con la conseguenza di dovere riferire alla rivendica del terzo tutto quanto il discorso da *denique* a *vindicari non posse*).

Ciò sarebbe bene possibile, perché – come sappiamo – era appunto questo caso, della rivendica del terzo, che destava dubbi e perplessità (il caso della rivendica del dante causa contro il proprio detentore non sollevava alcun problema). Sicché fu fondamentalmente per l'ipotesi della rivendica esercitata dal terzo che furono formulate le dottrine che si leggono in D. 6.1.9, ed è a questa ipotesi che va fondamentalmente riferito il contesto. Sarebbe pertanto bene sostenibile che l'autore di D. 6.1.9 abbia poi fatto esclusivo riferimento all'ipotesi della rivendica esercitata dal terzo quando scrisse dei soggetti contro i quali, secondo la tesi di Pegaso e dei *quidam*, l'azione non avrebbe potuto aver luogo.

Ma è pure possibile, in proposito, ritenere che, nel testo classico, si facesse menzione solo dei *missi in possessionem legatorum servandorum causa, dotis nomine*, etc. Per una diagnosi del genere esistono gravi motivi di forma, già da tempo del resto rilevati in dottrina: *commodare apud aliquem* non ha riscontro altrove ed è in sé espressione scorretta; manca il soggetto di *deposita est vel commodata*; manca l'oggetto di *conduxerit*; si noti la sconcordanza – e questo è il rilievo più grave – tra *est, conduxerit, in possessione esset* (insostenibile, per vero, anche il *cavebatur*; onde v'è chi cancella *cui damni-cavebatur*, chi corregge *vel quia damni infecti cautum non esset*).

Al riguardo merita d'essere sottolineato come l'ipotesi per la quale l'originale classico di D. 6.1.9 faceva riferimento solo ai *missi* (e, secondo alcuno, anche a *qui conduxerit*)<sup>64</sup> sia stata sostenuta da studiosi che, circa la legittimazione passiva alla rivendica, prendono le mosse da premesse affatto diverse dalle mie, pervenendo a soluzioni del tutto difformi da quelle più in alto proposte.

Orbene, ad ammettere che non tutto l'elenco dei detentori di D. 6.1.9 sia genuino e che il testo classico facesse riferimento, *exempli gratia*, solo ai *missi in possessionem legato-*

64 V. letteratura citata in Marrone, *Contributi*, cit., 366, nt. 78 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 208, nt. 78).

*rum servandorum causa, dotis nomine*, etc. (e magari anche a coloni e inquilini), l'interpretazione proposta di D. 6.1.9 ne sarebbe ulteriormente confermata.

### **18. Non vale, contro l'assunto proposto, la circostanza che nelle fonti la rivendica sia data generalmente contro il *possessor***

Messo da parte D. 6.1.9, la tesi per la quale, nel processo formulare, sarebbe stata negata la legittimazione passiva alla rivendica del detentore il quale derivasse la sua detenzione dall'attore perde ogni base testuale. In proposito, mette infatti appena conto di rilevare che i numerosi passi dove si parla genericamente di *possessor* in riferimento al convenuto con la rivendica<sup>65</sup> non possono valere contro il mio punto di vista, potendosi replicare non tanto che in essi è fatta l'ipotesi più comune e in pratica più frequente, ma anche e soprattutto che, secondo quanto più su rilevato, *possessor*, *possessio* e *possidere* erano termini che assumevano significazione diversa a seconda dell'istituto cui di volta in volta ci si riferiva.<sup>66</sup> Onde la necessità ulteriore di stabilire quel che, in ordine al problema della legittimazione passiva alla rivendica, si intendeva per possesso: per Pegaso e i *quidam* di D. 6.1.9 *possessor*, in tema di rivendica, era il possessore interdittale (e tale era, secondo costoro, pure il detentore esclusivo *nomine actoris*, il quale illegittimamente ricusasse la restituzione); per Ulpiano e quanti erano del suo stesso avviso *possessor*, in tema di rivendica, era chiunque tenesse la cosa e ne avesse la *facultas restituendi* (pertanto, anche il possessore *nomine actoris* doveva a tal riguardo essere considerato possessore).

Peraltro, potrebbe a questo proposito giovare il rilievo per cui il termine *possessor*, in riferimento alle azioni reali, era talvolta usato dai classici nel significato processuale di convenuto.<sup>67</sup>

65 Così, ad esempio, D. 6.1.10; D. 6.1.12; D. 6.1.14; D. 6.1.15.3; D. 6.1.16 pr.; D. 6.1.17.1; D. 6.1.18; D. 6.1.20; D. 6.1.21; D. 6.1.22; D. 6.1.27.1-5; D. 6.1.31; D. 6.1.33; D. 6.1.35.1-2; D. 6.1.36; D. 6.1.38; D. 6.1.48; D. 6.1.52; D. 6.1.53; D. 6.1.55; D. 6.1.57; D. 6.1.62; D. 6.1.71; D. 6.1.72; D. 6.1.80; D. 44.2.9.1; D. 44.7.25 pr.

66 Cfr. *infra*, § 24 e ivi nt. 114.

67 Si veda, ad esempio, D. 8.5.8.3 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat ...* V. pure D. 7.6.5 pr. (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 8.5.6.1 (Ulp. 17 *ad ed.*).

### 19. Non è vero che nell'*actio depositi* e nell'*actio ex stipulatu* la posizione del convenuto fosse meno gravosa che nella rivendica

Tanto meno la tesi che aversiamo trova conforto in quanto, a sostegno di essa, osserva il Siber,<sup>68</sup> e cioè che, in certi casi, l'uso della rivendica contro un detentore *nomine actoris* avrebbe comportato per il convenuto una posizione più gravosa che se si fosse agito con l'azione *in personam* propria della specie. Il Siber prospetta l'ipotesi del convenuto il quale ha promesso la restituzione mediante *stipulatio* e quella del convenuto depositario. Se l'attore-proprietario, invece che con l'*actio ex stipulatu* e con l'*actio depositi*, avesse agito per la restituzione con la rivendica, la responsabilità per deterioramento o distruzione della cosa sarebbe stata estesa al dolo e alla colpa, anche semplicemente omissiva; invece, in sede di *actio ex stipulatu* e di *actio depositi*, il convenuto sarebbe stato responsabile rispettivamente non oltre il *factum debitoris* e non oltre il dolo. Sicché l'attore-proprietario, agendo con la rivendica, avrebbe frustrato i principi che regolavano la responsabilità contrattuale. E poiché ciò non è pensabile, il Siber ne deriva che l'unica azione esperibile nei casi prospettati fosse l'*actio in personam*.

In contrario è però facile obiettare che – secondo quanto ormai si riconosce comunemente – il convenuto con la rivendica non era, in età classica, responsabile per distruzione o deterioramento *ante litem contestatam*.<sup>69</sup> Invece, lo stesso convenuto, in sede di *actio in personam*, era generalmente responsabile per il suo comportamento colposo, o quanto meno doloso *ante litem contestatam*. Circa il tempo *post litem contestatam*, il convenuto con un'*actio in personam*, nei casi in cui era in mora – e questa doveva essere certo la regola – per il principio della *perpetuatio obligationis* rispondeva per i danni *post litem contestatam* comunque verificatisi (e, *a fortiori*, per il perimento della cosa). In difetto di

68 Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 211 ss. Contro ulteriori argomenti che il Siber invoca per il suo assunto v. Marrone, *Contributi*, cit., 367-369 e ivi nt. 91 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 209-211 e ivi nt. 91). V. anche *infra*, nt. 312.

69 Si tratta di *communis opinio*, così com'è *communis opinio* la non classicità del principio circa la convenibilità, con la rivendica, di *qui dolo desit possidere*: cfr. *infra*, § 56.

mora, il grado di responsabilità del convenuto con un'*actio in personam* per perimento e danni *post litem contestatam* si estendeva in ogni caso al dolo e alla colpa, restando egli liberato solo se il perimento o il danno fossero dovuti a caso fortuito, a forza maggiore o a cause naturali.<sup>70</sup> Pertanto, la posizione del convenuto era in ogni caso più grave nell'*actio in personam* – dove si rispondeva anche per fatti *ante litem contestatam* – che nella *rei vindicatio*.

**20. Non ha nessun fondamento la tesi che esclude la rivendica del dante causa contro i cd. possessori anomali, e neppure quella, più generale, per cui la rivendica sarebbe stata esclusa per il fatto che l'attore potesse disporre, contro lo stesso convenuto e per la restituzione della cosa, di altro rimedio più proprio e adatto alla specie**

Si è sin qui mostrato come manchi ogni fondamento, logico e testuale, alla tesi per la quale i classici avrebbero negato, per difetto di legittimazione passiva, la rivendica contro il detentore *nomine actoris*; e ciò sia in riferimento a Pegaso e ai *quidam* di D. 6.1.9 sia in riferimento ad ogni altro giureconsulto classico.<sup>71</sup>

Ancora minore fondamento ha la tesi per la quale, nel diritto classico, la rivendica sarebbe stata negata contro il possessore *ad interdicta* senza *animus domini*, il quale derivasse dall'attore il suo possesso. A favore di questa tesi – pure essa, come rilevato, inconciliabile con la tecnica del processo formulare – non si può neppure invocare D. 6.1.9, comunque lo si interpreti (né alcun altro testo).<sup>72</sup> Ché creditore pignoratorio, sequestratario e precarista – appunto i possessori senza *animus domini* ai quali si fa riferimento –

70 Cfr. M. Kaser, *Restituere als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München 1932, 72 ss.; Id., *Das römische Privatrecht*, 1, München 1955, 432.

71 *A fortiori*, non può essere negata la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* del detentore senza titolo. Per essa si può argomentare, quanto meno, dai tanti testi (da me citati in *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1958, 545, nt. 318), nei quali, contro il detentore senza titolo, si dà al *dominus* l'*actio ad exhibendum*.

72 Cfr. *infra*, nt. 312.

erano, come si sa, possessori interdittali.<sup>73</sup> Pertanto in ogni caso la formulazione di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 era tale da comprendere anche costoro tra i soggetti passivamente legittimati alla rivendica.<sup>74</sup>

Per motivi analoghi – incompatibilità con la struttura della formula e mancanza di ogni fondamento logico e testuale – non può essere condivisa la tesi per la quale si vorrebbe escludere, in generale, la rivendica nei casi in cui contro lo stesso soggetto, anche possessore con *animus domini*, l'attore-proprietario avesse altra azione più propria e adatta alla specie.<sup>75</sup>

## **21. Non ha fondamento la tesi per la quale, contro il detentore o possessore *nomine actoris*, il pretore avrebbe denegato la rivendica**

È necessario adesso considerare brevemente la posizione di quegli Autori<sup>76</sup> i quali sono dell'avviso che, in caso di rivendica esercitata contro colui il quale detenesse o possedesse a nome dell'attore, non tanto il giudice avrebbe rigettato, quanto il pretore avrebbe denegato l'azione; sicché l'attore avrebbe dovuto fare ricorso all'*actio in personam* (o, se del caso, all'*interdictum de precario*).

Questa tesi, a differenza di quella del Siber, sarebbe in sé e per sé bene compatibile con i principi formulari. Ad essa manca però qualsiasi base testuale.<sup>77</sup>

Un intervento del pretore nel senso voluto dalla dottrina in parola dovrebbe tuttavia essere ammesso, nonostante la mancanza assoluta di testimonianze al riguardo, qualora in favore di esso si invocassero gravi ragioni di equità; ragioni che, conside-

73 Cfr. *infra*, § 53.

74 Non sarebbe convincente obiettare che quella del creditore pignoratorio, sequestratorio, precarista, rispetto al dante causa, non era una *possessio iusta*. In contrario, potrebbero valere considerazioni analoghe a quelle svolte più in alto, nt. 55.

75 Non varrebbe invocare contro Cl. 5.51.10 (Diocl. et Maxim., a. 294): qui la rivendica è negata per difetto di legittimazione attiva: cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 370, nt. 96 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 212, nt. 96).

76 Citati in Marrone, *Contributi*, cit., 342 s., nt. 4 e 355 s., nt. 48 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 184 s., nt. 4, e 197 s., nt. 48).

77 Cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 370, nt. 99 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 212, nt. 99).

rate le specie, non avrebbero potuto consistere che in questo, che l'esercizio della rivendica al posto dell'*actio in personam* (o dell'*interdictum de precario*) avrebbe comportato un aggravio della posizione del convenuto. Ma è vero il contrario: di norma<sup>78</sup> il convenuto sarebbe stato avvantaggiato dall'esercizio della rivendica al posto dell'*actio in personam* (o dell'*interdictum de precario*), perché nella prima più grave era l'onere probatorio dell'attore e meno grave la responsabilità del convenuto.<sup>79</sup> Bisogna quindi pensare che se, di regola, nell'alternativa tra *actio in personam* (o *interdictum de precario*) e *rei vindicatio*, si agiva con l'*actio in personam* (o con l'*interdictum de precario*), ciò accadeva non perché il pretore denegasse la rivendica, ma perché l'attore preferiva gli altri rimedi.

## **22. Lo stato delle fonti per quanto riguarda la legittimazione passiva alla rivendica del detentore o possessore *nomine actoris* e, più in generale, del convenuto perseguibile dallo stesso attore, per la restituzione, con altro mezzo più proprio**

L'assunto circa la legittimazione passiva alla rivendica di quei soggetti dei quali s'è discusso non è fondato solo su considerazioni di carattere generale relative alla struttura della formula e sul rilievo, negativo, circa il difetto sia di testimonianze contrarie sia di ragioni di equità ed opportunità che

78 Eccezionalmente l'attore avrebbe potuto preferire la rivendica; la quale non gli sarebbe stata negata: cfr. *infra*, § 22 e ivi nt. 90. È appena il caso di rilevare che io non intendo affatto negare che, opponendo il convenuto di avere diritto a continuare a detenere o possedere, il pretore il quale non avesse denegato la rivendica, avrebbe dato un'*exceptio* al convenuto (cfr., del resto, *infra*, nt. 230 e § 55). Quel che bisogna escludere decisamente, a mio giudizio, è che per il solo fatto che il convenuto deteneva o possedeva a nome dell'attore il pretore denegasse la rivendica. Così come, *a fortiori*, bisogna negare che, per ciò solo, il pretore concedesse un'*exceptio* (così invece Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 364): un tale impiego di *exceptio* non è attestato, né sarebbe stato in alcun modo giustificato.

79 Che nell'*actio in personam* l'onere probatorio dell'attore fosse meno grave è intuitivo; si veda quanto sopra osservato (*supra*, § 1) circa l'onere della prova in sede di rivendica. Sulla minore responsabilità del convenuto nell'*actio in rem* cfr. *supra*, § 19. In sede di *interdictum de precario* il convenuto rispondeva pure per il suo comportamento doloso precedente l'emanazione dell'interdetto (D. 43.26.2 pr.; nonché per il comportamento colposo dopo l'interdetto: cfr. Kaser, *Restituere*, cit., 80). Diversi erano, invece (per il tempo *ante litem contestatam*), i principi relativi in tema di rivendica: cfr. *supra*, § 19.

avrebbero potuto giustificare la tesi opposta. L'assunto che propongo è fondato anche e soprattutto su un considerevole numero di testi classici<sup>80</sup> della cui sostanziale genuinità gli studiosi, in generale, non dubitano.

Si è preteso<sup>81</sup> di scorgere in essi niente più che applicazioni eccezionali della rivendica, volta a volta giustificate da ragioni diverse, ora pratiche ora dogmatiche, e peraltro non espresse nei testi relativi. Atteggiamento, questo, che presuppone provata la regola rispetto alla quale quelle applicazioni sarebbero state eccezionali. Ma poiché – come s'è visto – una prova in tal senso manca totalmente, i non pochi passi ai quali s'è fatto riferimento suonano a conferma della tesi opposta, della tesi cioè per la quale nulla ostava, in età classica e nel processo formulare, dal punto di vista della legittimazione passiva, all'esercizio della rivendica contro il detentore e contro il possessore (senza *animus domini*) i quali derivassero dall'attore detenzione o possesso; e, in genere, contro tutti coloro i quali fossero tenuti alla restituzione in forza di altro rimedio più proprio e adatto alla specie.

Al riguardo, però, sarebbe un errore attendersi, nei testi classici, il riferimento all'eventualità della rivendica ogni qual volta si discuteva di mezzi giudiziari per la restituzione della cosa. In un contesto nel quale il punto di vista considerato fosse stato diverso da quello del *dominium*, una volta ammessa, ai fini della restituzione, l'esperibilità di un rimedio per il quale si prescindeva del tutto dalla qualità di proprietario nell'attore, sarebbe stato fuori luogo, oltre che ovvio e banale, ricordare ulteriormente che se l'attore fosse stato proprietario, avrebbe avuto anche la rivendica. In casi del genere il richiamo alla rivendica avrebbe potuto essere giustificato, se mai, qualora per l'interessato apparisse più conveniente l'esercizio della rivendica anziché quello dell'azione specifica. Ma si è avuto modo di osservare poco più in alto che, nella pratica alternativa tra *rei vindicatio* e *actio in personam* (o *interdictum de precario*), l'attore avrebbe solitamente preferito l'*actio in personam* (o, all'occorrenza, l'*interdictum de precario*).<sup>82</sup>

80 Richiamati, direttamente o indirettamente, *infra*, ntt. 84, 86-91.

81 Cfr. soprattutto Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 198 s. e *passim*.

82 Tant'è che, fuori dei casi ricordati più avanti, ntt. 87-88, nessun testo classico suggerisce, in concreto, la scelta tra *rei vindicatio* e *actio in personam*.

In tal modo si comprende bene come, nelle fonti classiche, il riferimento alla rivendica in concorso con un'*actio in personam*<sup>83</sup> o comunque in un contesto in cui il punto di vista considerato non fosse quello del *dominium*,<sup>84</sup> oltre che in testi non genuini<sup>85</sup> ed in altri nei quali il concorso emerge solo indirettamente,<sup>86</sup> compare ancora soltanto:

a) in materia di furto. Qui la rivendica è spesso ricordata in concorso con la *condictio ex causa furtiva*,<sup>87</sup> perché sia nell'una sia nell'altra azione attivamente legittimato è il *dominus*;

b) in materia di legati. La rivendica concorre con l'*actio ex testamento* quando il testatore, cautelativamente, ha legato la stessa cosa alla stessa persona nelle due forme *per vindicationem* e *per damnationem*.<sup>88</sup> L'opportunità di far riferimento anche alla rivendica nasce qui dalla considerazione per cui, in ordine al legato *per vindicationem*, la rivendica è l'azione propria della specie;

Non D. 14.6.7.2; e neppure D. 26.7.56. Non sono interamente genuini Coll. 10.3 (= Cl. 4.34.1); D. 16.3.33; D. 13.7.13 pr.; D. 19.1.30; Cl. 4.24.10. Non rilevano in proposito Cl. 4.65.23; e neppure Cl. 3.32.8 e D. 26.9.2 (della cui genuinità, peraltro, con buon fondamento si dubita): v. su tutto ciò Marrone, *Contributi*, cit., 373 s., nt. 105 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 215 s., nt. 105). V. anche *infra*, § 55, nt. 161, nt. 305, nt. 307, nt. 233.

83 In nessun testo, a mia conoscenza, si fa l'ipotesi della rivendica contro il precarista.

84 In Cl. 5.51.10 (Diocl. et Maxim., a. 294) ci si pone dal punto di vista del *dominium*. E così pure, in sostanza, nelle fonti dove è fatta questione di concorso tra *vindicatio pro parte* e azioni divisorie, nonché nelle altre dove la rivendica è data contro il convenuto il quale tiene la cosa a titolo di usufrutto: cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 374, nt. 107 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 216, nt. 107).

85 Cfr. *supra*, nt. 82.

86 È questo il caso di D. 14.6.7.2 (Ulp. 29 *ad ed.*), sempreché si consideri valido, nella specie, il contratto di pegno. Sul testo, *infra*, § 55. Si veda pure D. 9.2.42 (Iul. 48 *dig.*), su cui la mia *Actio ad exhibendum* cit., 587 s. V. anche *infra*, nt. 161, nt. 167, nt. 238, nt. 257, nt. 279, nt. 307. Non rilevano qui le fonti dove concorrono *actio ad exhibendum* e *rei vindicatio*: il concorso tra le due azioni deve essere pensato come spiegato nella mia *Actio ad exhibendum*, cit., 543 s. (ivi, 491, nt. 129, per la citazione delle fonti relative): in concreto, si dava l'una o l'altra azione a seconda della disposizione o no del convenuto alla *defensio*.

87 Cfr. Gai 4.4, 4.8; Paul. Sent. 2.31.13; D. 115.1.3; D. 47.29.1; D. 47.2.14 pr.; D. 47.2.55.3; Cl. 3.41.5; Cl. 6.2.12.1. V. anche D. 13.1.7.1, D. 47.1.1 pr. e D. 25.2.24.

88 A fattispecie del genere dovevano riferirsi, nel contesto classico, D. 30.33; D. 30.84.13; D. 30.85; D. 30.108.2; D. 31.66.5, D. 31.76.8; Cl. 6.37.3: cfr. Voci, *Diritto ereditario romano* 2, Milano 1963, 589 ed ivi nt. 6; sul tema v. già I. Alibrandi, *Opere*, I, Roma 1896, 188 s.

c) in fattispecie relative a rapporti obbligatori dove, per un motivo o per l'altro, all'attore-proprietario non è data, in funzione reipersecutoria e per la restituzione della cosa, l'*actio in personam*;<sup>89</sup>

d) in altre fattispecie in cui per particolari circostanze l'impiego della rivendica appare eccezionalmente più conveniente rispetto a quello della concorrente *actio in personam*;<sup>90</sup>

e) in qualche altro caso per il quale si desidera porre in evidenza come ad una parte debba essere negata ogni azione volta alla restituzione della cosa: quindi, eventualmente, anche la rivendica.<sup>91</sup>

89 Cfr. D. 26.7.56 (Scaev. 4 *dig.*), su cui v. Marrone, *Contributi*, cit., 375 s., nt. 112 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 217 s., nt. 112). Su altre ipotesi in tema di pegno, deposito e usufrutto, *infra*, § 55, § 50, nt. 278. Su D. 43.18.1.4 (Ulp. 70 *ad ed.*), *infra*, nt. 230.

90 Cfr. D. 15.1.52 pr. (Paul. 4 *quaest.*) e D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 *ad ed.*): sul primo testo v. Marrone, *Contributi*, cit., 376, nt. 113 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 218, nt. 113); su D. 42.5.24.2, *infra*, § 35. Viene in considerazione, al riguardo, la complessa fattispecie di D. 10.2.29 (Paul. 23 *ad ed.*), su cui v. *infra*, nt. 307.

91 È questo il caso di D. 13.7.40 pr. (Pap. 3 *resp.*), su cui v. *infra*, nt. 307. Si veda pure, in materia di furto, D. 11.5.1.3 (Ulp. 23 *ad ed.*), su cui v. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 553, 555.



## CAPITOLO 2

### LE TEORIE DI PEGASO E DI ULPIANO

#### **23. Giustificazione della dottrina di Pegaso. Non hanno fondamento certe diverse spiegazioni proposte al riguardo dagli studiosi**

L'indagine che precede ha mostrato non solo che mancano valide ragioni testuali e logiche per escludere, ma anche che vi sono gravi motivi di ordine processuale, confermati dai dati delle fonti, per ammettere la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* formulare di quanti detenevano o possedevano per l'attore o comunque erano dallo stesso attore perseguibili, per la restituzione, con altra azione più adatta alla specie.

Si è anche avuto modo di dimostrare, attraverso l'analisi di D. 6.1.9, che l'accertamento dei presupposti di legittimazione passiva (nella *rei vindicatio*) rientrava tra i compiti del *iudex*. Nulla, in proposito, era detto esplicitamente nella formula. Ma dai termini di essa – più precisamente, dalla clausola restitutoria – la giurisprudenza, in via di interpretazione,<sup>92</sup> ricavò il principio per cui in tanto dovesse venire condannato il convenuto che non aveva restituito in quanto lo stesso fosse, di diritto e di fatto, nelle condizioni di potere restituire al rivendicante vittorioso. Si stabilì così una regola di legittimazione passiva. Essa andava però precisata.

A nessun problema dava luogo il caso del convenuto il quale tenesse la cosa come propria (che fosse cioè possessore con *animus domini*). Neanche sollevava ostacoli l'ipotesi del convenuto il quale detenesse o possedesse il bene rivendicato a nome dell'attore e dall'attore derivasse detenzione o possesso. In tali casi, il convenuto aveva la possibilità materiale e giuridica di restituire all'altra parte; onde la sua legittimazione passiva alla rivendica era fuori discussione.

Per converso, faceva difficoltà l'ipotesi del convenuto il quale detenesse o possedesse per un terzo, persona diversa dall'attore. Ciò per il pregiudizio ingiustificato che dalla restituzione (o dalla condanna pecuniaria) avrebbero potuto su-

<sup>92</sup> Cfr. *supra*, § 14.

bire il dante causa del convenuto o il convenuto medesimo.<sup>93</sup> Ebbene, fu in vista del problema sollevato da fattispecie del genere che, prendendo le mosse dall'affermato principio per cui la rivendica era esperibile solo contro il 'possessore' (ché solo il possessore – si era ritenuto – era nelle condizioni di potere restituire), alcuni giuristi della prima età classica, tra cui il proculiano Pegaso, precisarono ulteriormente – secondo quanto attesta il più volte citato D. 6.1.9 – che, ai fini della legittimazione passiva alla rivendica, per 'possessore' bisognava intendere il soggetto considerato tale in sede di interdetti *uti possidetis* e *utrubi*: solo il possessore interdittale, in altri termini, fu ritenuto da Pegaso e da quegli altri giuristi che ne condividevano l'opinione nella possibilità materiale e giuridica di restituire al rivendicante vittorioso. Si negò invece la legittimazione passiva alla rivendica di quanti detenessero per un terzo,<sup>94</sup> persona diversa dall'attore.

Ho ripetuto questi concetti per rilevare come, secondo il mio punto di vista, la dottrina di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 fu formulata in sede di interpretazione dei termini della formula di rivendica e per concrete esigenze di vita giudiziaria. La spiegazione che propongo della dottrina pegasiana mi sembra pertanto del tutto aderente alle attitudini e allo spirito eminentemente pratici dei giuristi romani e si inquadra perfettamente nell'attività, per altro verso ben nota, degli stessi giuristi, durante l'età classica, di interpretazione dei termini delle formule processuali.

Diverso è, sul significato della dottrina di Pegaso, l'orientamento di quegli studiosi i quali vedono in essa una reminiscenza storica del regime della rivendica nella *legis actio sacramenti in rem*:<sup>95</sup> qui, come è noto,<sup>96</sup> alla *vindicatio* di una parte si opponeva la *contravindicatio* dell'altra, onde non solo chi aveva preso l'iniziativa della lite, ma anche l'avversario doveva affermare *rem meam esse*. Se ne è dedotto che costui, per il fatto appunto di dovere affermare anch'egli il *dominium* sulla *res* in contestazione, non potesse non tener-

93 Cfr. *supra*, § 10.

94 E ciò, sia che detenessero in maniera esclusiva sia che no: per la distinzione v. *supra*, § 16.

95 Così, tra gli altri: Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 10.

96 Cfr. *supra*, § 2.

la con *animus domini*: in altri termini, non potesse non esserne possessore. Ebbene, l'eco di questa esigenza, propria della *legis actio sacramenti in rem* – per cui la rivendica avrebbe potuto essere indirizzata solo contro il possessore con *animus domini* – sarebbe stata ancora viva presso i giuristi della prima età classica e, in particolare, presso Pegaso (come attesterebbe D. 6.1.9), nonostante il mutato regime processuale. Troverebbe in ciò giustificazione la teoria di questo giurista che circoscrive ai soli possessori interdittali la sfera dei soggetti passivamente legittimati alla rivendica.

Si tratta d'una spiegazione la quale presuppone anzitutto, come ognuno vede, non solo che la rivendica – secondo quella che sarebbe stata la teoria di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 – non fosse esperibile contro quanti detenevano per un terzo, ma anche che la stessa azione non fosse possibile contro quanti detenevano per l'attore (pure questi ultimi, infatti, non avevano *animus domini*, sicché neppure essi avrebbero dovuto poter affermare *rem meam esse*). Ma, in proposito, mi sembra di avere già sufficientemente dimostrato che la portata della teoria pegasiana era diversa: per essa solo contro i primi, non anche contro i secondi era negata l'esperibilità della rivendica.

Avverso la spiegazione di cui si tratta valga anche la considerazione per cui la formulazione della teoria pegasiana in D. 6.1.9 è comunque tale da riconoscere la legittimazione passiva alla rivendica anche dei cd. possessori anomali: creditore pignoratorio, sequestratario, precarista. Costoro erano possessori interdittali<sup>97</sup> (onde in ogni caso rientravano tra i soggetti passivamente legittimati alla rivendica giusta la formulazione di Pegaso e dei *quidam*), ma non avevano *animus domini* (pertanto, nella *legis actio sacramenti in rem*, non avrebbero potuto affermare *rem meam esse*).

A quest'ultima obiezione si sottrae la tesi del Kaser:<sup>98</sup> secondo questo Autore la rivendica, nell'*agere in rem per sponsonem*, avrebbe dovuto essere preceduta dall'esperimento

97 Cfr. *infra*, § 53.

98 M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz 1956<sup>2</sup>, 287 s.; Id., *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, estr. da E. Wolff (a cura di), *Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950*, London 1950, 19. Connette pure la legittimazione passiva alla rivendica del solo possessore

tra le parti degli interdetti possessori: la parte vittoriosa in sede possessoria avrebbe poi sostenuto la rivendica con il ruolo di convenuto; questi pertanto avrebbe dovuto esser necessariamente un possessore *ad interdicta*. Il ricordo di questo regime – secondo il Kaser – sarebbe ancora nella nota dottrina di Pegaso della quale si tratta.

Ma anche questa tesi – a parte il rilievo circa la mancanza di prove sicure sulla necessità che nell'*agere per sponsionem* il procedimento interdittale precedesse la rivendica<sup>99</sup> – è fondata sul presupposto, per me erroneo, secondo cui la teoria di Pegaso avrebbe comportato l'esclusione della legittimazione passiva alla rivendica non solo di quanti detenevano a nome di un terzo, ma anche di quanti detenevano per l'attore. È noto infatti che sia nell'*interdictum uti possidetis* sia nell'*interdictum utrubi* prevaleva colui il quale possedesse la cosa *nec vi nec clam nec precario* nei confronti dell'avversario; o, come si dice più brevemente, il *possessor iustus* (rispetto all'avversario). Ora, è vero sì che il detentore *nomine actoris*, ricusando illegittimamente la restituzione al proprio dante causa, acquistava dapprima il possesso interdittale,<sup>100</sup> ma un tal possesso poteva giovargli di fronte ai terzi, non di fronte al dante causa: rispetto a costui il detentore che avesse ricusato illegittimamente la restituzione non poteva dirsi *possessor iustus*.<sup>101</sup> Ne consegue che in sede possessoria, nel conflitto tra dante causa e detentore, sarebbe prevalso il primo; sicché nella successiva eventuale rivendica sarebbe stato il dante causa a ricoprire il ruolo di convenuto e pertanto ad essere in essa passivamente legittimato. Ecco perché, come ho rilevato, pure la spiegazione del Kaser presuppone una interpretazione della dottrina pegasiana tale da escludere il detentore *nomine actoris* dalla legittimazione passiva alla rivendica; interpretazione, questa, che – secondo quanto ampiamente illustrato – deve essere decisamente esclusa.

Peraltro, sia contro la prima sia contro la seconda delle ricordate interpretazioni vale il rilievo, per cui è assai più vero-

interdittale all'esperibilità tra le parti degli interdetti possessori: Á. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1968, 150.

99 Cfr. del resto lo stesso Kaser, *Eigentum und Besitz*<sup>2</sup>, cit., 287, nt. 30.

100 Cfr. *supra*, § 15 e ivi nt. 54.

101 Cfr. *infra*, §§ 40 e 53.

simile e realistico pensare che la dottrina di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 sia stata dettata da esigenze di ordine pratico e ricavata in via di interpretazione dai termini della formula (secondo quanto io propongo, in armonia con quanto sappiamo circa le attitudini e il modo di procedere dei classici), anziché credere che la stessa dottrina fosse nient'altro che un'eco di regimi processuali – rispettivamente *legis actio sacramenti in rem* e *agere per sponsionem* – diversi da quello – *per formulam petitoriam* – cui certamente Pegaso e i *quidam* si riferivano.<sup>102</sup>

#### 24. La dottrina di Ulpiano. Genuinità della chiusa di D. 6.1.9

Stabilita così la portata della dottrina di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9, ricostruite la genesi e le esigenze che la determinarono, possiamo ora fissare l'attenzione sulla chiusa dello stesso frammento: è qui che – come sappiamo – alla teoria di Pegaso se ne contrappone un'altra: *puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*.

Il frammento nel Digesto è attribuito ad Ulpiano (Ulp. 16 *ad ed.*): sicché, se le parole che abbiamo riportate fossero genuine, quella espressa nella chiusa del passo dovrebbe essere appunto la posizione condivisa da Ulpiano: per essa, non tanto i possessori interdittali sono passivamente legittimati alla rivendica, ma tutti quanti tengano la cosa rivendicata e ne abbiano la *facultas restituendi*.

Al riguardo si è già avuto modo di ricordare<sup>103</sup> come sia opinione comune che, con le parole riferite, si ammetta la rivendica contro qualsiasi detentore, ad ogni detentore appunto dovendosi riconoscere la *facultas restituendi*. Questa convinzione scaturisce da ciò, che la tesi espressa nell'ultimo periodo di D. 6.1.9 appare contrapposta a quella di Pegaso. E poiché questi – secondo quanto è detto nel frammento – negava la rivendica contro depositari, comodatari, conduttori, etc., Ulpiano, o comunque l'autore della chiusa doveva inve-

102 Che D. 6.1.9, dove è espressa la dottrina di Pegaso e dei *quidam*, riguardasse l'*agere per formulam petitoriam*, è certo: v. quanto osservato più in alto, § 13.

103 *Supra*, § 13; v. anche Marrone, *La facultas restituendi*, cit., 4, nt. 3; ivi nt. 2, contro l'idea di quegli antichi interpreti che leggevano *in fine* di D. 6.1.9: ... *peti non posse*.

ce ammetterla: il che avrebbe espresso affermando la convenibilità di chiunque avesse la *facultas restituendi*.

D'altra parte, l'idea che i classici fossero giunti ad ammettere la legittimazione passiva alla rivendica di qualsiasi detentore è apparsa insostenibile; quanto meno considerazioni di opportunità e di equità – le stesse rilevate più in alto<sup>104</sup> – oltre che lo stato complessivo delle fonti,<sup>105</sup> hanno portato ad escludere che il detentore *nomine alieno* fosse comunque e in ogni caso convenibile con la rivendica quando ad agire era persona diversa dal dante causa. Sicché il Siber, e sulla sua scia una fitta schiera di studiosi, hanno formulato l'ipotesi che l'ultimo periodo di D. 6.1.9, da *puto autem* alla fine, non sia stato scritto da Ulpiano: esso dovrebbe essere imputato ai compilatori di Giustiniano o ad un glossatore postclassico.<sup>106</sup>

Ulpiano però certamente dissentiva da Pegaso e dai *quidam*: lo mostra almeno la forma come è introdotta, nel testo ulpiano, la dottrina di quei giureconsulti (*quidem tamen* etc.): il *tamen* – specie dopo l'enunciazione iniziale circa il dovere del giudice di *inspicere an reus possideat*, cui fa seguito l'affermazione per cui non importa *ex qua causa possideat* – il *tamen*, si diceva, rivela l'atteggiamento del giureconsulto di non condividere la tesi che si appresta ad enunciare. Ecco perché si è ritenuto da molti che Ulpiano dissentisse sì da Pegaso, ma non sino al punto di ammettere in ogni caso la rivendica contro chiunque avesse la *facultas restituendi*: cioè – secondo il significato che si suol dare a questa espressione – contro ogni detentore. Il dissenso tra Pegaso e i *quidam* da una parte e Ulpiano dall'altra, una volta condannata la chiusa del passo, è stato così limitato a poche particolari fattispecie di detentori *nomine alieno* contro i quali Ulpiano e quanti ne condividevano l'opinione, a differenza di Pegaso e dei *quidam*, avrebbero eccezionalmente ammesso la *rei vindicatio*, sempre che ad agire fosse stato un terzo.<sup>107</sup> Ché, se ad agire fosse stato lo stesso dante causa, tutti i classici avrebbero fondamentalmente negato la rivendica contro il detentore.

104 *Supra*, § 10.

105 Cfr. *infra*, §§ 30 ss.

106 Cfr. *supra*, § 13 e ivi nt. 47.

107 Cfr. *supra*, § 18.

Di quest'ultimo punto mi sono occupato più su, dimostrando l'inconsistenza, anzi l'insostenibilità dell'opinione comune: la convenibilità con la *rei vindicatio* del detentore *nomine actoris* non era il problema direttamente agitato in D. 6.1.9, non dando luogo esso ad alcuna perplessità dal punto di vista della legittimazione passiva. Che il detentore *nomine actoris* fosse convenibile con la *rei vindicatio* non può essere negato anche per lo stato delle fonti al riguardo: il punto doveva essere fuori discussione.<sup>108</sup>

Ebbene, una volta riferito fundamentalmente il contesto di D. 6.1.9 all'ipotesi della rivendica del terzo, mi sembra di potere decisamente contestare l'esattezza della ricordata interpretazione data dagli studiosi moderni alla chiusa (*puto autem ...*) di D. 6.1.9, interpretazione per cui ivi sarebbe stata espressa l'idea della legittimazione passiva alla rivendica di qualsiasi detentore. La ragione del mio dissenso è che non è possibile, a mio giudizio, riconoscere a qualsiasi detentore (di fronte ai terzi) la *facultas restituendi*. Né l'interpretazione complessiva di D. 6.1.9, pur nel suo contesto attuale, né il significato in sé e per sé dell'espressione *facultas restituendi* inducono a tanto.

Quanto al primo punto, non credo si possa trarre dalla congiunzione *autem* (*puto autem ...*) – come invece è stato fatto – il risultato che la chiusa del frammento esprima un'idea in netta antitesi con quanto precede, sino ad ammettere comunque la rivendica contro tutti coloro contro i quali è negata nella parte precedente del passo.

L'*autem* è anche avversativo, ma tra le congiunzioni avversative esprime nel modo meno deciso il contrasto tra un pensiero ed un altro.<sup>109</sup> Nel caso in ispecie non può dirsi altro che questo, che l'*autem* di D. 6.1.9 lega al precedente l'ultimo periodo, e che in questo si afferma cosa diversa: in altri termini, l'autore di *puto autem* etc. non era dell'idea di circoscrivere la convenibilità con la *rei vindicatio* ai soli possessori interdittali (*uti possidetis* e *utrubi*), negandola comunque nei confronti di depositari, comodatari, conduttori e *missi in possessionem*. Ma da ciò a dire che egli ammettesse in ogni

108 Cfr. *supra*, §§ 11 ss.

109 Cfr. F. Calonghi, *Dizionario della lingua latina*, 1. Latino-italiano, s.v. *autem*.

caso la rivendica contro depositari, comodatari etc., il passo è lungo e il contesto di D. 6.1.9 non lo consente.<sup>110</sup>

Forse, se il testo dicesse: *puto autem ab omnibus qui tenent peti posse*, l'opinione comune sarebbe sostenibile. Ma nel frammento si legge: *puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*. Non basta quindi il *tenere* per essere passivamente legittimati alla rivendica, occorre anche la *facultas restituendi*. Che bisogno vi sarebbe stato di aggiungere questa ulteriore espressione, se la detenzione – cui fa riferimento il *tenere* – fosse stata sufficiente?

Ecco quindi che l'interpretazione comune di D. 6.1.9, già per il fatto che nella chiusa si richieda sia il *tenere* sia la *facultas restituendi*, non solo non è necessaria, ma neanche è possibile.

A conforto di ciò è decisiva l'osservazione per cui le parole *facultas restituendi* difficilmente potrebbero esprimere l'idea della mera disposizione fisica della cosa (quale certamente ogni detentore aveva). L'esame dei numerosi passi giurisprudenziali, dove *facultas* ricorre e nei quali il termine è adoperato grosso modo nel senso di capacità o possibilità – esame da me compiuto in altro scritto<sup>111</sup> e che a torto era stato invece trascurato dagli studiosi del tema – mostra come assai raramente esso renda l'idea di nient'altro che di una semplice capacità, possibilità o disponibilità materiali. È questo, peraltro, un uso di cui gli stessi Romani avvertirono il carattere atecnico.<sup>112</sup> Di gran lunga più numerose sono le fonti giurisprudenziali nelle quali *facultas* esprime il concetto del diritto subiettivo, della potestà giuridica, della *facoltà* come contenuto di un diritto subiettivo, della legittimazione attiva, dell'autorizzazione (vuoi legale, vuoi magistratuale, vuoi anche di un privato, ma in ogni caso rilevante giuridicamente)

110 Per comodità espositiva ho ragionato come se l'elenco dei detentori di D. 6.1.9 sia tutto genuino. Non importa che verosimilmente esso sia invece in parte spurio (cfr. *supra*, § 17): per quanto rileva in questo luogo, la sostanza è classica. Pure a credere che nell'originale ulpiano fosse menzione solo dei *missi in possessionem* (cfr. *supra*, *loc. ult. cit.*), ciò non comporterebbe affatto che il giurista ammettesse la rivendica contro i *missi* (sul punto, *infra*, §§ 46-47): Ulpiano negava che solo i possessori interdittali fossero convenibili con la *rei vindicatio*.

111 Marrone, *La facultas restituendi*, cit., 7 ss.

112 Significativo è, in proposito, D. 1.5.4 pr. (Flor. 9 *inst.*), dove la *facultas eius quod facere libet* è da Fiorentino qualificata *naturalis facultas*.

o comunque l'idea della giuridica possibilità o capacità. Altre volte la parola *facultas* rende il concetto nostro di 'onere', nel senso di necessità di compiere qualcosa per conseguire un certo risultato o per evitare un danno.

Di maggiore interesse, ai nostri fini, sono i passi nei quali *facultas (restituendi, exhibendi, etc.)* è presupposto di legittimazione passiva o di responsabilità.<sup>113</sup> Il risultato complessivo che si ricava dal loro esame è che in tanto sussiste *facultas* in quanto il convenuto abbia la disponibilità fisica della *res*; la *facultas* tuttavia non è soltanto questa disponibilità, ma è al contempo disponibilità fisica della cosa e 'legittimazione' a disporne nei confronti dell'attore, al quale quindi il bene può legittimamente essere restituito o esibito. Tale condizione di legittimazione sembra connettersi ad una situazione tale per cui né il convenuto né alcun terzo estraneo alla lite possano dalla restituzione (o esibizione) risentire alcun pregiudizio degno di considerazione giuridica.

È pertanto estremamente probabile che lo stesso significato l'espressione *facultas restituendi* avesse in D. 6.1.9, da cui abbiamo preso le mosse. In tal modo essa non presenta alcuna di quelle difficoltà che vi hanno rilevato gli studiosi i quali ne hanno diagnosticato il carattere spurio, del tutto logico ed equo essendo che possa essere convenuto con la rivendica, e debba quindi restituire la cosa chi, pur senza esserne possessore *ad interdicta*, ne abbia tuttavia la *facultas restituendi* nel senso ora specificato. L'analisi di altri passi confermerà l'assunto.

Per la genuinità della chiusa di D. 6.1.9 depone anche l'uso di *puto*. *Puto* esprime un'opinione: ciò fa pensare che a scrivere l'intero periodo finale del passo sia stato un giureconsulto; ché i compilatori di Giustiniano, investiti di autorità legislativa, avrebbero trasformato il testo con maggiore decisione.

Né è possibile avallare il sospetto della chiusa con il rilievo che Ulpiano, avendo all'inizio del passo affermato l'esigenza del possesso del convenuto ai fini della rivendica, non avrebbe potuto in fine negare la sua stessa premessa ed ammettere la rivendica contro *qui tenent et habent restituendi facultatem*. In contrario è facile osservare che – secondo quanto

113 I testi sono richiamati in Marrone, *La facultas restituendi*, cit., 8, ntt. 13-14; 9, nt. 17.

ormai a me sembra definitivamente accertato – i classici non ebbero una concezione unitaria del possesso: diversa ne era invece la determinazione a seconda dell'istituto in riferimento al quale il possesso veniva in considerazione.<sup>114</sup> Sicché, ad esempio, il possesso rilevante ai fini dell'usucapione non corrispondeva del tutto al possesso *ad interdicta*: diversa era la *ratio* dell'usucapione rispetto a quella della tutela giudiziaria di uno stato di fatto. Ond'è che i giureconsulti romani, secondo il loro costume – di non perdere di vista le esigenze concrete della realtà – non procedettero alla determinazione di un concetto di *possessio* comunque valido.

Pertanto, nel caso nostro, è del tutto naturale che Ulpiano, fissato il principio dell'esperibilità della rivendica contro il possessore, avesse poi proceduto all'individuazione di quel che per possesso bisognava intendere in questa materia; e, ricordata l'opinione di alcuni giuristi, tra cui Pegaso, i quali ritenevano di poter identificare il possessore passivamente legittimato alla rivendica con il possessore *ad interdicta* (*uti possidetis* e *utrubi*), avesse poi manifestato la sua difforme opinione, secondo la quale per 'possessori', ai fini della convenibilità con la *rei vindicatio*, bisognava intendere *qui tenent et habent restituendi facultatem*. E tale è, a mio avviso, il significato del contesto di D. 6.1.9.

Certo, la soluzione di Pegaso e dei *quidam* costituiva una guida più sicura per l'interprete (la sfera dei soggetti, cui veniva riconosciuta la *possessio ad interdicta*, era bene determinata), ma l'opinione accolta da Ulpiano, pure se poteva dar luogo a dubbi di fronte a singole fattispecie, appare più equa e aderente alle concrete esigenze della realtà giuridica.

L'analisi che segue mostrerà le ragioni del diverso atteggiamento di Ulpiano rispetto a Pegaso. Solo una osservazione voglio adesso aggiungere per quanto riguarda la scelta dell'espressione *facultas restituendi* in D. 6.1.9. Di *facultas restituendi* già i classici discorrevano a proposito della rivendica, per indicare l'onere di restituire gravante sul convenuto:

114 Cfr. W. Kunkel, *Civilis und naturalis possessio*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1931, 58 ss.; Kaser, *Eigentum und Besitz*<sup>2</sup>, cit., 329 ss.; Id., *Wesen und Wirkungen der Detention*, cit., 3 ss.; M. Lauria, *Possessiones. Età repubblicana*, Napoli 1957, *passim*; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 286; Id., *La facultas restituendi*, cit., 11 ed ivi nt. 24; G. Mac Cormack, *Naturalis possessio*, in ZRG RA 84, 1967, 48 s.

in questo senso, che se egli non avesse restituito, sarebbe andato incontro alla condanna pecuniaria.<sup>115</sup> Dovette pertanto venire spontaneo – considerate anche le diverse sfumature di significato giuridico che, come rilevato, assumeva la parola *facultas* – adoperare *facultas restituendi* pure per indicare la ‘legittimazione’ a restituire da parte del convenuto. In altri termini, se il convenuto soccombente in sede di rivendica formulare aveva la *facultas restituendi* – intendendo con questa espressione l’onere di restituire – l’azione doveva potersi esercitare solo contro chi avesse la *facultas restituendi*: lì dove il termine *facultas* va inteso invece nell’altro significato di ‘legittimazione’, più su precisato.

## 25. L’impiego della rivendica contro il possessore con *animus domini*

I risultati sin qui conseguiti sulla base soprattutto di considerazioni generali e dell’analisi di D. 6.1.9 sono confermati – mi sembra – dallo studio delle applicazioni particolari della rivendica nel processo formulare dell’età del principato.

In proposito, basta un cenno per quanto riguarda l’impiego della *rei vindicatio* contro il *possessor* il quale avesse tenuto la cosa con l’*animus domini* (cd. *Eigenbesitzer*): è questo l’impiego più largamente attestato, il più comune e normale e del quale nessuno dubita. La *rei vindicatio* contro il possessore con *animus domini* – come si è detto<sup>116</sup> – non dava luogo ad alcun problema, sicché non è a questa ipotesi che pensarono Pegaso e Ulpiano quando formularono le teorie che si leggono in D. 6.1.9.<sup>117</sup> Tuttavia esse bene la comprendono: il possessore del quale s’è detto, infatti, in quanto *possessor*, aveva la protezione interdittale, e pertanto rientrava

115 Cfr. Marrone, *La facultas restituendi*, cit., 8, nt. 14.

116 *Supra*, § 14.

117 Così come non pensarono al caso del detentore senza titolo, pure esso, senza ombra di dubbi, passivamente legittimato alla *rei vindicatio*: cfr. *supra*, nt. 71. D’altra parte, il detentore senza titolo, quanto meno con l’atto di assumere la *defensio*, avrebbe acquistato il possesso interdittale, e pertanto sarebbe stato passivamente legittimato alla rivendica secondo Pegaso. Lo stesso detentore non era vincolato ad alcun terzo per quanto riguarda il bene rivendicato; onde aveva la *facultas restituendi* ed era passivamente legittimato alla rivendica secondo Ulpiano.

tra i soggetti passivamente legittimati alla rivendica secondo la formulazione di Pegaso e dei *quidam*. Egli teneva la cosa come proprietario, con l'*animus* di non dovere per essa render conto ad alcuno: ne aveva quindi la *facultas restituendi* nel senso sopra precisato; onde era passivamente legittimato alla *rei vindicatio* pure giusta la formulazione di Ulpiano e di quanti erano del suo stesso avviso.

## **26. L'impiego della rivendica nelle ipotesi in cui chi era in una qual certa relazione di fatto con il bene rivendicato non aveva *animus domini*: quali di tali ipotesi saranno oggetto di indagine**

Di maggiore interesse, per i problemi che suscitano, sono le questioni di legittimazione passiva alla rivendica relativamente a quei casi nei quali chi si trovava in una qual certa relazione di fatto con il bene rivendicato non aveva in ordine ad esso l'*animus domini*. Non è mio intendimento esaminare ogni situazione astrattamente possibile. Un'indagine del genere, considerato il significato eminentemente storico degli studi romanistici, sarebbe fuori luogo. Fermeremo pertanto la nostra attenzione sulle ipotesi testuali.<sup>118</sup> Inoltre, poiché in D. 6.1.9 – che è il testo fondamentale in materia – si dicono passivamente legittimati alla rivendica ora i possessori interdittali (secondo Pegaso) ora *omnes qui tenent et habent restituendi facultatem* (secondo Ulpiano), prenderemo in considerazione la questione dell'impiego della rivendica formulare pure in quei casi in cui la questione stessa può essere impostata, sulla base dei dati delle fonti, in termini di *possessio ad interdicta* o di *facultas restituendi*.<sup>119</sup>

118 Al caso del detentore senza titolo, in ordine al quale, peraltro, la legittimazione passiva alla rivendica è attestata solo indirettamente (cfr. *supra*, nt. 71), ho accennato *supra*, nt. 117.

119 Nelle fonti è negato il possesso all'*amicus*, all'*hospes*, al *procurator*, al servo (v. D. 41.2.1.20; D. 41.2.9; D. 41.2.18 pr.; D. 41.2.24; D. 41.2.49.1; D. 43.16.1.22), ma non mette conto di intrattenersi su casi del genere, essendo del tutto ovvio che *amicus*, *hospes*, *procurator* e servo non potessero essere legittimati passivamente alla *rei vindicatio*, neanche sotto il profilo della *facultas restituendi*. Circa il *procurator*, è appena il caso di avvertire che egli poteva sì retamente sostenere il ruolo di convenuto in sede di rivendica, ma non in quanto in sé e per sé passivamente legittimato, bensì *nomine alieno* (tuttavia, da parte del *dominus negotii*, l'esercizio della rivendica contro il *procurator* il quale pre-

## A. La rivendica contro i *filii familias*

### 27. La rivendica contro i *filii familias*, negata da Pegaso e dai *quidam* di D. 6.1.9, fu ammessa dai classici successivi

Un'ipotesi interessante – anche se tra le meno note in dottrina<sup>120</sup> – riguarda i *filii familias*.

Per le cose tenute da costoro, dapprima, la *rei vindicatio* non avrebbe potuto essere indirizzata che contro il *pater familias*. Ciò, anzitutto, per l'incapacità del *filius familias* a stare in giudizio, sia come attore sia come convenuto.<sup>121</sup>

È verosimile che questa incapacità persistesse ancora ai tempi di Pegaso (I sec. d.C.). Ma pure a ritenere di no, è a dire che, alla luce della dottrina di questo giurista sulla legittimazione passiva alla *rei vindicatio* (D. 6.1.9), l'azione avrebbe dovuto in ogni caso essere indirizzata contro il *pater*. Ché al *filius familias* non si riconobbe il possesso interdittale. Si veda al riguardo

D. 50.17.93 (Maec. 1 *fideic.*): *Filius familias neque retinere neque recipere neque apisci possessionem rei peculiaris videtur.*

Che il passo riguardasse la *possessio ad interdicta* è rivelato dalle parole *neque retinere neque recipere neque apisci possessionem*; lì dove è manifesto il riferimento alla nota classificazione degli interdetti possessori in *retinendae*, *reciperandae* e *adipiscendae possessionis* (Gai 4.143).

Ora, se ancora ai tempi di Meciano (II sec. d.C.) al *filius familias* è negata la protezione interdittale, *a fortiori* la stessa protezione, e pertanto la *possessio ad interdicta* dovevano al *filius* essere negate anche prima. Del che, per vero, nessuno dubita.<sup>122</sup>

tendesse di detenere in maniera esclusiva è bene prospettabile: in un caso del genere, il *procurator* sarebbe stato un detentore senza titolo: cfr. *supra*, nt. 117). Per quanto riguarda le cose tenute dal servo (il quale, peraltro, non aveva capacità di stare in giudizio), la *rei vindicatio* andava indirizzata contro il *dominus* (o il possessore del servo): era lui a possedere e lui ad avere la *facultas restituendi*, potendo in ogni momento costringere lo schiavo a consegnargli il bene rivendicato, sì da poterlo restituire al rivendicante vittorioso.

120 V. ora il mio scritto *La rivendica contro i «filiifamilias»*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, 6, Torino 1974, 173-192 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 221-238).

121 Cfr. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 46, 148.

122 Cfr. Marrone, *La rivendica contro i «filiifamilias»*, cit., 179 s., nt. 14 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 225 s., nt. 14). Negano il possesso al *filius familias* anche D. 41.2.49.1 (Pap. 2 *def.*) e D. 41.3.44.4 (Pap. 23 *quaest.*).

Pure certo è che possessore, sia *ad usucapionem* sia *ad interdicta*, dei beni tenuti dal *filius* era considerato il *pater*.<sup>123</sup> Di conseguenza, per quanto riguarda tali beni, secondo la dottrina di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 la *rei vindicatio* avrebbe dovuto essere indirizzata comunque contro il *pater familias*. Il quale, in caso di soccombenza, avrebbe avuto in ogni caso, in virtù della *patria potestas*, il potere di esigere dal figlio la disponibilità del bene rivendicato, sì da poterlo a sua volta restituire all'attore vittorioso.

Più tardi, nel corso della stessa età classica, ferma restando la negazione ai *filiis familias* della *possessio ad interdicta*, si riconobbe loro, in generale, la capacità di stare in giudizio come convenuti;<sup>124</sup> riconoscimento, questo, certo connesso con la sempre più ampia capacità e autonomia patrimoniali che nella sostanza i *filiis familias* andarono vieppiù acquistando.

È noto come i *patres familias* fossero soliti concedere ai *filiis familias* (e ai servi) un *peculium*. Si trattava di un patrimonio di fatto: sotto l'aspetto formale titolare dei beni compresi nel peculio era il *pater*. Ma a poco a poco, pur mantenendo il *pater* la facoltà di revocarlo (*adimere*) in ogni momento, a poco a poco – dicevo – si andarono collegando alla concessione del peculio effetti giuridici via via più numerosi ed intensi. Dei quali qui interessa ricordare solo questo, che fu considerata *alienatio* valida quella compiuta dal *filius* persino all'insaputa del padre, sempreché l'*alienatio* stessa fosse a titolo oneroso e riguardasse *res* comprese nel peculio del quale il *filius* avesse avuto la libera *administratio*.<sup>125</sup>

Effetti giuridici maggiori furono connessi al cd. *peculium castrense* (comprendente – come si sa – i beni che il *filius* acquistava in occasione del servizio militare). Il *filius* poteva disporne per testamento, poteva alienare validamente, sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito e pure *ignorante patre*, i beni in esso compresi, al *pater* era addirittura vietato farne *ademptio*.<sup>126</sup>

123 Cfr. Marrone, *La rivendica contro i «filiifamilias»*, cit., 185 ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., 231 ss.).

124 Cir. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 149.

125 Cfr. Marrone, *La rivendica contro i «filiifamilias»*, cit., 189 s., nt. 41 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 235 s., nt. 41).

126 Cfr. F. La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano 1953, 61 ss.; 141 ss.

D'altro canto, la giurisprudenza classica trattò la *restitutio* fatta dal convenuto soccombente in sede di *rei vindicatio* (di seguito a sentenza ingiusta) alla stregua di *alienatio*: più precisamente, di *alienatio* non volontaria.<sup>127</sup>

Ebbene, se il figlio di famiglia – ormai capace di stare in giudizio come convenuto – poteva, ricorrendo determinate condizioni, validamente alienare, è forza riconoscergli, dandosi le medesime condizioni, quella *facultas restituendi* che, secondo la dottrina di Ulpiano, lo avrebbe legittimato passivamente alla *rei vindicatio*.

Di ciò abbiamo conferma in un testo dello stesso Ulpiano:

D. 44.2.11.8 (Ulp. 75 *ad ed.*): *si quis hominem a filio familias petierit, deinde eundem a patre petat, locum habet haec exceptio.*

Il caso proposto è quello della rivendica di uno schiavo (*si quis hominem ... petierit*), esercitata da un terzo prima contro il *filius* e poi contro il *pater*. La seconda azione – avverte il giurista – sarebbe stata paralizzata dall'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (*haec exceptio*: che si tratti dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* si ricava agevolmente dal contesto dove il brano è inserito).<sup>128</sup>

Il passo è fondamentale per il mio assunto, perché attesta l'uso della rivendica contro un soggetto (il *filius familias*) che, come già ricordato, possessore *ad interdicta* non era, contro un soggetto pertanto che, per la teoria di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9, non sarebbe stato convenibile con la *rei vindicatio*. Il *filius*, come si è visto, sebbene non possessore *ad interdicta*, poteva tuttavia avere la *facultas restituendi*. Bisogna quindi ritenere che in tanto Ulpiano ammetteva la legittimazione dei *filius familias* alla rivendica

127 Cfr. M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in AUPA 24, 1955, 281 ss.; G. Pugliese, *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in RIDA 6, 1959, 362 ss.; Id., *Note sulla ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, 3, Milano 1962, 740 ss.; F. Sturm, *Alienationis verbum etiam usucapionem continet*, in *Mélanges Philippe Meylan*, 1, Lausanne 1963, 314 ss.

128 Il riferimento all'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* esclude di per sé che Ulpiano si occupasse di un'*actio in personam* (altrimenti la preclusione avrebbe operato *ipso iure*: Gai 3.180-181, 4.106-107). È certo quindi – cosa del resto pacifica – che il giurista, con le parole *si quis hominem ... petierit*, si riferisse alla *rei vindicatio*. Su D. 44.2.11.8 v. anche *infra*, § 28.

in quanto riconosceva eventualmente negli stessi appunto la *facultas restituendi*, e pertanto quel possesso per lui sufficiente ai fini della legittimazione passiva all'azione di cui si tratta.<sup>129</sup>

Merita pure di essere rilevato che in D. 44.2.11.8 Ulpiano dà addirittura come presupposta la legittimazione del *filius* alla rivendica, senza neanche far trasparire al riguardo l'esistenza di una controversia giurisprudenziale. Ciò vuol dire che l'opinione da questo giurista condivisa ed espressa in D. 6.1.9 – per cui *ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse* – fu quella che prevalse presso i classici.

Che la rivendica contro i *filii familias* (attestata in D. 44.2.11.8) sia stata ammessa, nel corso dell'età classica, sotto il profilo della *facultas restituendi*, è confermato da D. 10.4.12.1 e D. 5.3.36.1:

D. 10.4.12.1 (Paul. 26 ad ed.): *Et filius familias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendae habet.*

D. 5.3.36.1 (Paul. 20 ad ed.): *Sed et a filio familias peti hereditatis posse non est dubium, quia restituendi facultatem habet ...*

I due testi<sup>130</sup> di Paolo riguardano il primo l'*actio ad exhibendum* e il secondo la *hereditatis petitio*. In essi è degno di essere sottolineato anzitutto il fatto che si parli espressamente, in riferimento al *filius familias*, rispettivamente di *facultas exhibendi* e *facultas restituendi*. Ma l'uso di tali espressioni è per noi tanto più significativo in quanto se ne discorre in vista di problemi di legittimazione passiva; più precisamente, per giustificare la convenibilità del *filius familias* con l'*actio ad exhibendum* e con la *hereditatis petitio*; azioni, queste, per le quali, stante la loro natura e funzioni, i problemi di legittimazione passiva si ponevano in termini analoghi che per la *rei vindicatio*. Anche nell'*actio ad exhibendum* e nella *hereditatis petitio*, difatti, la rego-

129 Ulpiano, infatti, faceva riferimento al caso del *filius* che, convenuto con la rivendica, stesse in giudizio *suo nomine*, e non – come ha ritenuto alcuno – quale *defensor patris nomine*: cfr. su ciò le mie osservazioni in *La rivendica contro i «filiifamilias»*, cit., 176-180 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 222-226).

130 Sui quali, più ampiamente e con valutazione critica: Marrone, *La rivendica contro i «filiifamilias»*, cit., 180-185 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 226-231).

la era la legittimazione passiva del possessore; pure le relative formule avevano la cd. clausola restitutoria (esibitoria nell'*actio ad exhibendum*), che consentiva al convenuto soccombente di evitare la condanna pecuniaria restituendo (o esibendo) dietro invito del *iudex*.

È pertanto necessario riconoscere – e tutto quanto sopra osservato su D. 6.1.9, sul regime dei peculi e su D. 44.2.11.8 dà forza all'assunto – che se la legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum* e alla *hereditatis petitio* del *filius familias* fu riconosciuta sotto il profilo della *facultas restituendi* di costui, lo stesso avvenne per la *rei vindicatio*.

## **28. Per quali casi Ulpiano e quanti dividevano il suo punto di vista circa la legittimazione passiva alla rivendica ammisero la convenibilità del *filius familias***

Giova a questo punto considerare la questione se, per le *res* tenute dal *filius*, la rivendica contro di lui fosse ammessa (da Ulpiano e dai giuristi che seguivano la sua dottrina) in ogni caso o solo ricorrendo determinate condizioni; e se il terzo dovesse necessariamente agire contro il *filius* o potesse anche agire contro il *pater*. In altri termini, il *filius*, per le cose da lui tenute, aveva in ogni caso la *facultas restituendi*?

I dati che abbiamo al riguardo sono quelli che precedono.<sup>131</sup> Sulla base di essi, a me pare anzitutto di poter ritenere che al *filius* fosse riconosciuta la *facultas restituendi*, pertanto la legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, per i beni che egli potesse validamente alienare; e pertanto – secondo quanto più su ricordato – per i beni compresi nel *peculium castrense*; ma anche per quelli compresi nel peculio ordinario, del quale il *filius* avesse la *libera administratio*.

Altra ipotesi pensabile di rivendica contro il *filius familias* è quella di beni tenuti da costui in conseguenza di eredità o legati. Sappiamo che solo dietro *iussus* del *pater familias*

131 D. 15.1.38 pr. (Afric. 8 *quaest.*) riguardava l'*actio ad exhibendum* (il riferimento alla rivendica non è genuino: cfr. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 537): potrebbe pertanto valere, se mai, come testimonianza indiretta. Non è però chiaro (nonostante Marrone, *Actio ad exhibendum* cit., 328, nt. 120: cfr. G. Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Milano 1960, 331, nt. 83), se l'*actio ad exhibendum* fosse diretta contro il *pater* o contro il *filius*.

il *filius* avrebbe potuto acquistare, e peraltro non a sé ma al *pater* medesimo, eredità e legati. Ma sappiamo pure che tuttavia i classici considerarono destinatario delle disposizioni testamentarie il figlio di famiglia, non il padre; tant'è che quest'ultimo mai avrebbe potuto imporre al figlio l'accettazione.<sup>132</sup> Si comprende così come si sia potuto ammettere – secondo quanto fa fede il citato testo di Paolo conservatoci in D. 5.3.36.1 – che il terzo, il quale pretendesse di essere lui l'erede, esercitasse la *hereditatis petitio* contro il figlio; e ciò sotto il profilo della *facultas hereditatis restituendae*. Il che porta a credere che, mancando gli estremi per la *hereditatis petitio* (ad esempio, non agendo il terzo quale *heres*), per quanto riguarda i beni tenuti dal *filius familias* e da lui acquistati (al *pater*) a titolo di eredità o legati, contro il *filius* stesso si ammettesse, sotto il profilo della *facultas restituendi*, l'esperibilità della rivendica.

Questi devono ritenersi – a mio modo di vedere – dato lo stato delle fonti e considerati i principi a noi noti del diritto classico – i soli casi per i quali si ammise, secondo la corrente giurisprudenziale che prevalse (D. 6.1.9 *in fine*), la legittimazione passiva del *filius familias* alla *rei vindicatio*.

All'altro quesito – il terzo avrebbe potuto agire in rivendica, a sua scelta, anche contro il *pater*? – è facile rispondere di no per il caso del peculio castrense. Solo il *filius* aveva per esso la *facultas restituendi*. Il *pater* avrebbe potuto anche non essere nelle condizioni di restituire: poiché – come si è avuto modo di ricordare – il *pater* non aveva, nella fattispecie in esame, alcun potere di *ademptio*, egli non era giuridicamente nelle condizioni di potere pretendere dal figlio *res* comprese nel peculio castrense, e pertanto neanche nelle condizioni di poterle eventualmente restituire al rivendicante vittorioso. Il terzo, quindi, avrebbe potuto agire soltanto contro il *filius*.<sup>133</sup>

Per converso, in ogni altra ipotesi di legittimazione del *filius* alla *rei vindicatio*, l'azione era esperibile alternativamente e contro il figlio di famiglia e contro il padre.

132 Cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, 1, Milano 1967, 407 s., 638.

133 In tal senso, del resto, si può argomentare da un testo relativo all'*actio ad exhibendum*: D. 49.17.18.4 (Maec. 1 *fideic.*).

È ad un'ipotesi del genere che si riferisce il citato D. 44.2.11.8 (Ulp. 75 *ad ed.*). Il giurista si occupava del principio della preclusione processuale espresso nella nota massima *bis de eadem re ne sit actio*. È appunto questo principio che impedisce, nella specie considerata, la ripetizione dell'azione. Onde se alcuno, dopo avere esercitato la rivendica contro il *filius*, proponga la stessa azione (s'intende in ordine alla medesima cosa) contro il *pater*, gli si opporrà l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (l'*exceptio*, cioè, di cui il giurista si occupava: *haec exceptio*).<sup>134</sup> Sono di nuovo tornato su questo passo per mettere in evidenza come in esso la rivendica contro il *pater* è negata non per difetto, nel *pater*, di legittimazione passiva, ma per il principio *bis de eadem re ne sit actio*, avendo già l'attore proposto l'azione contro il *filius*. Il che presuppone la possibilità che il figlio e il padre fossero contemporaneamente legittimati alla rivendica in ordine alla medesima cosa, avendo l'uno e l'altro la *facultas restituendi*.

Questa, per le cose di cui il figlio avesse la *facultas restituendi*, doveva essere la regola. Unica eccezione, per i motivi detti, era quella del *peculium castrense*. In ogni altra ipotesi il *pater* avrebbe avuto i poteri di pretendere dal figlio la consegna della cosa, sì da poterla restituire eventualmente all'attore vittorioso; ciò anche nel caso che si trattasse di *res* comprese nel peculio ordinario, peculio che il *pater* – come si è visto – avrebbe potuto in ogni momento *revocare* (*adimere*). Ecco perché il terzo, nelle ipotesi di cui si tratta, avrebbe potuto agire con la *rei vindicatio* sia contro il figlio sia contro il padre. Solo che il concorso era alternativo: scelta una via, l'altra sarebbe stata preclusa (D. 44.2.11.8).

## 29. Considerazioni conclusive sulla legittimazione passiva dei *filii familias* alla rivendica

Lo studio della rivendica sotto l'aspetto che si è ora considerato – rivendica per cose tenute dai *filii familias* – è stato

<sup>134</sup> La preclusione avrebbe avuto luogo *ipso iure se*, anziché *actio in rem*, la prima azione fosse stata *actio in personam*, purché al contempo *iudicium legitimum* e con *intentio in ius concepta*: Gai 3.180-181; 4.106-107.

fecondo di risultati: ch  non solo si   avuta una prima conferma della classicit  della dottrina per la quale ‘possessore’, ai fini della legittimazione passiva alla rivendica, deve ritenersi chiunque *rem tenet et habet restituendi facultatem* (D. 6.1.9 *in fine*), ma si   anche potuto stabilire che questa fu la dottrina che prevalse presso i classici.   stato inoltre possibile cogliere uno dei motivi per cui la teoria pegasiana – che limitava ai possessori interdittali la cerchia dei soggetti passivamente legittimati alla rivendica – non poteva essere mantenuta. Mantenerla avrebbe significato escludere comunque la rivendica contro i *filii familias*,<sup>135</sup> il che, considerata l’acquistata capacit  dei *filii familias* di stare in giudizio come convenuti e data l’evoluzione nel regime e del peculio ordinario e di quello castrense, sarebbe stato del tutto ingiustificato; anzi, avrebbe rappresentato un’intollerabile stonatura.

Non che quello relativo ai *filii familias* sia stato il solo motivo dell’abbandono della teoria pegasiana e della formulazione dell’altra, che ammette la rivendica contro chi abbia la *facultas restituendi*: fu in ogni caso uno dei motivi. Altri sar  dato scorgere nell’indagine che segue.

## **B. La rivendica della *res depositata***

### **30. Il regime del deposito e la posizione possessoria delle parti nel relativo contratto. La soluzione di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 nel caso di rivendica del terzo**

Altro impiego della *rei vindicatio* che viene in considerazione   quello relativo a cose date in deposito (cose mobili, pertanto).

  noto che cosa fosse il deposito: un contratto reale per il quale un soggetto, detto deponente, consegnava una cosa mobile all’altra parte, detta depositario, la quale si impegnava a custodirla gratuitamente e a restituirla a richiesta. Contro il depositario infedele, responsabile solo per dolo, il deponente avrebbe potuto esperire l’*actio depositi*. Ora, quel che qui preme particolarmente mettere in luce

135 Eccetto, forse, in ordine alle *res* comprese nel *peculium castrense*: v’  infatti qualche Autore che, pure in assenza di esplicite testimonianze in tal senso, ritiene che ai *filii familias*, nel corso dell’et  classica, sia stato riconosciuto il possesso del *peculium castrense*: cos  P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 3. *Diritti reali*, Roma 1933, 214: contro Lauria, *Possessiones*, cit., 110, nt. 18.

nel regime del contratto di deposito è l'obbligo del depositario di restituire la *res* a semplice richiesta del deponente. Il depositario, in sostanza, avrebbe dovuto tenere in ogni momento la cosa a disposizione del deponente. L'aggiunta eventuale di termini o condizioni inerenti all'obbligo di restituzione nulla avrebbe mutato al riguardo; ché termini e condizioni dovevano sempre e in ogni caso intendersi a favore del deponente: in questo senso, che il deponente avrebbe potuto anche ritardare la domanda di restituzione sino alla scadenza del termine o sino al verificarsi della condizione. L'aggiunta di una clausola tale da consentire al depositario di non restituire prima di un certo termine e del verificarsi di una determinata condizione non sarebbe stata ammissibile: il contratto di deposito ne sarebbe stato snaturato (si pensi soprattutto alla condizione: poiché essa avrebbe potuto non verificarsi, subordinare la restituzione al verificarsi d'una condizione avrebbe potuto significare eventualmente esimere il depositario dall'obbligo di restituire la cosa al deponente).

Pertanto, pure in presenza di termini e condizioni, il deponente – a cui favore soltanto tali clausole dovevano intendersi aggiunte – avrebbe potuto chiedere la restituzione anche prima.<sup>136</sup>

136 Cfr., circa il termine, D. 16.3.1.45-46 (Ulp. 30 *ad ed.*). *A fortiori* la stessa cosa bisogna ritenere per la condizione (v. quanto osservato nel testo in ordine alla condizione inerente all'obbligo di restituzione). Potrebbe costituire una conferma in tal senso D. 4.3.9.3 (Ulp. 11 *ad ed.*: sul passo, tra gli ultimi: B. Albanese, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 28, 1961, 253 ss.), dove la specie, nonostante l'uso di *deponere*, non sembra inquadrata nello schema del contratto di deposito: ciò, verosimilmente, appunto, per la presenza di una condizione. Pertanto, non appare genuina la chiusa *vel condicio* etc. di D. 16.3.1.22 (Ulp. 30 *ad ed.*) (così, dubitativamente: F. Wubbe, *Gaius et les contrats réels*, in TR 35, 1967, 518, nt. 47). Non viene in considerazione al riguardo D. 12.1.4 pr. (Ulp. 34 *ad Sab.*): il passo non riguarda un deposito sotto condizione e, in ogni caso, non esclude l'azione per la restituzione prima dell'eventuale *emptio praedii*. In Pseudo-Quinct. *decl.* 245 sono presupposte regole sì evidentemente contrastanti con quelle, certe, del diritto classico, da fare pensare che vi si tratti di ipotesi, costruite solo per esercitazioni retoriche di scuola, fuori da ogni riguardo dei principi giuridici vigenti. Sulla *decl.* 245 v., per tutti, F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, Milano 1938, 298 ss.; ivi letteratura; adde A. Watson, *Two studies in textual history*, in TR 30, 1962, 239 s.

Ne consegue che in ogni caso la relazione di fatto del depositario con la cosa era del tutto instabile. In effetti, la *res* depositata rimaneva nella disponibilità, in un certo senso anche materiale, del deponente,<sup>137</sup> il quale avrebbe avuto in ogni momento possibilità di riprenderla (ciò, beninteso, sempreché il depositario avesse tenuto fede ai propri obblighi di depositario).<sup>138</sup>

In tal modo bene si comprende come i classici abbiano negato al depositario (non solo la *possessio ad usucapionem*, ma anche) la *possessio ad interdicta*, e pertanto pure la relativa tutela giudiziaria. *Possessio ad interdicta* che invece, nonostante l'avvenuto deposito, rimaneva al deponente.<sup>139</sup> Di conseguenza, secondo la teoria di Pegaso e dei *quidam* di D. 6.1.9 era contro il deponente che il terzo, il quale avesse voluto rivendicare la cosa depositata, avrebbe dovuto dirigere l'azione. Le considerazioni svolte circa la posizione delle parti in ordine alla cosa nel contratto di deposito giustificano tale soluzione.

Poteva accadere però che il deponente, convenuto con la rivendica e in questa soccombente, si trovasse di fronte ad un rifiuto di restituzione da parte del depositario. In un caso del genere, il deponente avrebbe potuto certo ricorrere all'autodifesa impunemente, riprendendosi la cosa con la forza.<sup>140</sup>

Se non vi fosse riuscito, avrebbe potuto esperire l'*actio depositi*; o anche l'*interdictum utrubi*, se è vero, come si deve ritenere, che dapprima l'illegittimo rifiuto di restituzione da parte del depositario avrebbe dato luogo in sé e per sé a per-

137 Significativi sono, in proposito, D. 9.4.22 pr. (Paul. 18 *ad ed.*) e D. 41.3.4.10 (Paul. 54 *ad ed.*), dove si esprime il concetto per cui la *res* depositata è in *potestate* del deponente, lì dove *potestas* designa una potestà di fatto.

138 Il depositario, per vero, avrebbe potuto eventualmente invocare un *ius retentionis*; e avrebbe anche potuto essere temporaneamente e giustificatamente impedito nella restituzione: su ciò, *infra*, nt. 141.

139 Gai 4.153; D. 16.3.17.1 (Flor. 7 *inst.*). Su quest'ultimo testo, *infra*, § 53. V. pure D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*), sebbene formalmente sospetto nel punto dov'è menzione, tra gli altri, del depositario: cfr. *supra*, § 17.

140 Difatti il depositario non avrebbe potuto fare ricorso agli interdetti in difesa del possesso: in essi, sarebbe prevalso comunque il deponente. Ché, pure se il depositario, con l'*infitiatio*, avesse acquistato il possesso (cfr. *supra*, § 15 e *ivi* nt. 54), la sua, nei confronti del deponente, non sarebbe stata una *possessio iusta* (*nec vi nec clam nec precario*).

dita del possesso nel deponente.<sup>141</sup> Ma, intanto, quali sarebbero state le sorti della rivendica in corso?

In proposito, è possibile supporre che, pure nella fattispecie in esame, trovasse applicazione il rimedio previsto per i casi in cui il convenuto soccombente in sede di rivendica fosse solo temporaneamente impedito nella restituzione. Mi riferisco alla prestazione di una *cautio (stipulatio)*, con la quale il convenuto si impegnava a restituire la cosa all'attore vittorioso non appena l'avesse recuperata, e comunque non oltre un certo termine. Poiché questa *cautio*, secondo l'*interpretatio* dei giuristi, fu, con una sorta di finzione giuridica, equiparata alla *restitutio*, ecco che in tal caso il convenuto sarebbe stato assolto.<sup>142</sup> L'attore non ne sarebbe stato pregiudicato, perché avrebbe potuto poi agire contro l'avversario con l'azione nascente dalla *cautio (actio ex stipulatu)*, non appena questi avesse in effetti riacquistato la disponibilità della cosa.

È anche possibile che la soluzione sia stata un'altra. Si è avuto modo di ricordare più in alto che ancora secondo i

141 Cfr. *supra*, § 15 e ivi nt. 54. Nel caso che il depositario non restituisse la cosa, opponendo di avere in ordine ad essa diritto a *retentio* (così, per spese sostenute, che l'altra parte avrebbe dovuto rimborsare), l'*actio depositi* sarebbe stata paralizzata da *exceptio doli* (o, nel caso di *actio depositi in ius ex fide bona*, l'attore, il quale non avesse rimborsato le spese, avrebbe ottenuto, di seguito a *compensatio*, una condanna ridotta: cfr. M. Marrone, *In materia di ritenzione*, in *Labeo* 4, 1958, 86 s. D'altro canto, il depositario che non avesse restituito invocando fondatamente un *ius retentionis* non avrebbe per ciò commesso *infinitatio depositi*; onde, restando il possesso al deponente, né avendo costui subito alcuna turbativa, il deponente medesimo non avrebbe potuto ricorrere all'*interdictum utrubi*. Pertanto, bisogna ritenere che, in casi del genere, il deponente convenuto con la *rei vindicatio* e in questa soccombente avrebbe dovuto, per evitare l'immediata *condemnatio*, pagare le spese al depositario e così togliere fondamento alla *exceptio doli* (o alla pretesa di compensazione). Nell'ipotesi (prospettata in D. 16.3.1.22, Ulp. 30 *ad ed.*), di giustificato temporaneo impedimento alla restituzione, il depositario, non essendo in dolo, non era responsabile in sede di *actio depositi* (onde, per il deponente, la necessità di attendere che il depositario riacquistasse la *facultas restituendi*; D. 16.3.1.21, Ulp. 30 *ad ed.*). D'altronde, il deponente, non dandosi un caso di *infinitatio depositi*, avrebbe mantenuto il possesso; e pertanto, neppure avendo subito turbativa possessoria (arg. ex D. 41.2.20), non avrebbe potuto fare ricorso all'*interdictum utrubi*. Ebbene, è pensabile che, in una fattispecie del genere, si consentisse al deponente, convenuto da un terzo con la rivendica e in questa soccombente, di prestare una *cautio* come quella di cui si discorre più avanti nel testo, in tal modo evitando la condanna: pure quello di cui si tratta era, per il deponente convenuto, un caso di temporaneo impedimento alla restituzione.

142 Cfr. L. Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, 66 ss.

giuristi classici del primo secolo – e pertanto anche secondo Pegaso, e verosimilmente pure per i *quidam* di D. 6.1.9 – il detentore, quindi anche il depositario,<sup>143</sup> il quale ricusasse illegittimamente la restituzione all'altra parte, nella specie al deponente, avrebbe per ciò solo dato luogo ad *interversio possessionis*. Il deponente pertanto – si può supporre – sarebbe stato trattato alla stregua di chi *post litem contestatam* perdeva il possesso della cosa senza sua colpa; situazione, questa, per la quale la corrente giurisprudenziale classica che prevalse proponeva l'assoluzione.<sup>144</sup> Assolto il convenuto deponente, l'attore avrebbe potuto esercitare la rivendica contro il depositario infedele, in considerazione del fatto che costui, ricusando la restituzione al deponente, aveva acquistato lui la *possessio ad interdicta*, e pertanto la legittimazione passiva alla rivendica.<sup>145</sup>

### **31. La soluzione di Ulpiano. L'ipotesi del depositario, il quale abbia illegittimamente rifiutato di restituire la cosa al deponente e che sia successivamente convenuto con la rivendica da un terzo**

In generale, per quanto riguarda la rivendica della cosa depositata sotto l'aspetto che qui rileva, la diversa dottrina condivisa da Ulpiano (D. 6.1.9 *in fine*) non comportò mutamento di regime: il terzo avrebbe dovuto, in linea di massima, esercitare la *rei vindicatio* contro il deponente, non contro il depositario. Quanto si è avuto modo di ricordare circa i poteri e

143 Anzi, è appunto al depositario che si riferiscono la maggior parte dei testi relativi: cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 361, nt. 61 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 203, nt. 61).

144 Sulla questione: M. Kaser, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in ZRG RA 51, 1931, 113 ss.; Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, cit., 166 ss.

145 Ché, se si ritiene che i Proculiani – e quindi anche Pegaso – fossero dell'idea che il convenuto il quale avesse perduto il possesso *post litem contestatam* dovesse comunque essere condannato (sul punto Talamanca, *loc. ult. cit.*), ecco che allora, se non si vuol credere che la soluzione, nell'ipotesi in esame, fosse quella della *cautio de restituendo*, bisogna pensare a ciò, che il deponente in sede di rivendica dovesse subire la condanna pecuniaria; però, non essendo egli in dolo, la *litis aestimatio* sarebbe stata determinata non con *ius iurandum*, ma con *aestimatio del verum pretium rei* da parte del *iudex* (cfr. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 260). Il deponente avrebbe pertanto potuto rivalersi con l'*actio depositi* contro il depositario infedele.

doveri delle parti riguardo alla cosa nel contratto di deposito dà ragione dell'assunto: ché solo al deponente, non anche al depositario, poteva riconoscersi la *facultas restituendi*.<sup>146</sup> Di norma, nel rapporto di cui si tratta, *possessio ad interdicta* e *facultas restituendi* coincidevano.

Eccezionalmente, però, poteva non esservi piena corrispondenza. Si è visto che il fatto in sé e per sé del depositario il quale rifiutasse illegittimamente di restituire la cosa comportava dapprima acquisto del possesso interdittale al depositario medesimo; con la conseguenza che la rivendica avrebbe potuto essere indirizzata contro di lui. Questa dottrina fu però rifiutata dai giuristi classici più recenti, i quali non ritennero più sufficiente per l'acquisto del possesso al depositario il puro e semplice rifiuto di restituire.<sup>147</sup> Se si fosse pertanto tenuto fermo il requisito della *possessio ad interdicta* per la legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, al terzo sarebbe stata preclusa, senza alcuna ragione giuridicamente apprezzabile,<sup>148</sup> l'esperibilità della *rei vindicatio* medesima contro il depositario infedele che avesse ricusato la restituzione al deponente senza tuttavia acquistare per sé il possesso della cosa. Ecco che invece, con la dottrina ulpiana – per cui possessore, ai fini della legittimazione passiva alla rivendica, doveva ritenersi chiunque *rem tenet et habet restituendi facultatem* – il depositario infedele, del quale s'è detto, sarebbe rientrato tra i soggetti convenibili con la *rei vindicatio*. Egli aveva infatti sia la disponibilità fisica del bene rivendicato sia la 'legittimazione' a restituirlo al rivendicante: questa ultima perché, ricusando illegittimamente di restituire la cosa al deponente, aveva in sostanza assunto di non doverla restituire, e pertanto di non dovere per essa rispondere ad alcuno. Onde la sua *facultas restituendi* nel senso più sopra chiarito.

Quanto ora osservato ci dà modo di fare una singolare constatazione, e cioè che, in dipendenza dell'evoluzione di un certo aspetto nella dottrina del possesso, la nuova defi-

146 Cfr. *supra*, nt. 137.

147 Cfr. *supra*, nt. 57.

148 La responsabilità del depositario verso il deponente non sarebbe stata ragione giuridicamente valida, in considerazione del comportamento del depositario.

nizione della sfera dei soggetti passivamente legittimati alla rivendica – *facultas restituendi* al posto di *possessio ad interdita* – consenti, questa volta, di tenere fermo un identico risultato pratico: la convenibilità, nell'ipotesi considerata, del depositario infedele.

### **32. Ipotesi testuali di rivendica del terzo contro il depositario non possessore interdittale, ma con *facultas restituendi*. D. 16.3.31.1**

Per converso, solo con la nuova dottrina della *facultas restituendi* si poté pervenire, in alcune altre ipotesi di deposito di cui è testimonianza nelle fonti, a risultati pratici quali la dottrina pegasiana non avrebbe consentito di raggiungere. Si veda in proposito

D. 16.3.31.1 (Tryph. 9 *disput.*): ... *latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt ... Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit ...*

Il caso è quello di un ladrone che deposita il bottino (*spolia*) presso Seio, il quale è ignaro che si tratti di cose rubate. Si chiede se Seio debba restituire al deponente o al *dominus* derubato (del quale si parla in prima persona). Certo, se abbiamo riguardo (*intuemur*) alle persone del dante e dell'accipiente in sé e per sé (in altri termini: se teniamo presente che il deposito si è svolto solo tra deponente e depositario), la soluzione sarà che il deponente (*is qui dedit*) riceva indietro la cosa affidata all'altra parte (*rem commissam*). Ma se consideriamo equitativamente la situazione nel suo complesso (*totius rei aequitatem*) e tutte le persone che vi sono

interessate, ecco che allora bisognerà decidere che il bottino depositato sia restituito al *dominus* derubato (*mihī*).

Quest'ultima soluzione – dice l'autore del passo – è quella da preferire (*probo*), perché più conforme alla giustizia, che vuole che a ciascuno sia attribuito il suo, in maniera tale che la restituzione di questo 'suo' non sia esclusa (*distrahatur*) da una più giusta pretesa di restituzione che chiunque altro possa per avventura avanzare (in altre parole: non può darsi pretesa più giusta alla restituzione di quella del *dominus*). Ché se il *dominus* (*ego*) non si fa avanti a chiedere le cose depositate, in tal caso il depositario potrà bene restituire al deponente, nonostante la malafede di costui al tempo del deposito. Tanto scrive Marcello in ordine al *praedo* e al *fur*.

Sin qui il testo di Trifonino, nella parte che interessa per il nostro problema. Si tratta di un passo ampiamente rimaneggiato,<sup>149</sup> secondo quanto mostra almeno la forma ampollosa e prolissa, specie lì dove si fa riferimento a considerazioni di equità e di giustizia. Ma la sostanza, per quanto qui interessa, non dà luogo a sospetti. Che il pensiero sia classico, peraltro, è confermato dalla citazione di Marcello, la quale non può essere stata inventata dai compilatori. Potrebbe essere stata attribuita ad un contesto diverso da quello originario, è vero; ma, sino a prova in contrario, bisogna ritenere che il riferimento della citazione di Marcello sia quello che risulta dal passo del Digesto.

149 Sul testo, da diversi punti di vista, oltre gli Autori citati nell'*Index Interpolationum, ad h. t.*, v. S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, 1, Roma 1928, 111, nt. 2; 2, Roma 1928, 364, nt. 2; A. Erhardt, *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin-Leipzig 1930, 77; G. Beseler, *Miscellanea Graecoromana*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 2, Milano 1930, 80; Id., *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, 1, Palermo 1936, 306; C. Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1933, 71; F. Schwarz, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 47 s.; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, 2, Milano 1952, 102, nt. 3; 105; 3, Milano 1957, 527; Id., *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano 1965, 478 ed ivi nt. 64; F. Wubbe, *Res aliena pignori data. De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960, 129, nt. 4; Watson, *Two studies*, cit., 239; A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 51. In generale, sulla questione circa la classicità dell'opera a noi nota come *libri disputationum* di Trifonino, da cui D. 16.3.31.1 è tratto, v. per tutti F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. ital. di G. Nocera), Firenze 1968, 420; ivi letteratura.

Da esso apprendiamo che, in caso di deposito fatto dal *non dominus* in mala fede (si parla di *latro*, ma il discorso può essere esteso ad ogni deponente in malafede, sciente di non essere *dominus*), Marcello, e Trifonino sulla sua scorta, decidevano che il *dominus* avrebbe potuto agire contro il depositario. L'azione pensata non può essere altro che la rivendica (l'attore è *dominus*, non è possessore, non v'è alcun rapporto obbligatorio tra lui e il depositario). Certo, se il *dominus* non agisce e intanto il deponente esercita l'*actio depositi* per la restituzione (altra azione non è pensabile: il deponente non è *dominus*), il depositario restituisce bene al deponente. Ma non è questa l'ipotesi che interessa, quanto la prima: e, per essa – come si diceva – è ammessa la legittimazione passiva del depositario di fronte alla rivendica del terzo.

Ebbene, il depositario non è possessore *ad interdicta*; quindi, per la dottrina pegasiana, non sarebbe stato convenibile dal terzo con la *rei vindicatio*. Se Marcello fu di diverso avviso, ciò denota quanto meno questo, che ai suoi tempi (II sec. d.C.) la teoria pegasiana presso alcuni giuristi non trovava più seguito. D'altra parte, sotto quale profilo poté Marcello, nella fattispecie in esame, avere ammesso la rivendica del terzo contro il depositario, se non sotto quello della *facultas restituendi*? È questo il solo criterio di legittimazione passiva alla rivendica che si trova nelle fonti oltre quello della *possessio ad interdicta*; ond'è che, per lo stato delle nostre testimonianze, di fronte alla fattispecie di D. 16.3.31.1 non è dato pensare ad altro.

Nel caso in esame bisogna ritenere che il depositario, restituendo al *dominus* rivendicante, non sarebbe incorso in alcuna responsabilità verso il deponente. Questi non avrebbe potuto perseguire il depositario con la *rei vindicatio* sia per difetto di legittimazione attiva (il deponente non era *dominus*) sia per difetto di legittimazione passiva (il depositario, avendo restituito al rivendicante, non aveva più la cosa presso di sé); non avrebbe potuto agire con l'interdetto *utrubi* per la restituzione, perché il depositario non teneva più la *res*. Ma neanche l'*actio depositi* gli avrebbe giovato.

È nota l'esistenza, per il deposito, di due formule: una *in factum* e una *in ius ex fide bona*.<sup>150</sup> Ora, si può ritenere che

150 Gai 4.47.

all'*actio depositi in factum* il depositario, nella fattispecie in esame, avrebbe potuto opporre l'*exceptio doli*. Ciò, per ovvie considerazioni di equità (il deponente era sciente di avere depositato cose non proprie, peraltro sottratte alla persona che le aveva rivendicate vittoriosamente presso il depositario; il quale pertanto bene gliel'aveva restituite). Il richiamo all'*aequitas* che, in genere, sta a fondamento dei rimedi pretori, soprattutto dell'*exceptio doli*, conferma l'assunto.<sup>150-bis</sup>

Nello stesso passo (D. 16.3.31.1) è richiamata anche la *bona fides*. Ciò fa pensare che, pure se il deponente avesse proposto contro il depositario l'*actio depositi in ius ex fide bona* dopo che il depositario aveva restituito al *dominus* rivendicante, il *iudex* dell'azione di deposito avrebbe assolto il depositario in base alla considerazione per cui sarebbe stato contrario alla *bona fides*, date le circostanze, ritenere il depositario responsabile nei confronti del deponente.

Pertanto, avendo il depositario di cui si tratta la disponibilità materiale delle cose depositate; non potendo essere dal deponente chiamato a rispondere per la restituzione fatta al terzo rivendicante; e neppure meritando considerazione la posizione del deponente e l'eventuale pregiudizio che gliene sarebbe derivato (non si dimentichi che il deponente, nella specie, è un *latro*, un *fur*, un *praedo*), ecco che allora al depositario non poteva, in queste condizioni, essere negata la *facultas restituendi*; onde, per i giuristi più recenti che seguivano tesi diversa da quella di Pegaso, la sua legittimazione passiva alla *rei vindicatio*.

### 33. Continua: Cl. 3.42.8 pr.

Altra ipotesi di rivendica del terzo contro il depositario è quella conservataci nel *Codex Iustinianus* in

Cl. 3.42.8 pr.-1 (Diocl. et Maxim., a. 293): [pr.] *Si res tuas [commodavit aut] deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. [1] Quod si pactus sit, ut tibi restituantur ...*

<sup>150-bis</sup> Per vero, è anche possibile supporre che, nella specie in esame, l'*actio depositi in factum* non fosse proponibile *ipso iure*, stante che la formula relativa subordinava la condanna alla circostanza che il convenuto non avesse restituito *dolo malo*.

Si tratta di una costituzione imperiale della fine del III secolo (293 d.C.), attribuita congiuntamente a Diocleziano e Massimiano, ma assai verosimilmente del solo Diocleziano (*rectius*, della sua cancelleria), come la maggior parte delle costituzioni dell'epoca, specie di diritto privato, a noi pervenute. L'uso della seconda persona per indicare il diretto interessato alla vicenda mostra che si tratta di un rescritto, e pertanto della decisione d'un caso concreto proposto all'attenzione dell'imperatore. È perciò che le parole *commodavit aut* che si leggono in Cl. 3.42.8 sono state a buon diritto ritenute spurie:<sup>151</sup> il caso concreto era di deposito; sicché l'imperatore non può avere riferito la sua risposta anche all'eventualità di un comodato. Tanto più che, nella parte che segue della stessa costituzione, si parla solo di deposito. Siamo peraltro di fronte ad un'aggiunta da 'completomane'; ché nessuna ragione sostanziale vi sarebbe stata per decidere diversamente un analogo caso di comodato.

Ma l'osservazione per cui Cl. 3.42.8 riguardava una fattispecie concreta ci dà modo di conseguire un risultato di assai maggiore rilievo. Nel § 1 – di cui ho riprodotto solo le parole iniziali (*quod si* etc.) – si prospetta il caso che tra deponente e depositario sia intercorso un patto per cui il depositario debba restituire non al deponente, ma ad un terzo (*tibi*). Si è molto discusso sull'efficacia, in genere, dei patti in favore dei terzi nel diritto romano.<sup>152</sup> La questione in questo luogo non ci riguarda (sicché non abbiamo trascritto il seguito di Cl. 3.42.8). Tuttavia, il fatto che Cl. 3.42.8 faccia riferimento ad una situazione del genere vuol dire, a mio avviso, che la fattispecie proposta all'imperatore era appunto questa, che all'atto del deposito tra le parti era stato pattuito che il depositario restituisse la cosa ad un terzo; quello stesso (indicato in seconda persona), che poi si rivolse all'imperatore per chiedergli di quale rimedio potesse disporre per recuperare la cosa. E poiché il richiedente aveva precisato di essere proprietario (arg. ex *res tuas*), l'imperatore rispose che anzitutto egli, in quanto proprietario, avrebbe potuto agire contro il depositario (*adversus tenentem*) con l'*actio ad exhibendum* o con la *rei vindictio*.

151 Cfr. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 386, e letteratura citata alla nt. 151.

152 In riferimento al testo di Cl. 3.42.8, v. letteratura citata nella mia *Actio ad exhibendum*, cit., 336, nt. 152; adde Longo, *Corso*, cit., 71 s.

L'alternativa *actio ad exhibendum-rei vindicatio* si spiega agevolmente sol che si tenga presente la funzione dell'*actio ad exhibendum* sopra ricordata:<sup>153</sup> di *indefensio* del convenuto con la rivendica (atteggiamento, nella specie, assai probabile: difficilmente il depositario avrebbe contestato il *dominium* della *res* depositata all'attore cui, per patto con il deponente, si era impegnato a restituire la cosa), di fronte all'atteggiamento di *indefensio* del convenuto, si diceva, per il principio *in rem actionem pati non compellimur* non la *rei vindicatio* avrebbe avuto luogo, ma l'*actio ad exhibendum*. Sicché le parole *ad exhibendum vel-vindicatione uti potes* alludono a ciò, che al *dominus* avrebbe giovato l'*actio ad exhibendum* in caso di *indefensio*; altrimenti, la *rei vindicatio*.<sup>154</sup>

Ma ciò che qui interessa sottolineare è che, nella specie, la rivendica del terzo è indirizzata contro il depositario. Secondo la dottrina pegasiana la soluzione non avrebbe potuto essere la stessa, perché – come si sa – il depositario non aveva la *possessio ad interdicta*. Ma, ai tempi di Diocleziano, la dottrina che in ordine alla legittimazione passiva alla *rei vindicatio* veniva generalmente adottata era quella condivisa da Ulpiano: e, per essa, era la *facultas restituendi*, non la *possessio ad interdicta* il criterio determinante al riguardo.

Ebbene, nella specie di Cl. 3.42.8 il depositario aveva la *facultas restituendi*: ciò per il patto con il deponente in virtù del quale la cosa avrebbe dovuto essere restituita ad un terzo determinato. Se pertanto il depositario doveva restituire la *res* a costui anche al di fuori di un giudizio, *a fortiori* sarebbe stato 'legittimato' a restituirla allo stesso una volta che questi si fosse fatto avanti a chiedere la cosa con la *rei vindicatio*.

#### **34. Considerazioni conclusive sulla rivendica del terzo in ordine a *res* date in deposito**

Non abbiamo altre testimonianze dell'impiego della rivendica contro il depositario da parte di un terzo.<sup>155</sup> In quelle

<sup>153</sup> *Supra*, § 7.

<sup>154</sup> Cfr. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 543 s.

<sup>155</sup> Non può essere considerata testimonianza, neanche indiretta, dell'uso della rivendica da parte del terzo contro il depositario: D. 33.5.8.3-D. 10.4.4 (Pomp. 6 *ad Sab.*). Qui al titolare di un *legatum electionis* avente ad oggetto cose depositate è data l'*actio ad exhibendum* contro il depositario (cfr.

viste l'impiego della rivendica nella direzione indicata – che per Pegaso e i *quidam* di D. 6.1.9 non sarebbe stato possibile – ebbe carattere eccezionale; e si giustifica per la *facultas restituendi* che, nelle relative fattispecie, poteva essere riconosciuta al depositario. La regola, per il diritto classico, era e rimase quella per cui il terzo avrebbe dovuto agire contro il deponente.

### 35. La rivendica del deponente contro il depositario

Si è detto sin qui della rivendica di cosa depositata esercitata da un terzo. Per il caso della rivendica dello stesso deponente, dopo quanto più su ampiamente osservato in generale a proposito della *rei vindicatio* del dante causa contro il proprio detentore, si può adesso ribadire l'idea per cui, sia secondo Pegaso e i *quidam* di D. 6.1.9 sia per gli altri giuristi classici, nulla ostava che il deponente, per la restituzione, esercitasse contro il depositario la *rei vindicatio*. La specie non dava luogo ad alcun problema. Solo che in pratica il deponente, per la restituzione, avrebbe avuto maggiore convenienza ad esercitare l'*actio depositi*,<sup>156</sup> dove minore era l'onere probatorio dell'attore, maggiore la responsabilità del convenuto. Nella *rei vindicatio*, infatti, l'attore avrebbe dovuto sostenere la difficile prova circa il *dominium* della *res* depositata; nell'*actio depositi* bastava all'attore provare l'avvenuto deposito. Nella *rei vindicatio* il convenuto, responsabile per perdita o deterioramento dolosi e colposi *post litem contestatam*,<sup>157</sup> non era responsabile per fatti *ante litem contestatam*, perfino se

Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 357 ss.). Di norma, l'impiego dell'*actio ad exhibendum* in favore del *dominus* denota che, se il convenuto avesse assunto la *defensio*, l'attore avrebbe esercitato la *rei vindicatio*. Nella specie, però, il legatario, prima dell'*electio*, non avrebbe potuto esperire la rivendica per difetto di legittimazione attiva: avrebbe avuto solo l'*actio ad exhibendum*; di seguito all'esito vittorioso della quale il legatario avrebbe potuto non solo effettuare l'*electio*, ma anche portare via la *res electa*: cfr. Marrone, *op. ult. cit.*, 539 s., 590 s.

156 Oppure, se la mancata restituzione dava luogo a perdita del possesso nel deponente, l'*interdictum utrubi*; dove – è appena il caso di rilevarlo – l'onere probatorio, per l'attore, sarebbe stato assai meno gravoso che nella *rei vindicatio*; e il procedimento assai più rapido.

157 Cfr. *infra*, § 56, e ivi nt. 319.

imputabili a suo dolo;<sup>158</sup> nell'*actio depositi* il convenuto, responsabile quanto meno per dolo o colpa *post litem contestatam*,<sup>159</sup> era pure responsabile per i pregiudizi subiti dalla cosa *ante litem contestatam* per suo dolo (eccezionalmente anche per sua colpa).<sup>160</sup>

Ecco perché, nelle fonti, al deponente, per la restituzione della cosa, solitamente non si suggerisce la *rei vindicatio*: l'*actio depositi* sarebbe stata, per l'attore, rimedio più pratico e conveniente.

Che la rivendica fosse esperibile si può tuttavia dedurre, indirettamente, soprattutto da Coll. 10.8 (= Cl. 4.34.1, Alex., a. 234) e D. 9.2.42 (Iul. 48 *dig.*).<sup>161</sup> In un altro passo di Ulpiano, poi, nel quale, per le particolari circostanze, la *rei vindicatio* appare per l'attore più conveniente dell'*actio depositi*, ecco che il giurista suggerisce appunto il ricorso alla rivendica:

D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 *ad ed.*): *In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt ... Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.*

Siamo in tema di esecuzione concorsuale (*bonorum venditio*) contro debitori insolventi: più precisamente, contro un banchiere (*mensularius*).<sup>162</sup> Il credito di coloro che hanno depo-

158 Cfr. *supra*, § 19, e ivi nt. 69.

159 Cfr. *supra*, § 19, e ivi nt. 70.

160 Cfr. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 447.

161 Sui due testi, direttamente riguardanti l'*actio ad exhibendum* (nel primo di essi il riferimento alla *rei vindicatio* non è genuino) v. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 356 s., 582, nt. 430, 405 s. Anche da D. 15.1.38 pr. (Afric. 8 *quaest.*) e D. 16.3.25 pr. (Pap. 8 *resp.*), direttamente riguardanti l'*actio ad exhibendum* (in D. 15.1.38 pr. il riferimento alla rivendica non è genuino), può trarsi argomento circa la teorica possibilità, per il deponente, di agire con la *rei vindicatio* contro il depositario. Su D. 15.1.38 pr. e D. 16.3.25 pr. v. la mia *Actio ad exhibendum*, cit., 327 s., 360 s. In questo luogo potrebbe venire in considerazione anche D. 16.3.1.18 (Ulp. 30 *ad ed.*), sebbene la chiusa del testo sia evidentemente spuria: cfr. Marro-ne, *Contributi*, cit., 375 s., nt. 112 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 217 s., nt. 112). Non è contro il mio assunto – nonostante Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 71 – D. 16.3.1.15 (Ulp. 30 *ad ed.*): cfr. Marrone, *op. ult. cit.*, 369, nt. 91 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 211, nt. 91).

162 I *mensularii* o *nummularii* erano banchieri più modesti degli *argentarii*: cfr. G. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena 1926, 376 s., s.v. *nummularius*.

sitato denaro presso il banchiere (credito per la restituzione del denaro depositato) – si dice – sarà soddisfatto prima degli altri crediti, ma dopo quelli privilegiati. Se tuttavia le monete depositate esistono ancora nella loro individualità, ecco che allora i deponenti potranno rivendicarle: e, in tal caso, la loro posizione sarà *ante privilegia*.

È evidente che, nel primo caso, si pensa all'*actio depositi*. Con essa i deponenti potranno perseguire la restituzione del denaro depositato o, se esso non è più presso il fallito, del *tantundem*: saranno soddisfatti però *post privilegia*. Sicché, *si nummi exstent*, converrà ad essi esercitare la rivendica, in considerazione del fatto che *futurum eum qui vindicat ante privilegia*.

Eccezionalmente, pertanto, l'impiego della rivendica poteva, per il deponente, essere più conveniente rispetto a quello dell'*actio depositi*: e i giuristi non mancarono di rilevarlo. Il che conferma, se pur ce ne fosse bisogno, il concorso (alternativo) tra *actio depositi* e *rei vindicatio*, e pertanto il principio della legittimazione passiva del depositario rispetto alla *rei vindicatio* del deponente.<sup>163</sup>

163 In dottrina s'è dubitato che Ulpiano, in D. 42.5.24.2, desse in effetti la rivendica contro il depositario: non sarebbero quindi genuine le parole *a depositariis* (le quali, peraltro – si è anche rilevato – non sono univoche: cfr. Heumann-Seckel, *op. ult. cit.*, 137, s.v. *deponere*). Il dubbio scaturisce dal rilievo per cui, facendo riferimento il testo ulpiano ad una procedura esecutiva in corso, il denaro depositato non sarebbe stato più presso il *mensularius*, bensì presso i creditori *missi* o presso il *curator bonorum* o, dopo la vendita, presso il *bonorum emptor*: la rivendica, pertanto, sarebbe stata data al deponente contro alcuno di costoro. Ora, pur se così fosse, in ogni caso D. 42.5.24.2 proverebbe, sia pure indirettamente, la legittimazione passiva del depositario di fronte alla *rei vindicatio* del deponente: ciò perché i *missi*, il *curator bonorum* o il *bonorum emptor* sarebbero stati convenibili con la *rei vindicatio* al posto del *mensularius*; il *bonorum emptor*, addirittura, quale suo successore. Sembra certo, però, che il debitore il quale avesse subito la *missio in possessionem rei servandae causa* conservasse presso di sé le cose mobili: cfr. *infra*, nt. 254. Cade così il presupposto della tesi ricordata per cui Ulpiano, in D. 42.5.24.2, non avrebbe dato la rivendica contro il *mensularius*-depositario. Su D. 42.5.24.2: S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 3, Napoli 1940, 110 ss.; ivi letteratura; adde F. Bonifacio, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR 49-50, 1947, 148 ss.

### C. La rivendica della *res commodata*

#### 36. Le soluzioni relative alla rivendica della *res commodata* furono analoghe a quelle relative alla rivendica della cosa depositata

Analoga a quella del depositario era, dal punto di vista che qui viene in considerazione, la posizione del comodatario. Il comodatario, a differenza del depositario, avrebbe potuto usare la cosa (mobile) a lui comodata, ma il comodante, come il deponente, avrebbe potuto richiederla indietro in ogni momento, anche prima della scadenza del termine o del verificarsi della condizione eventualmente aggiunti all'obbligo di restituzione dell'altra parte;<sup>164</sup> la quale pertanto avrebbe dovuto comunque restituire.<sup>165</sup> Neanche il comodatario era possessore *ad interdicta*, e non godeva quindi della relativa difesa giudiziale. Possessore rimaneva il comodante.<sup>166</sup> I problemi di legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di oggetti dati in comodato si pongono quindi in termini analoghi che per gli oggetti depositati; sicché, anche per mancanza di testimonianze dirette,<sup>167</sup> non mette conto intrattenersi oltre sul tema.

164 Cfr. Biondi, *Istituzioni*<sup>4</sup>, cit., 482; arg. ex D. 39.5.32 (Scaev. 5 *resp.*).

165 Salvo, pare, il diritto al risarcimento degli eventuali danni per i quali al comodatario era dato un *iudicium contrarium*: D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*). È appena il caso di avvertire che l'eventuale responsabilità del comodante verso il comodatario non escludeva la sua *facultas restituendi* di fronte al terzo rivendicante: il comodante avrebbe dovuto imputare a sé il fatto di avere dato in comodato cosa non propria; onde il pregiudizio che dalla restituzione al terzo rivendicante avrebbe potuto derivare al comodante non era degno di considerazione sotto il profilo giuridico. Per l'ipotesi che il comodatario avesse un giustificato temporaneo impedimento alla restituzione (cfr. D. 41.2.20, Marcell. 19 *dig.*), doveva procedersi come nell'analogo caso in materia di deposito; del pari, se il comodatario avesse opposte fondatezza il *ius retentionis*: cfr. *supra*, nt. 141.

166 Cfr. D. 13.6.8 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus*. V. pure Gai 4.153 e D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*), sebbene verosimilmente non genuino lì dove è menzione del comodato: cfr. *supra*, § 17.

167 Che il terzo potesse agire in rivendica contro il comodatario non può ricavarci, neppure indirettamente, da D. 10.4.4 (Pomp. 6 *ad Sab.*), riguardante l'*actio ad exhibendum*: qui il riferimento al comodato è certamente spurio: v. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 334 s.; su D. 10.4.4 v. anche quanto osservato *supra*, nt. 155. L'impiego della rivendica del comodante contro il comodatario emerge, solo indirettamente però, da D. 13.6.2 (Paul. 29 *ad ed.*): qui il riferimento alla *rei vindicatio* non è genuino (cfr. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 537), ma per la esperibilità della rivendica può essere tratto argomento

## D. La rivendica della *res locata*

### 37. Il problema della rivendica della *res locata* non può essere posto unitariamente

Il problema della rivendica della *res locata* – del quale dobbiamo adesso occuparci – non può essere posto unitariamente.

A me non par dubbio, infatti, che sotto il paradigma della *locatio conductio* i giureconsulti romani sussunsero tutta una serie di situazioni diverse l'una dall'altra, spesso anche profondamente, unificate per la comune ampia accezione di *locare* e *conducere*, e pertanto per la comune terminologia, peraltro adottata nella *demonstratio* della formula delle *actiones locati* e *conducti*.<sup>168</sup> Ora io ritengo che l'aver così raggruppato queste diverse situazioni influì sul loro regime per quanto riguarda l'aspetto dei rapporti obbligatori, non invece sul piano delle situazioni possessorie. Certo, ai *conductores* fu in ogni caso negata la *possessio ad usucapionem*, ma la questione circa la *possessio ad interdicta* non ebbe soluzione unitaria. È significativo in proposito – sebbene la dottrina non sembra avervi fatto caso – che generalmente nelle fonti si discorre della *possessio ad interdicta* in riferimento non tanto ai *conductores* in generale,<sup>169</sup> quanto

dall'esperibilità dell'*actio ad exhibendum*. Non è genuino il riferimento al comodato in Cl. 3.42.8 (Diocl. et Maxim., a. 293): cfr. *supra*, § 38. D. 13.7.27 (Ulp. 6 *opin.*), dove è data l'*actio ad exhibendum*, non riguardava una fattispecie di comodato: v. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 366 ss.

- 168 Sul tema, contro l'opinione dominante, v. ora H. Kaufmann, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft, und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz 1964; su cui v. le recensioni di: P. Voci, in SDHI 31, 1965, 395 ss.; L. Amirante, in Iura 16, 1965, 322 ss.; Th. Mayer-Maly, in ZRG RA 82, 1965, 406 ss. Quanto affermato nel testo è, grosso modo, nell'ordine di idee del Kaufmann. Sull'argomento, assai ampio e complesso – e che non pretendo di avere risolto in questa sede –, mi propongo di tornare in seguito.
- 169 Fanno eccezione D. 13.7.37 (Paul. 5 *ad Plaut.*) e D. 41.2.21.3 (Iav. 7 *ex Cassio*). Cl. 7.30.1 (Alex., a. 226) concerneva locazione di immobili, secondo quanto rivela il riferimento alla *longi temporis praescriptio*. Su Cl. 7.30.1 v. *infra*, ntt. 220 e 229. D. 41.3.33.6 (Iul. 44 *dig.*) riguardava locazione di mobili (si fa il caso del furto). In D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad. ed.*) il riferimento al *conductor* è in un tratto non genuino (cfr. *supra*, § 17); e così pure in D. 10.4.4 (Pomp. 6 *ad Sab.*): cfr. la mia *Actio ad exhibendum*, cit., 334 ss. In D. 13.7.22.3 (Ulp. 30 *ad ed.*) *possessionem* sta per *fundum*. Altrimenti, poiché il testo ammetterebbe, in generale, la *possessio* del *conductor* (sotto questo profilo D. 13.7.22.3 è sfuggito alla dottrina), bisognerebbe espungere *vel conduxit pignus*.

a determinati *conductores*: coloni, inquilini, etc.<sup>170</sup> Diremo pertanto della legittimazione passiva alla rivendica non dei *conductores qua tales*, ma di singole figure di *conductores*; e non di tutte quelle di cui è parola nelle fonti, ma solo di quelle per cui è possibile discorrere di legittimazione passiva alla rivendica sulla base di alcuni concreti dati testuali; quegli stessi ai quali si è fatto cenno più in alto nel fissare i limiti della presente indagine.<sup>171</sup>

### 38. La concessione di *agri vectigales*. La rivendica del terzo

Cominciamo dai *conductores* o *possessores* di *agri vectigales*:<sup>172</sup> erano, questi *agri*, grandi estensioni di terreno agricolo, concesse a privati dallo Stato o dai *municipia* dietro pagamento di un canone annuo, il *vectigal*. Si trattava, praticamente, sempreché il concessionario e i suoi aventi causa avessero continuato a pagare il *vectigal*, d'una concessione perpetua, come tale considerata dai giuristi dell'età del principato.<sup>173</sup> Notevole è in proposito

Gai 3.145: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse.*

Il giurista insegnava che tale è la *familiaritas* tra vendita e locazione che in alcuni casi sorge questione se le parti abbiano contratto l'una o l'altra. Così, ad esempio, nel caso di locazioni perpetue che hanno luogo per i fondi municipali i quali

170 Cfr. *infra*, nt. 178, § 40 e in nt. 195, nt. 216.

171 Cfr. *supra*, § 26.

172 Non dico di altri concessionari di *agri publici*, perché questo studio riguarda l'età classica: e, in tale epoca, non v'è altra concessione di *agri publici* che quella di *agri vectigales*. La situazione conseguente ad altri tipi di assegnazione di terre pubbliche è ormai divenuta, sostanzialmente, vera e propria proprietà. Su ciò Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 328.

173 Cfr. L. Bove, *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli 1960, 10, 40 ss., 72.

vengono dati in locazione a condizione (*ea lege*) che, finché venga pagato il *vectigal*, il fondo non sia tolto al *conductor* e neppure ai suoi eredi.<sup>174</sup> È prevalsa però la tesi (*sed magis placuit*) che si tratti di locazione.

Certo, la tesi della vendita faceva leva sulla perpetuità della concessione; quella della locazione, sull'obbligo di pagare il canone. Quest'ultima – e la testimonianza di Gaio al riguardo trova altrove ampia conferma<sup>175</sup> – prevalse.

Ora, il fatto che si trattasse di locazione (praticamente) perpetua di grandi estensioni di terre è già indice della posizione economicamente solida dei concessionari; i quali, anche socialmente, appartenevano alle classi più influenti. Il che assieme alla circostanza che concedente era lo Stato o comunque una comunità pubblica (*municipium*) porta ad escludere la concreta possibilità di interferenze del *locator* sulla conduzione degli *agri vectigales*. Pertanto, in sostanza, i concessionari, data anche la facoltà di alienazione del loro diritto, se non fosse stato per l'obbligo di pagare il *vectigal* sarebbero stati veri e propri proprietari.

Ecco perché non deve sorprendere che, nonostante tenessero il fondo in virtù di un rapporto di *locatio conductio*<sup>176</sup> e nonostante facesse loro difetto l'*animus domini*,<sup>177</sup> ai concessionari di *agri vectigales* sia stato riconosciuto il possesso *ad interdicta*. Non il possesso *ad usucapionem*, ma il possesso *ad interdicta*; e come possessori interdittali, pertanto, erano all'occorrenza legittimati all'esercizio degli interdetti *uti possidetis* e *unde vi*.<sup>178</sup>

174 Cfr. D. 6.3.1 (Paul. 21 *ad ed.*).

175 Cfr. Bove, *op. ult. cit.*, 74 ss., secondo cui, addirittura, Gaio avrebbe attinto la tesi della vendita da ambienti giuridicamente non qualificati: i giuristi avrebbero sempre visto nella concessione di *agri vectigales* nient'altro che locazione.

176 Solitamente si ritiene che il fatto di tenere la *res* in virtù d'un rapporto obbligatorio escludesse, in generale, il possesso. Sintomatica è, in proposito, la posizione di Alibrandi, *Opere*, 1, cit., 244 s., il quale, tra gli argomenti per negare il possesso del concessionario di *agri vectigales*, invocava anche questo, che si trattava di un *conductor*. Ma v. *infra*, nt. 178.

177 Su ciò, *infra*, § 53.

178 Così E. Albertario, *Studi di diritto romano*, 2, Milano 1941, 389 ss.; Lauria, *Possessiones*, cit., 178 ss.; Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 328, e ivi nt. 15, 382, e ivi nt. 4. Cfr. soprattutto D. 2.8.15.1 (Macer 1 *de appell.*): ... *sed et qui vectigalem, [id est emphyteuticum] agrum possidet, possessor intellegitur*.

Per la loro posizione, quasi da padroni come si è visto, in ordine al fondo locato – che essi potevano persino alienare – ai concessionari era certamente riconosciuta la *facultas restituendi*, nel significato in cui questa espressione è adoperata nella chiusa di D. 6.1.9. Ne consegue che essi erano passivamente legittimati alla *rei vindicatio* sia secondo la dottrina di Pegaso sia secondo quella di Ulpiano, pure se ad agire fosse stato un terzo.

Una diversa soluzione sarebbe stata impensabile. Se il terzo rivendicante avesse potuto agire contro il concedente,<sup>179</sup> come avrebbe potuto questo, una volta soccombente, restituire all'attore vittorioso? Il fondo era nelle mani del concessionario, al quale non poteva essere tolto. Per converso, la rivendica del terzo contro il concessionario non dava luogo a difficoltà: costui era l'unico che poteva materialmente restituire, aveva interesse a resistere (la concessione degli *ager vectigales* rappresentava, per i concessionari, un grosso affare), era l'unico ad avere poteri di fatto sul fondo rivendicato; né l'eventuale restituzione all'attore vittorioso avrebbe pregiudicato, giuridicamente, il concedente. Si veda:

D. 39.4.7 pr. (Pap. Iustus 2 *de constit.*): *Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere ...*

Un rescritto degli imperatori Marco Aurelio (*Antoninus*) e Lucio Vero ribadì il concetto per cui la pretesa per la riscossione del *vectigal* aveva carattere reale, non personale (*ipsa praedia, non personas conveniri*); sicché il possessore attuale rispondeva anche per il *vectigal* relativo agli anni passati, non pagato dai precedenti possessori; oltre che, naturalmente, per il *vectigal* relativo all'anno in corso.

Ne consegue che, nell'ipotesi che un terzo avesse rivendicato vittoriosamente un *ager vectigalis*, il concedente avrebbe potuto in ogni caso pretendere il pagamento del canone dal rivendicante vittorioso cui il convenuto avesse restituito il fondo (sempreché, naturalmente, il rivendican-

179 Con il processo formulare o in via amministrativa? Su ciò, *infra*, § 39 e ivi nt. 181.

te non avesse contestato, con esito positivo, il *dominium* del concedente).

### 39. La rivendica del concedente contro il concessionario di *agri vectigales*

La questione circa la possibilità che il concedente agisse per la restituzione con la rivendica contro il concessionario il quale non avesse pagato il canone è più teorica che pratica. Si è visto come problemi del genere (*rei vindicatio* del dante causa contro il proprio detentore o possessore senza *animus domini*) non potessero che essere risolti dai classici in senso positivo.<sup>180</sup> Nella specie, però, se si pensa ad *agri vectigales* concessi dallo Stato, a *rei vindicatio* formulare non è dato pensare, perché le controversie che lo riguardavano erano risolte in via amministrativa: fuori pertanto del processo civile ordinario.<sup>181</sup> In astratto, l'impiego della rivendica formulare da parte del concedente contro il concessionario di *ager vectigalis* (tenuto alla restituzione per non avere pagato il canone) è ipotizzabile nel caso che a concedere l'*ager* fosse stato un *municipium*: per le controversie dei *municipia*, infatti, si agiva anche *per formulas*.<sup>182</sup> Per quanto più sopra rilevato,<sup>183</sup> tuttavia, bisogna credere che, nella specie considerata, l'*actio locati* sarebbe stata preferita alla *rei vindicatio*.

### 40. I coloni e la loro posizione possessoria

Profondamente diversa da quella dei concessionari di *agri vectigales* era la posizione di coloni e inquilini, sebbene pure questi fossero *conductores*.

I coloni<sup>184</sup> erano affittuari di fondi rustici: avevano l'obbligo di coltivarli, ne percepivano i frutti e pagavano al *locator*

180 Cfr. *supra*, §§ 11 ss.

181 Cfr. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 261.

182 Cfr. Kaser, *op. ult cit.*, 262 s.

183 *Supra*, §§ 21 e 22.

184 Intendo qui 'coloni' nel senso in cui adoperavano il termine i giuristi classici. Sulle diverse accezioni della parola '*colonus*' lungo tutto l'arco dell'evoluzione giuridica romana, v. O. Seeck, art. *Colonatus*, in PWRE 4, Stuttgart 1901, 483 ss.

un corrispettivo detto *merces*. La locazione era a termine, solitamente quinquennale.<sup>185</sup>

Pure se non giuridicamente, certo in pratica i coloni erano, rispetto al *locator*, in posizione di dipendenza e subordinazione,<sup>186</sup> tant'è che, nelle fonti giuridiche, non accade raramente che il colono, sotto certi profili, sia considerato assieme al *servus*:

D. 41.2.3.8 (Paul. 54 *ad ed.*): ... *quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.*

D. 41.2.3.12 (Paul. 54 *ad ed.*): *Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum ...*

Più significativo in proposito è D. 41.2.25.1 (Pomp. 23 *ad Q. M.*), in cui, dopo avere espresso concetti analoghi a quelli dei testi prima citati, *in fine* si dice: *nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus quicquam interest*: non v'è alcuna differenza, cioè, al riguardo del problema trattato, tra il colono ed il nostro servo, per mezzo del quale tratteniamo il possesso.<sup>187</sup>

Che il colono fosse, rispetto al *locator*, in posizione subordinata e dipendente e, possiamo aggiungere, socialmente inferiore, bene si comprende ove si pensi che i coloni erano affittuari di modesti spezzoni di terreno che coltivavano direttamente; vivevano miseramente del loro ingrato lavoro,<sup>188</sup> gravati com'erano dell'obbligo di pagare la *merces*. Sappia-

185 Cfr. A. Pernice, *Parerga*, in ZRG RA 19, 1898, 93 e ivi nt. 1; Seeck, *op. ult. cit.*, 487; S. Solazzi, *Questioni sulla "Missio in bona rei servandae causa"*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, I. *Diritto privato*, Torino 1915, 595. V. D. 19.1.49 pr. (Herm. 2 *iuris epit.*); D. 19.2.24.4 (Paul. 34 *ad ed.*); D. 45.1.89 (Paul. 9 *ad Plaut.*); D. 47.2.68.5 (Cels. 12 *dig.*).

186 Cfr. Pernice, *op. ult. cit.*, 90 ss.

187 Per l'accostamento del colono al servo v. anche D. 41.2.44.2 (Pap. 23 *quaest.*); D. 43.16.1.22 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 43.19.3.4 (Ulp. 70 *ad ed.*).

188 Cfr. Seeck, *op. ult. cit.*, 486 s. Certo, poteva darsi il caso di coloni in condizioni meno disagiate (nelle fonti è fatta l'ipotesi di coloni proprietari di schiavi: D. 9.2.27.9, Ulp. 18 *ad ed.*; D. 19.2.30.4, Alf. 3 *dig. a Paulo epit.*): ma si trattava di eccezioni: cfr. Pernice, *Parerga*, cit., 92. Il fenomeno del *conductor* di grandi estensioni di terreno il quale sublocava ad una miriade di subaffittuari riguardava più che altro i fondi pubblici: cfr. Pernice, *loc. ult. cit.*

mo che erano spesso onerati di debiti, e non era raro il caso che fossero in ritardo nel pagamento della *merces*; onde l'ulteriore aggravio degli interessi moratori.

Era uso che il *locator* visitasse i suoi campi; e, in tale occasione, il costume voleva che i coloni gli facessero omaggio di prodotti agricoli. Queste visite non erano suggerite ai 'padroni' solo da vanità, dall'idea di riaffermare in tal modo il prestigio sociale, ma anche dall'esigenza di verificare come i coloni coltivassero i terreni presi in locazione; ch  una buona e razionale coltivazione, intuitivamente, era nell'interesse anche dei *locatores*. Ma v'  di pi : ai proprietari non bastava il controllo diretto esercitato sui coloni in occasione delle visite saltuarie delle quali s'  detto: essi esercitavano, indirettamente, anche un controllo continuo, facendo sorvegliare i coloni da propri servi, i *vilici*, i quali a tal fine stavano sul fondo locato.<sup>189</sup>

Ecco quindi che il padrone (*locator*) e i suoi servi avevano libero accesso al fondo, senza che il colono potesse legittimamente impedirlo. Il colono non aveva ottenuto in locazione il fondo per tenerlo ad esclusione di chicchessia: in proposito, in riferimento al *locator*, si parla nelle fonti di *locare fundum fruendum*<sup>190</sup> o *locare fundum colendum*:<sup>191</sup> ebbene, n  il *frui* n  il *colere* erano impediti dal libero accesso che il locatore, direttamente o per mezzo dei suoi servi, mantenesse sul fondo locato al colono.

Se questa era la posizione del colono, il fatto che gli sia stata negata non solo la *possessio ad usucapionem*, ma anche la *possessio ad interdicta* appare del tutto logico e naturale. Al possesso interdittale deve essere riferito

D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et*

189 Su tutto ci : Seeck, *op. ult. cit.*, 486 ss.

190 Cfr. D. 19.2.24.4 (Paul. 34 *ad ed.*); D. 19.2.25 pr.-1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 19.2.33 (Afric. 8 *quaest.*). Correlativamente, il *locator*   obbligato a *pati frui*: cfr. N. Palazzolo, *Osservazioni in tema di legato con effetto liberatorio in favore del conduttore*, in Lura 16, 1965, 132, nt. 34.

191 Cfr. D. 19.2.32 (Iul. 4 *ex Min.*).

*colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.*<sup>192</sup>

Il passo riguarda un'ipotesi particolare nella quale, eccezionalmente, al precarista (*is qui rogavit, ut precario in fundo moretur*) non si riconosce il possesso: questo rimane presso il *precario dans* (*apud eum qui concessit*). In tal caso, pertanto, la posizione del precarista sarà come quella dell'usufruttuario (*fructuarius*), del colono e dell'inquilino i quali sono nel fondo e tuttavia non posseggono.

La *possessio* che, di regola, si riconosce al precarista è la *possessio ad interdicta*:<sup>193</sup> è pertanto alla *possessio ad interdicta* che si riferiva Ulpiano quando, in vista di un caso del tutto eccezionale, gliela negava. Onde è pure alla *possessio ad interdicta* che bisogna riferire l'osservazione per cui neppure l'usufruttuario, il colono e l'inquilino posseggono.<sup>194</sup> A conferma valga il rilievo per cui il § 3 che segue immediatamente tratta di *deiectio vi*, con evidente riferimento ad uno dei vizi del possesso (*vi clam precario*) che escludono la protezione interdittale. È questa, pertanto, la materia considerata dal giurista nello squarcio di cui si tratta.

Un altro passo, che qui viene in rilievo, è

D. 43.16.20 (Labeo 3 *pith. a Paulo epit.*): *Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto. Idem si inquilinus tuus vi deiectus fuerit.*

Espulso (*deiectus*) il colono dal fondo, è il *locator*, non il colono che può agire con l'*interdictum unde vi* contro il terzo *deicens*. È pertanto il *locator* che ha la tutela interdittale ed è lui, pertanto, che è, a tal fine, riconosciuto possessore. Ciò, del resto, è confermato da numerose altre sicure testimonianze<sup>195</sup> ed è pacifico in dottrina.

192 Il soggetto di *inquit* è *Marcellus*, lo stesso giurista citato in D. 43.26.6 pr. Sul passo v. M. Marrone, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in AUPA 28, 1961, 44 ss.; ivi letteratura; adde P. Zamorani, *Precario habere*, Milano 1969, 69 s.

193 Su ciò, *infra*, § 53.

194 Peraltro, è pure vero che usufruttuario, colono e inquilino non erano possessori neppure *ad usucapionem*.

195 Gai 4.153; D. 41.2.40 (Afric. 7 *quaest.*); D. 43.16.1.22 (Ulp. 69 *ad ed.*). Che sia il *locator*, non il colono a possedere, emerge anche da Cic. *pro Caec.* 32.94; D. 19.2.60.1; D. 41.2.3.8; D. 41.2.38.12; D. 41.2.25.1; D. 41.2.31; D. 41.2.37; D. 41.2.44.2;

Ne discende che il *locator* avrebbe potuto espellere il colono dal fondo (e l'espulsione, per quanto rilevato circa la posizione reciproca delle parti sotto l'aspetto sociale, doveva in pratica riuscire agevole al locatore), senza nulla temere sul piano della difesa possessoria:<sup>196</sup> il locatore era possessore, il colono no: quindi, se si fosse fatto ricorso ai relativi *interdicta*, avrebbe comunque vinto il *locator*.<sup>197</sup>

Certo, se l'espulsione fosse avvenuta prima della scadenza del rapporto, il colono avrebbe avuto l'*actio conducti*; con la quale, però, non avrebbe potuto perseguire niente di più che l'equivalente pecuniario del suo interesse alla continuazione del rapporto (fino alla scadenza), mai la restituzione del fondo.<sup>198</sup>

La dottrina è solita affermare che il colono aveva la detenzione, non il possesso del fondo. Questa definizione della posizione del colono rispetto al fondo – che non ha riscontro letterale nelle fonti – dopo quanto si è osservato può a mio giudizio essere condivisa, purché con 'detenzione' non si faccia riferimento a detenzione esclusiva. Correlativamente, l'espressione delle fonti per cui il *locator* possiede *per colonos*<sup>199</sup> va intesa non nel senso che quello del *locator* fosse un possesso mediato, indiretto, ma nel senso che il *locator* aveva il possesso anche se, in atto, al suo posto nel fondo stessee il colono; ciò perché, potenzialmente, il *locator*, per il fatto di avere libero accesso al fondo quando volesse, manteneva comunque

D. 41.3.33.1. In D. 41.5.2.1, D. 10.3.7.11, D. 43.16.1.10 e Cl. 7.30.1 si dice che il *colonus* ha la *possessio naturalis*, ma in tratti non genuini. Cfr. su D. 41.5.2.1: H. Hausmaninger, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München 1964, 57 ss.; su D. 10.3.7.11: Kunkel, *Civilis und naturalis possessio*, cit., 77 s.; Kaser, *Wesen und Wirkungen der Detention*, cit., 7, nt. 32; su D. 43.16.1.10: Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 51, nt. 14; G. Nicosia, *Studi sulla deiectio*, 1, Milano 1965, 16, nt. 25; su Cl. 7.30.1: *Index Interpolationum*; S. Solazzi, *Costituzioni glossate o interpolate nel Codex Iustinianus*, in SDHI 24, 1958, 64 s.

196 Cfr. Pernice, *Parerga*, cit., 96.

197 Né il colono, di fronte all'*interdictum uti possidetis*, avrebbe avuto alcun *ius retentionis*: cfr. Pernice, *op. ult. cit.*, 96, nt. 2.

198 Cfr. Pernice, *loc. ult. cit.*; v. anche F. Gallo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Syntelesia Vincenzo Arancio-Ruiz*, Napoli 1964, 1210 s.

199 V. i passi citati *supra*, nt. 195.

il possesso diretto del fondo stesso. Si è già rilevato che spesso i giuristi romani, sotto certi profili, specie in materia di possesso, trattavano il colono alla stregua del servo. Giova pertanto al mio punto di vista rilevare che quando nelle fonti si dice che il *dominus* possiede *per servos*,<sup>200</sup> non si fa riferimento ad un possesso mediato, indiretto del *dominus*, e pertanto ad una detenzione esclusiva dello schiavo, ma alla potenzialità, per il *dominus*, di padroneggiare direttamente la *res*, tenuta per lui da alcuno dei suoi servi. Ebbene, analogo era, secondo me, il significato della espressione *possidere per colonos*.

Bisogna a questo punto precisare che in tanto il colono non possedeva e il possesso rimaneva al *locator* in quanto il colono stesso si comportasse come tale, nell'ambito cioè dei poteri a lui spettanti giusta il contratto di locazione. Ché, se il colono andava oltre e cominciava a detenere in maniera esclusiva proibendo al *locator* l'accesso al fondo, ecco che allora il colono acquistava, sia pure *vi*, il possesso del fondo medesimo e il *locator* lo perdeva. Ciò è testimoniato da

D. 43.16.12 (Marcell. 19 *dig.*): *Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio deiectus est: quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisit tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit ...*<sup>201</sup>

Il *locator* ha venduto ad un terzo il fondo e, in adempimento dell'obbligo nascente dalla vendita (*tradere possessionem*), invita il compratore a prendere possesso (secondo la espressione usata dal testo, *mittit eum in possessionem*). Ma il colono non consente al compratore di entrare nel fondo

200 V., ad esempio, D. 41.2.3.8; D. 41.2.3.12; D. 41.2.25.1; D. 41.2.44.2.

201 Sul testo v. la letteratura che cito in Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 46, nt. 20; adde Gallo, *op. ult. cit.*, 1210, nt. 37; Nicosia, *op. ult. cit.*, 160, nt. 65; e già Pernice, *Parerga*, cit., 96, nt. 2.

(*non admisit*). Successivamente il colono è espulso *vi* da una altra persona ancora. La domanda che si pone è chi possa esercitare l'*interdictum unde vi*. Questo spetta, come si sa, al possessore *deiectus* il quale non possieda *vi*, *clam* o *precario* nei confronti dell'avversario. Ebbene, prima di rispondere al quesito il giurista premette che, al riguardo di esso, il caso del colono il quale proibisca al *dominus* (nella specie al *locator*) di entrare nel fondo e quello del colono il quale impedisca di entrare al compratore invitato dal *locator* a prendere possesso sono sullo stesso piano. Pertanto, da un canto al colono spetta l'*interdictum unde vi* contro chi lo ha *deiectus* dal fondo, dall'altra lo stesso interdetto spetta al *dominus* (nella specie: *locator*) contro il colono, perché è da ritenere che costui lo abbia espulso nel momento stesso in cui non consentì al compratore di entrare nel fondo.

Ora, che al colono nel caso in specie spetti contro l'estraneo *deiciens* l'*interdictum unde vi* non significa che il colono di norma abbia la tutela interdittale e sia pertanto a tal fine riconosciuto *possessor*. È nel caso di specie che il colono è divenuto possessore, perché, impedendo al compratore l'ingresso nel fondo, è come se lo avesse impedito al *locator*; e, proibendo al *locator* di entrare nel fondo, il colono ne acquista il possesso *ad interdicta*. Sicché, se successivamente un estraneo lo espelle *vi*, egli, e non il locatore, può giovare del mezzo a difesa del possessore *qua talis* in casi del genere: cioè dell'*interdictum unde vi*. È vero che il colono a sua volta possiede *vi*, ma ciò solo nei confronti del locatore, non nei confronti dell'avversario; contro il quale, quindi, l'*interdictum unde vi* non incontrerà ostacoli di sorta.

Peraltro, il *locator* che è stato espulso *vi* dal colono (nel momento stesso in cui costui non ammise il compratore nel fondo) avrà contro il colono l'*interdictum unde vi*.

Invece, al compratore non è dato alcun rimedio possessorio contro il colono che non l'ha ammesso nel fondo.<sup>202</sup> L'*emptor* non ha mai avuto il possesso: è stato sì invitato dal venditore a prendere possesso, ma il colono gliel'ha impedito. Certo, se il colono l'avesse ammesso nel fondo, il compratore avrebbe acquistato il possesso e in tal modo avrebbe potuto, come già il *locator*, espellere impunemente il colo-

202 Cfr. D. 43.16.18 pr. (Pap. 26 *quaest.*).

no che possessore non era. Ché l'*emptor* avrebbe acquistato il possesso per il solo fatto di avere libero accesso al fondo comprato. Ciò vuol dire che il locatore poteva bene trasferire il possesso, senza che ciò comportasse necessariamente l'espulsione del colono.

#### 41. Gli inquilini e la loro posizione possessoria

Queste osservazioni ci saranno utili per la questione di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. Ma prima, poiché la posizione del colono, per quanto qui rileva, era analoga a quella dell'*inquilinus*, è dell'*inquilinus* che conviene parlare.

*Inquilinus* è detto, nelle fonti giuridiche dell'età del principato, il conduttore di un *coenaculum*, a scopo di abitazione (*habitatio*).<sup>203</sup> I *coenacula* (in sostanza, appartamenti) facevano parte delle *insulae*. L'*insula* non è la *domus*. *Domus* è la casa signorile, abitata da una sola famiglia, solitamente quella stessa del proprietario.<sup>204</sup> *Insula* è invece un grande edificio urbano a più piani (v'erano *insulae* anche di sei piani), spesso in precarie condizioni di stabilità e, sia per le modalità tecnico-costruttive sia per le condizioni in cui gli inquilini sono costretti a viverci, facilmente soggetta ad incendi: crolli

203 *Inquilinus* fu detto anche il colono semilibero, vincolato alla terra, istituzione, questa, che si diffuse nelle province, ma anche in Italia, a partire da Marco Aurelio: cfr. Seeck, *op. ult. cit.*, 495 s. *Inquilinus* nel senso di *conductor* di *domus* si incontra in un testo alterato: D. 19.2.24.2 (Paul. 34 *ad ed.*), su cui Solazzi, *Questioni sulla missio in bona*, cit., 595, nt. 2; Gallo, *op. ult. cit.*, 1201, nt. 11.

204 Cfr. J. Carcopino, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'Impero*, Bari 1967, 28. Nulla vietava peraltro di dare in locazione la *domus* (D. 19.2.9.6, D. 19.2.28, D. 19.2.45 pr., D. 19.2.60 pr., D. 7.1.13.8; non è tuttavia genuino il riferimento alla *domus* locata in D. 19.2.24.2 e D. 19.2.9 pr.: cfr. Solazzi, *op. ult. cit.*, 595, nt. 2; N. Palazzolo, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in BIDR 68, 1965, 287, nt. 33; A. Calonge, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el derecho romano clásico*, Salamanca 1968, 136 ss.). La locazione della *domus* non doveva però essere la regola (cfr. Pernice, *Parerga*, cit., 93). In ogni caso, per la dignità della *domus* è sintomatico D. 7.1.13.8 (Ulp. 18 *ad Sab.*). Alla locazione della *domus* si doveva ricorrere in caso di temporanea assenza del *dominus* dalla città, e l'uso era che si lasciasse uno schiavo a sorvegliare, e magari a spiare: così Pernice, *loc. ult. cit.*; cfr. D. 19.2.45 pr. (Paul. 22 *ad ed.*). Il che potrebbe fare pensare che neanche il *conductor* di *domus* fosse possessore *ad interdicta* (in proposito mancano esplicite testimonianze). Al riguardo, va anche presa in considerazione la possibilità che quando nelle fonti è parola di *domus* locate si pensi alla *domus* nel significato di cui *infra*, nt. 208.

e incendi di *insulae*, nella Roma imperiale, erano assai frequenti. Il rapporto tra *insulae* e *domus*, in questo periodo, è nettamente a favore delle prime: si parla di 46.602 *insulae* contro 1.797 *domus*.<sup>205</sup>

Il proprietario dell'*insula* la tiene non per abitarvi personalmente, ma per speculazione: i singoli *coenacula* erano dati in locazione ad inquilini per periodi brevi.<sup>206</sup> Scaduto il termine, e continuando l'inquilino ad abitare la casa senza opposizione del *locator*, si aveva *reconductio tacita*, sembra però di giorno in giorno.<sup>207</sup> Il piano terra si usava locare per uso botteghe (*tabernae*).<sup>208</sup> I piani superiori si locavano per abitazione, appunto ad inquilini. Per ogni piano v'erano più *habitationes* o *coenacula*. Le abitazioni erano oltremodo modeste: a differenza delle *domus*, erano prive di acqua corrente, di servizi igienici, di riscaldamento. L'areazione e la luce, nonostante l'ampiezza delle finestre, erano minime, per mancanza di vetri o comunque di materiale trasparente; sicché quando, per l'inclemenza del tempo, non era possibile lasciare le finestre aperte, aria e luce difettavano.<sup>209</sup>

Certe *habitationes* erano sistemate alla meglio in sopralchi di legno, cui si accedeva per mezzo di una scala che si appoggiava e si toglieva all'occorrenza. E pare che, in tali casi, i *locatores*, per costringere gli inquilini morosi a pagare, ricorrevano all'espedito di togliere la scala, bloccandoli in tal modo in casa. Tanto si è voluto ricavare dall'uso, nelle fonti, dell'espressione *percludere inquilinum*, adoperata nel senso di "costringere l'inquilino al pagamento della *merces*".<sup>210</sup>

205 Su tutto ciò v. la vivace e dettagliata descrizione del Carcopino, *op. ult. cit.*, 24 ss.; sul tema v. anche G. Calza, *Le case d'affitto in Roma antica*, in Nuova Antologia 51, 1916, 151 ss., su cui v. H. Stoll, *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur 1915-1922*, in ZRG RA 47, 1927, 528.

206 Solitamente per un anno: D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*); Pernice, *Parerga*, cit., 93. Per l'ipotesi che le parti non avessero previsto la durata del rapporto, v. Gallo, *Sulla presunsta estinzione*, cit., 1207 ss.

207 Così Gallo, *op. ult. cit.*, 1204 ss.

208 Cfr. Carcopino, *La vita quotidiana*, cit., 36. Il piano terra era a volte destinato ad abitazione, comoda e dignitosa, per una sola famiglia; nel qual caso era detto pure *domus*: cfr. Carcopino, *loc. ult. cit.*

209 Cfr. Carcopino, *La vita quotidiana*, cit., 41 ss.

210 Così Carcopino, *op. ult. cit.*, 36 s.

Va da sé, così stando le cose, che gli inquilini erano persone economicamente e socialmente modestissime, praticamente in balia del *locator* per quanto riguarda la permanenza nei *coenacula*.<sup>211</sup> Non godevano di alcuna fiducia presso il *locator*, e pertanto neanche di alcuna 'privacy'. Il 'padrone' li faceva sorvegliare dai propri *servi*,<sup>212</sup> conservava la facoltà di accedere liberamente all'*habitatio*,<sup>213</sup> manteneva come si direbbe oggi, le chiavi di casa. Singolare è, ad esempio, il caso di cui è parola in un testo ulpiano<sup>214</sup> del locatore che riduce l'ampiezza del vano d'ingresso, con la conseguenza che l'inquilino non possa portar via certe suppellettili. Segno, questo, assieme a tanti altri, del potere di fatto che il *locator* manteneva sulla casa locata. Del resto, in virtù del contratto di *locatio conductio*, all'inquilino era dovuta l'*habitatio*,<sup>215</sup> il che non comportava necessariamente la detenzione esclusiva del *coenaculum*.

Ne consegue che all'inquilino non poteva essere riconosciuto il possesso interdittale (e, ovviamente, neanche quello *ad usucapionem*): le fonti sono su ciò precise ed inequivocabili: la *possessio ad interdicta* restava al *locator*.<sup>216</sup> Le osservazioni più svolte circa le posizioni rispettive di locatore e colono sul piano possessorio possono pertanto, con il conforto di sicuri dati testuali, essere riferite fondamentalmente pure a locatore e inquilino.<sup>217</sup> Vale esaminare, in proposito,

211 Cfr. Pernice, *Parerga*, cit., 94.

212 Se tanto emerge da D. 19.2.45 pr. in ordine alla *domus* locata (*supra*, nt. 204), a *fortiori* la stessa cosa bisogna pensare in ordine alla locazione di *insulae*. Il servo addetto alla sorveglianza delle *insulae locatae* era l'*insularius*: cfr. Heumann-Seckel, *Handlexicon*, cit., 276, s.v. *insularius*. Sulla base di D. 7.8.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*) e D. 7.8.8 (Ulp. 17 *ad Sab.*) sembra doversi ritenere che, dapprima, *locator* e *inquilinus* coabitassero.

213 Cfr. D. 19.2.27 pr. (Alf. 2 *dig.*) e D. 43.17.3.3 (Ulp. 69 *ad ed.*), citati più avanti, nel testo.

214 D. 19.2.19.5 (Ulp. 32 *ad ed.*).

215 Cfr. D. 19.2.25.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*).

216 V. D. 41.2.25.1; D. 41.2.37; D. 43.16.20; D. 43.26.6.2; Gai 4.153.

217 Pure l'inquilino espulso, come il colono, avrebbe potuto pretendere il risarcimento in virtù dell'*actio conducti*: D. 19.2.25.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*). Di fronte all'*interdictum uti possidetis* del *locator*, l'inquilino non avrebbe avuto alcun *ius retentionis*: cfr. Pernice, *Parerga*, cit., 96, nt. 2 (non osta Cl. 4.65.3: cfr. Pernice, *loc. ult. cit.*, e letteratura citata nell'*Index Interpolationum*).

D. 43.17.3.3 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aequae competere interdictum uti possidetis placuit ...*<sup>218</sup>

Il fatto dell'inquilino il quale impedisca al *dominus* (che, nella specie, è il *locator*) di *reficere aedes*, configura uno spossessamento o quanto meno un atto di turbativa del possesso tale per cui il *dominus* può ricorrere all'*interdictum uti possidetis*. Segno, questo, di quella facoltà di libero accesso del *locator* alla casa data in locazione all'inquilino di cui s'è detto più in alto; e pertanto, del possesso diretto del *locator*, nonostante la presenza dell'*inquilinus*. Il quale, dal canto suo, finché non avesse impedito al *dominus* di accedere liberamente, possessore non era. Se invece, andando oltre i poteri a lui spettanti in virtù del rapporto di locazione, avesse impedito quell'accesso, ecco che allora acquistava il possesso; che era tutelabile con gli interdetti solo nei confronti dei terzi, non anche nei confronti del locatore. Difatti, rispetto al locatore spossessato, l'inquilino era *possessor iniustus* (*possessor iniustus* era chi possedesse, rispetto all'avversario, *vi clam* o *precario*; nella specie, l'inquilino, rispetto al *locator*, possedeva *vi*); onde nella lite tra i due sarebbe prevalso il *locator*.

## 42. La rivendica del terzo nel caso di immobili locati a coloni e inquilini

A questo punto, nonostante la mancanza di testimonianze dirette,<sup>219</sup> siamo in grado di affermare che se un terzo avesse voluto rivendicare un immobile rustico o urbano dato in locazione a coloni o inquilini, avrebbe dovuto dirigere l'azione contro il locatore: era questi a possedere *ad interdicta*, e pertanto ad essere legittimato alla rivendica secondo Pegaso e i *quidam* di D. 6.1.9, ma era pure il locatore ad avere la *facultas restituendi*, sicché era contro il locatore che Ulpiano e quanti erano del suo stesso avviso davano la rivendica.<sup>220</sup>

218 Sul passo v. Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 46, nt. 20.

219 Fa eccezione, forse, D. 24.1.31.2 (Pomp. 14 *ad Sab.*): v. *infra*, nt. 220. Su D. 19.2.9 pr., D. 12.6.55, Cl. 7.30.1, *infra*, nt. 220.

220 Una testimonianza in tal senso potrebbe essere costituita da D. 24.1.31.2 (Pomp. 14 *ad Sab.*), sempreché si supponga che la moglie avesse dato

Il colono e l'inquilino, per converso, non erano legittimati: essi non avrebbero potuto restituire al terzo rivendicante: essi stessi stavano nell'immobile solo per *colere* e *frui* o per *habitare*; ad avere la disponibilità, pure materiale, dell'immobile in effetti era il locatore. Se, convenuti con la *rei vindicatio*, avessero difeso e poi restituito, avrebbero fatto conseguire al rivendicante poteri sulla cosa maggiori o comunque diversi da quelli che essi stessi avevano quali coloni e inquilini: il rivendicante, in virtù della *restitutio*, avrebbe acquistato il possesso.<sup>221</sup> Coloni e inquilini pertanto ne sarebbero stati chiamati a rispondere dal *locator* con l'*actio locati*.

Invece, il *locator* sì che avrebbe potuto restituire: bastava<sup>222</sup> che invitasse l'attore vittorioso ad accedere nell'immobile: il colono e l'inquilino non avrebbero potuto legittimamente impedirlo. In tal modo il possesso del bene sarebbe passato dal *locator* convenuto all'attore rivendicante.<sup>223</sup> Una volta divenuto possessore, il rivendicante, come già il *locator*, avrebbe potuto espellere impunemente colono e inquilino. Costoro avrebbero potuto rivalersi con l'*actio conducti* nei confronti del *locator*.<sup>224</sup> Ma ciò nulla rileva per quanto ri-

in locazione l'*insula*. In D. 19.2.9 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*) non è precisato contro chi il terzo eserciti la rivendica; e così neppure in D. 12.6.55 (Pap. 6 *quaest.*: questo testo fu tolto da uno squarcio dedicato alla *rei vindicatio*: O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Lipsiae 1889, 822). Non è contro il mio assunto Cl. 7.30.1 (Alex., a. 226): in questa costituzione, relativa a locazione di immobili (v. *supra*, nt. 169; la menzione del colono non è genuina: v. *supra*, nt. 195), il riferimento alla *longi temporis praescriptio* potrebbe far pensare a rivendica contro il conduttore. Ma lo stesso riferimento (alla *longi temporis praescriptio*) ci porta fuori dal processo formulare: cfr. D. Nörr, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, Köln-Opladen 1969, 101 s. (= *La nascita della longi temporis praescriptio. Studi sull'influenza del decorso del tempo sul diritto e sulla politica del diritto in età imperiale*, a cura di P. Buongiorno, Macerata 2024, 138 s.). Peraltro, Cl. 7.30.1 potrebbe fare riferimento all'azione del *locator*; e non alla *rei vindicatio*, ma all'*actio locati*: v. *infra*, nt. 229.

221 Cfr. D. 50.16.22 (Gai. 4 *ad ed.*). È peraltro pensabile che all'impiego della rivendica contro l'inquilino di un singolo *coenaculum* ostasse il principio *superficies solo cedit*, quanto meno per la difficoltà, da parte del *dominus* di un edificio, di affermare *rem meam* esse limitatamente ad un piano o parte di piano.

222 Mi riferisco solo a quanto qui rileva, e prescindo da ciò, che la *restitutio* andava fatta *cum causa rei*.

223 Arg. ex D. 43.16.12 e D. 43.16.18 pr.

224 Su ciò Palazzolo, *Evizione della cosa locata*, cit., 275 ss.; D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Rechts des Schadensersatzes*, Köln-Graz

guarda la *facultas restituendi* di costui: a tal fine, la responsabilità del *locator* che avesse dato in locazione cosa non propria non poteva essere presa in considerazione dall'ordinamento giuridico.

Altra ipotesi è che colono o inquilino non ammettesse nel fondo, nonostante l'invito in tal senso del locatore, il rivendicante vittorioso. Il caso è analogo a quello previsto in D. 43.26.12 (vendita ad un terzo del fondo locato a un colono): l'impedimento opposto da colono o inquilino avrebbe significato spossessamento del locatore; il quale pertanto avrebbe potuto ricorrere impunemente all'autodifesa, cacciando via l'affittuario. Se non vi fosse riuscito, avrebbe potuto esercitare l'*interdictum unde vi*. Circa le sorti della *rei vindicatio* durante il relativo giudizio, si dovettero adottare soluzioni analoghe a quelle viste a proposito della rivendica del terzo contro il deponente.<sup>225</sup>

### 43. La rivendica del *locator* contro coloni e inquilini

Si è detto della rivendica del terzo in ordine all'immobile locato a coloni e inquilini. Consideriamo adesso l'ipotesi della *rei vindicatio* da parte dello stesso dante causa. In proposito, si è già avuto modo di accennare che, finché gli affittuari in questione si fossero comportati come tali, la *rei vindicatio* contro di essi da parte del *locator* sarebbe stata impensabile.<sup>226</sup> Con questa azione l'attore perseguiva sostanzialmente un *rem restituere*; il che presuppone che il rivendicante non avesse presso di sé la cosa;<sup>227</sup> sarebbe stato un non senso pretendere la restituzione di ciò che già si aveva. Ebbene, il *locator* – come sappiamo – manteneva il possesso diretto dell'immobile (nel senso sopra chiarito), pure se esso fosse stato concesso a coloni e inquilini. Scaduto il termine contrattuale, se costoro fossero rimasti nel fondo o nella casa

1962, 96 ss.; Calonge, *Evicción*, cit., 124 ss. V. tuttavia D. 12.6.55 (Pap. 6 *quaest.*) (non considerato dagli Autori citati), su cui un cenno *supra*, nt. 220.

225 Cfr. *supra*, § 30.

226 Cfr. *supra*, § 16.

227 Su ciò, più ampiamente *infra*, § 58; e già *supra*, § 16.

contro la volontà del *locator*, questi avrebbe avuto altri mezzi per cacciarli *vi*,<sup>228</sup> mai la *rei vindicatio*.

Di contro, se colono o inquilino avessero impedito al locatore di esplicitare in ordine all'immobile quelle attività che erano manifestazione del possesso diretto che il locatore medesimo aveva diritto di mantenere nonostante la locazione, ecco che il ricorso alla *rei vindicatio* sarebbe stato possibile: ché in tal caso v'era stata *interversio possessionis*: il locatore spossessato avrebbe potuto, con la rivendica, pretendere la restituzione dell'immobile. Certo, anziché la rivendica, il locatore avrebbe preferito altri rimedi (*actio locati*, ma soprattutto *interdictum unde vi* o anche *uti possidetis*, secondo quanto più in alto illustrato).<sup>229</sup> Ma ciò non esclude che ricorressero pure gli estremi per l'esercizio della *rei vindicatio*.

#### 44. La rivendica della *res locata* nelle altre ipotesi di locazione

Circa altre specie di locazione diverse da quelle sin qui considerate dato lo stato delle fonti<sup>230</sup> posso limitarmi a ricordare

- 228 Oltre che all'autodifesa (contro la quale il *conductor* non avrebbe avuto alcuna tutela possessoria), il *locator* avrebbe potuto fare ricorso all'*actio locati*.
- 229 *Supra*, § 21. Per la maggiore convenienza dei mezzi possessori rispetto alla rivendica, v. *supra*, nt. 156. Non viene in considerazione in questo luogo Cl. 7.30.1 (Alex., a. 226), già per quanto rilevato *supra*, nt. 220. È peraltro assai verosimile che – come già Papiniano in *Fragm. Vat.* 7 (3 *resp.*) e più tardi Diocleziano in Cl. 7.35.5 (a. 293) – Alessandro, in Cl. 7.30.1, intendesse riaffermare il principio dell'imprescrittibilità delle azioni personali; e che pertanto la *longi temporis praescriptio* di cui è parola in Cl. 7.30.1 debba essere pensata con riferimento non tanto alla rivendica (vuoi di un terzo, vuoi del *locator*), quanto all'*actio locati*.
- 230 V. *supra*, § 37 e ivi nt. 169. In ordine a D. 13.7.37 e D. 41.2.21.3, citati ivi, rilevo qui che se è vero che essi negano, in generale, ai *conductores* la *possessio ad interdicta*, d'altro canto non vi sono precisate le facoltà che, in virtù della locazione, si conferivano nella specie al *conductor*. V. peraltro *infra*, nt. 232. Per vero, è sulla base di dati testuali che si discute, tra gli studiosi, del possesso del superficario, il quale teneva la cosa in virtù di *locatio conductio*. Ma dire qui della rivendica della *superficies* ci porterebbe troppo lontani per la complessità dei problemi che sarebbe necessario affrontare; problemi, peraltro (questi, della rivendica della *superficies*), non approfonditi in dottrina. Un solo testo, a mia conoscenza, accenna alla rivendica a proposito della *superficies*: D. 43.18.1.4 (Ulp. 70 *ad ed.*): dove al superficario, contro la *rei vindicatio* (del concedente?) è data una *exceptio*. Il che presuppone la legittimazione passiva del superficario. Si tratta, però, di testo assai sospetto: cfr. *Index Interpolationum*; H. Vogt, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg 1950, 29.

che la locazione avente ad oggetto schiavi era solitamente tale che il *conductor* non acquistava, per la durata del rapporto, la detenzione esclusiva del servo. Si dà, così, il caso di *locare tibi hominem, ut habeas in taberna, di conducere servum docendum*.<sup>231</sup> Sicché il *dominus* manteneva, durante la locazione, ogni potere (ad esempio, *ius corrigendi*) che non fosse incompatibile con ciò che, in virtù del relativo contratto, si attribuiva al *conductor*. Di conseguenza, la posizione del *conductor servi*, per quanto qui interessa, era analoga a quella di colono ed inquilino: onde certamente le relative questioni di legittimazione passiva alla rivendica dovevano essere risolte in maniera analoga.

La *locatio conductio* di *res mobili* diverse da schiavi, invece, per la natura stessa delle cose, non poteva non comportare nel *conductor* la detenzione esclusiva. Quale fosse al riguardo il regime della rivendica del terzo, dato lo stato delle nostre fonti, non siamo in grado di stabilire.<sup>232</sup> Circa la rivendica del *locator* per la restituzione della *res locata* contro il *conductor* che la deteneva, essa, a mio giudizio, non doveva incontrare alcuna difficoltà sotto il profilo della legittimazione passiva:<sup>233</sup> i motivi di ciò sono stati ampiamente svolti più su<sup>234</sup> e non giova insistervi.

## **E. La rivendica dei beni oggetto di *missio in possessionem***

### **45. Le *missiones in possessionem***

Viene in considerazione adesso la questione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* dei *missi in possessionem*.

231 Cfr. D. 19.2.45.1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 19.2.13.8 (Ulp. 32 *ad ed.*).

232 In D. 10.4.4 (Pomp. 6 *ad Sab.*) e D. 6.1.9 (Ulp. 16 *ad ed.*) il riferimento al conduttore non è genuino: cfr. *supra*, nt. 169. Potrebbero forse venire in considerazione al riguardo D. 13.7.37, D. 41.2.21.3 e D. 41.3.33.6, citati *supra*, ntt. 169 e 230: sulla base di questi testi si potrebbe pensare che, in generale (eccezion fatta, naturalmente, per il caso degli *agri vectigales*), secondo la dottrina di Pegaso il terzo dovesse esercitare la rivendica contro il *locator*.

233 Arg. ex D. 10.4.5 pr. (Ulp. 24 *ad ed.*), su cui, oltre la mia *Actio ad exhibendum*, cit., 337 ss., v. quanto osservo in Marrone, *Contributi*, cit., 364, nt. 72 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 206, nt. 72). Non rileva qui Cl. 4.65.23 (Diocl. et Maxim., a. 293), che si riferiva non alla rivendica del *locator*, ma a quella del *conductor*: cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 373 s., nt. 105 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 215 s., nt. 105).

234 *Supra*, §5 11 ss.

In proposito, giova preliminarmente ricordare che il decreto di *missio in possessionem* era emanato dal pretore, nei casi previsti, su *postulatio* dell'interessato, di seguito a *cognitio*, possibilmente in contraddittorio con l'altra parte.<sup>235</sup> Il *missus* era autorizzato ad immettersi nel possesso a volte di un complesso patrimoniale, a volte di un singolo bene immobile. La funzione dell'istituto era diversa in relazione al tipo di *missio*.<sup>236</sup>

Così, la *missio in possessionem rei servandae causa* era data al creditore in ordine al patrimonio tutto del debitore insolvente (*iudicatus* o *confessus*), in vista della *bonorum venditio*; e pertanto in preparazione della stessa. Ma la *missio rei servandae causa* si dava anche all'attore contro chi, convenuto con azioni non reali, avesse ricusato di *se defendere*.<sup>237</sup> Pure in quest'ultimo caso la *missio* si sarebbe riferita ad un intero patrimonio: quello del convenuto. Si premeva così sulla volontà del convenuto medesimo, per indurlo alla *defensio*. In difetto, si procedeva alla *bonorum venditio*, esattamente come nella *missio* contro il debitore insolvente.<sup>238</sup>

La *missio in possessionem dotis nomine* era concessa, una volta sciolto il matrimonio, alla moglie contro il marito, debitore di lei per quanto riguarda la restituzione della dote. La *missio dotis nomine* si riferiva a tutto quanto il patrimonio del marito. Sembra che si trattasse d'una applicazione particolare della *missio rei servandae causa*.<sup>239</sup>

Presupposto della *missio in possessionem legatorum servandorum causa* era che l'erede avesse illegittimamente rifiutato di prestare al legatario la *cautio legatorum servandorum causa*. Ad essa l'erede era tenuto, per disposizione

235 Cfr. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 383.

236 Per un'analisi delle *missiones in possessionem* previste nelle fonti, v. E. Weiss, art. *Missio in possessionem*, in PWRE 15.2, Stuttgart 1932, 2054 ss.

237 Cfr. *supra*, § 7.

238 Il pretore concedeva, sulla base di determinati presupposti, *missio in possessionem* anche in ordine ai beni del debitore *absens* o *latitans*; e perfino in ordine al patrimonio del defunto *cui heres non extabit*; e in altri casi ancora: cfr. Weiss, *loc. ult. cit.*; Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 1, Napoli 1937, 35 ss.; M.F. Lepri, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze 1939, 41 ss.

239 Così Solazzi, *op. ult. cit.*, 29 ss.; cfr. Lenel, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 303; Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 303, nt. 21; diversamente Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 32; Weiss, *op. ult. cit.*, 2059.

edittale, durante la pendenza della condizione (sospensiva) o prima della scadenza del termine (iniziale) aggiunti ad un legato. Se l'erede non prestava la *cautio*, il pretore dava al legatario la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*: in virtù di essa il legatario era immesso nel possesso dell'intero patrimonio ereditario, sì da poter tutelare i propri interessi (alla conservazione della eredità). Ma la *missio* di cui si tratta tendeva anzitutto ad indurre l'erede recalcitrante a prestare la *cautio*: nel qual caso, la *missio* sarebbe cessata.

La *missio ventris nomine* era data alla moglie la quale affermava di essere incinta del marito defunto, nell'ipotesi in cui il concepito, con la nascita, sarebbe divenuto *suus heres*. Si riferiva a tutto il patrimonio ereditario ed era in funzione della buona conservazione dello stesso nell'interesse del nascituro.

La *missio in possessionem damni infecti nomine* riguardava il danno temuto. Chi avesse avuto motivo di temere che l'edificio del vicino minacciava danno al proprio fondo avrebbe potuto pretendere dal vicino stesso la prestazione della *cautio damni infecti*. Con essa si prometteva mediante *stipulatio* che il danno temuto, una volta verificatosi, sarebbe stato risarcito. Era contro il vicino, il quale avesse ricusato la *cautio*, che il pretore concedeva la *missio in possessionem damni infecti nomine*, limitatamente all'immobile dal quale si temeva il danno. In tal modo si esercitava coazione sulla volontà del *dominus* dell'edificio per indurlo alla *cautio* (prestata la quale, la *missio* cessava). Altrimenti, l'altra parte era, volendolo, nelle condizioni di prevenire il danno, intervenendo direttamente sull'immobile con le opere necessarie (salvo il diritto al rimborso).<sup>240</sup>

Questa di cui s'è detto era la cd. *missio damni infecti nomine ex primo decreto*. Se, nonostante essa, il *dominus* dell'edificio non avesse prestato la *cautio* prevista, il pretore, decorso un certo tempo – non determinato, ma da stabilire caso per caso – avrebbe concesso una seconda *missio in possessionem damni infecti nomine*, detta *ex secundo decreto*. Questa *missio ex secundo decreto* era irrevocabile;<sup>241</sup>

240 Cfr. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 2. *La proprietà*, 1, Roma 1926 (rist. Milano 1966), 417 s.

241 D. 39.2.15.33 (Ul. p. 53 *ad ed.*).

e costituiva *iusta causa usucapionis*.<sup>242</sup> Il *missus*, pertanto, avrebbe avuto la *possessio ad usucapionem*, e quindi la cd. proprietà pretoria (*in bonis habere*). *A fortiori*, a difesa del possesso in tal modo acquistato il *missus* – secondo quanto del resto esplicitamente attestato<sup>243</sup> – avrebbe avuto gli interdetti possessori.

#### 46. La rivendica del terzo

Questo della *missio damni infecti nomine ex secundo decreto* era l'unico caso di *missio* nel quale il *missus* diveniva possessore *ad interdicta* (e *ad usucapionem*). Si trattava, come s'è ricordato, di *missio* irrevocabile (l'edificio era definitivamente perduto per l'altra parte, pure se si fosse alfine dichiarata pronta a prestare la *cautio*); e il *missus* diveniva possessore ad esclusione dell'avversario.

Ne consegue la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* del *missus damni infecti nomine ex secundo decreto* sia secondo Pegaso (sotto il profilo della *possessio ad interdicta*) sia secondo Ulpiano (sotto il profilo della *facultas restituendi*). Ciò è di per sé evidente, e non è necessario insistervi.

Per converso, gli altri *missi* dei quali s'è detto avevano solo la custodia e l'*observatio* dei beni cui la *missio* si riferiva e, all'occorrenza, quegli altri limitati poteri strettamente dipendenti dalla funzione della specie particolare di *missio*.<sup>244</sup> In ogni caso, dalle fonti emerge chiaramente come il *missus* non potesse espellere l'altra parte,<sup>245</sup> che,

242 D. 39.2.5 pr. (Paul. 1 *ad ed.*); altri testi presso Bonfante, *op. ult. cit.*, 418, nt. 8. In alcuni passi è detto che il *missus ex secundo decreto* acquista immediatamente il *dominium*. Si tratta però di passi non genuini: cfr. Bonfante, *op. ult. cit.*, 418 s.

243 D. 39.2.18.15 (Paul. 48 *ad ed.*).

244 Cfr., per la *missio rei servandae causa*: D. 41.2.3.28; D. 41.2.10.1; D. 43.17.3.8; per la *missio legatorum servandorum causa*: oltre D. 41.2.10.1, D. 10.3.7.8; D. 36.4.5 pr.; D. 36.4.5.22; D. 41.5.2 pr.; D. 42.4.12; D. 43.3.1.9; per la *missio ventris nomine*: D. 41.2.3.23 e D. 42.4.12; per la *missio damni infecti nomine ex primo decreto*: D. 41.2.3.23; D. 41.2.10.1; D. 42.4.12. In D. 46.3.48 (Marcell. *l. sing. resp.*), relativo alla *missio dotis nomine*, la fattispecie è quella della moglie che illegittimamente è andata oltre i poteri a lei spettanti quale *missa in possessionem*: cfr. Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 32.

245 Cfr., per la *missio rei servandae causa*: Cic. *pro Quinctio* 27.84; D. 39.2.15.20; per la *missio legatorum servandorum causa*: D. 36.4.5 pr.;

d'ora innanzi, per comodità espositiva, sarà detta 'debitore' (con un'espressione, per vero, appropriata solo al caso della *missio rei servandae causa* contro il debitore insolvente; sempre per comodità espositiva, d'ora in avanti, si parlerà di *missus* e di *missio* in riferimento alle *missiones in possessionem* diverse dalla *missio damni infecti nomine ex secundo decreto*). Pertanto debitore e *missus* esercitavano l'uno e l'altro poteri materiali in ordine ai beni, cui la *missio* si riferiva. Ma dei due era il debitore ad avere il possesso sia *ad usucapionem*<sup>246</sup> sia *ad interdicta*; possesso che invece era decisamente negato al *missus*: il *missus* – si diceva – *in possessione est sed non possidet*.<sup>247</sup>

Sicché, la questione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* secondo la dottrina di Pegaso deve essere risolta nel senso che il terzo dovesse agire contro il debitore; in ogni caso, mai contro il *missus*.<sup>248</sup> Ciò, del resto, è direttamente attestato dal noto testo di D. 6.1.9, più su ampiamente esaminato e poi continuamente richiamato nel corso della trattazione.<sup>249</sup>

D. 36.4.5.22; D. 39.2.15.20; per la *missio damni infecti nomine* (ex primo decreto): D. 39.2.15.20.

246 Cfr., in riferimento alla *missio legatorum servandorum causa*: D. 41.5.2 pr.

247 Cfr., in riferimento alla *missio legatorum servandorum causa*: D. 41.2.3.23; D. 42.2.10.1; D. 43.17.3.8; per la *missio legatorum servandorum causa*: oltre D. 41.2.10.1, D. 36.4.5 pr.; D. 42.4.12; D. 43.3.1.9; per la *missio ventris nomine*: D. 41.2.3.23 e D. 42.4.12; per la *missio dotis nomine*: D. 41.2.3.23; D. 41.2.10.1 e D. 42.4.12. Secondo Solazzi, *Il concorso dei creditori*, 1, cit., 37 ss., la *missio ventris nomine* avrebbe dato luogo a *possessio ad interdicta*. Contro Kaser, *Eigentum und Besitz*<sup>2</sup>, cit., 27, nt. 45.

248 Pertanto, se la rivendica contro il debitore era impossibile, come nel caso del *missus* in ordine al patrimonio del debitore assente o defunto senza eredi (cfr. *supra*, nt. 238), il terzo avrebbe dovuto attendere che la *missio* cessasse. L'inconveniente non era poi così grave: la *missio rei servandae causa* non poteva durare oltre 30 giorni: cfr. Gai 3.78-79. Tutte le *missiones*, peraltro, avevano carattere di provvisorietà. D'altro canto, colui il quale riteneva che una cosa propria fosse stata illegittimamente oggetto di *missio*, avrebbe potuto ricorrere all'autodifesa, e così dar luogo alla situazione di cui in D. 43.4.1.4, citato *infra*, nt. 256.

249 Si discute in dottrina a quali *missi* facesse riferimento il testo originario di D. 6.1.9. C'è chi pensa che esso menzionasse anche il *missus rei servandae causa*, chi ritiene che non facesse parola della *missio ventris nomine* o di quella *dotis nomine*. Per quanto riguarda la *missio damni infecti nomine* di cui è fatta menzione in un tratto formalmente sospetto bisogna quanto meno ritenere che il discorso fosse limitato alla *missio ex primo decreto*. Su ciò *supra*, § 17 e ivi nt. 64.

Ma pure secondo la dottrina ulpiana, a mio giudizio, il terzo, di norma, non avrebbe potuto agire contro il *missus*.<sup>250</sup> I poteri di costui sulla cosa, come s'è visto, erano specificamente determinati: il *missus* soccombente avrebbe potuto al più trasferire al rivendicante tali poteri, ferma restando la *possessio* del debitore; il quale, dal canto suo, non avrebbe potuto essere legittimamente espulso. Il *missus*, di conseguenza, non avrebbe potuto compiere alcuna *restitutio*;<sup>251</sup> ché la *restitutio*, nella rivendica, implicava l'acquisto del possesso da parte dell'attore.<sup>252</sup> Solo con la collaborazione del debitore, pertanto, il *missus* avrebbe potuto *restituere*. Ecco perché sono convinto che il *missus* non avesse, di norma, *facultas restituendi*, nel senso in cui questa espressione è adoperata in D. 6.1.9. Ne consegue che neanche secondo la dottrina ulpiana il *missus* era di regola passivamente legittimato alla *rei vindicatio*.<sup>253</sup>

Al contrario, il debitore, eventualmente convenuto dal terzo, avrebbe sì potuto *restituere*; in questo senso che – analogamente che nel caso di *res locata* a coloni e inquilini – avrebbe potuto trasferire all'attore quella *possessio* che lui stesso aveva, limitata cioè dalla presenza del *missus*.<sup>254</sup>

250 Diversamente S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 3, Napoli 1940, 122 ss. Ma v., contro, quanto osservato nel testo. In ogni caso, non ritengo che, per la tesi del Solazzi, si possa argomentare dalla chiusa di D. 6.1.9: essa non deve affatto indurre a ritenere che Ulpiano desse la *rei vindicatio* contro tutti coloro contro i quali la *rei vindicatio* stessa è negata nella parte precedente del passo. Su ciò, *supra*, § 24.

251 A conferma di ciò può valere il rilievo per cui, secondo il linguaggio delle fonti, una volta venuta meno la causa per la quale la *missio* era stata concessa, il *missus* non deve *restituere*, ma *discedere* o *decedere possessione*: v. i testi citati presso Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 33, nt. 1.

252 Cfr. D. 50.16.22 (Gai. 4 *ad ed. prov.*).

253 Eccezionalmente – ritengo – poteva anche esserlo. Mi riferisco ai casi ricordati *supra*, nt. 238, di *missio* in ordine al patrimonio di un assente o di un defunto senza eredi. In ipotesi del genere si può anche pensare a *facultas restituendi* del *missus*, in questo senso, che egli, pur non essendo possessore, avrebbe potuto legittimamente fare acquistare il possesso al terzo, in considerazione del fatto che, per ciò, non vi sarebbe stato l'ostacolo della presenza del debitore. Ammettere in tal caso la convenibilità del *missus*, avrebbe presentato il vantaggio di non fare attendere il terzo rivendicante o comunque di non costringerlo all'autodifesa: v. *supra*, nt. 248.

254 Non cioè una *vacua possessio*: D. 19.2.2.1 (Paul. 5 *ad Sab.*). D'altro canto, se avesse impedito al terzo di prendere possesso, il *missus* avrebbe in tal

Sicché al rivendicante restava l'onere di una ulteriore vertenza con il *missus*. Certo, non essendo costui *possessor ad interdicta*, il rivendicante il quale di seguito alla restituzione del debitore avesse lui acquistato il possesso avrebbe potuto espellere il *missus* senza nulla dovere temere sul piano possessorio. Ma il *missus* avrebbe potuto poi reagire con l'*actio in factum*, promessa dal pretore sotto la rubrica editale '*ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*':<sup>255</sup> con essa, il *missus* avrebbe avuto partita vinta a condizione che la *missio* potesse dirsi essere stata legittimamente concessa, in ordine al bene rivendicato, anche nei confronti del rivendicante vittorioso.<sup>256</sup>

#### 47. La rivendica dello stesso debitore

Sull'esercizio della *rei vindicatio* contro il *missus* da parte dello stesso debitore abbiamo solo testimonianze indirette.<sup>257</sup> Da esse si ricava che il debitore poteva sì rivendicare la *res* contro il *missus*; ciò però quando il *missus* fosse andato oltre i poteri a lui spettanti in quanto tale, pretendendo di tenere la cosa in maniera esclusiva anziché assieme al debitore. In tal modo il *missus* avrebbe privato l'altra parte del possesso; sarebbe divenuto egli stesso possessore; onde nessun ostacolo avrebbe incontrato la *rei vindicatio* del debitore contro di lui<sup>258</sup> (solo che il debitore spossessato avreb-

modo compiuto *interversio possessionis*, analogamente a quanto avveniva nel caso di *res locata*: *supra*, § 40.

Quanto si è affermato nel testo, che cioè di norma la rivendica avrebbe dovuto essere indirizzata contro il debitore, non contro il *missus*, vale, a mio giudizio, pure per la *rei vindicatio* di cose mobili eventualmente comprese nel patrimonio in ordine al quale era stata effettuata la *missio* (cfr. D. 42.5.24.2, su cui *supra*, § 35). Tali cose mobili, infatti, restavano presso il debitore (così Weiss, *op. ult. cit.*, 2055); onde la *rei vindicatio* – eccetto che non si pensi alla necessità di un rinvio (cfr. *supra*, nt. 248) – non avrebbe potuto avere luogo che contro di lui; salva poi un'ulteriore vertenza con il *missus*: v. più avanti, nel testo.

255 D. 43.4; Solazzi, *Il concorso dei creditori*, 1, cit., 159 ss.

256 Arg. ex D. 43.4.1.4 (Ulp. 72 *ad ed.*); Solazzi, *op. ult. cit.*, 161.

257 Cfr. D. 10.4.5.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), relativo all'*actio ad exhibendum*. Sul testo Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 37 ss.; e già Solazzi, *Il concorso dei creditori*, 3, cit., 122 ss.

258 Sulla base di D. 10.4.5.1 bisogna ritenere che la *restitutio* del *missus* di fronte alla *rei vindicatio* del debitore avrebbe avuto contenuto diverso a seconda

be trovato più conveniente agire con l'*interdictum unde vi* anziché con la *rei vindicatio*).

Per converso, finché il *missus* si fosse comportato come tale e non avesse pertanto escluso il debitore dal possesso diretto, la rivendica di quest'ultimo contro il *missus* sarebbe stata un non senso: ciò per ragioni analoghe a quelle viste a proposito della rivendica contro coloni e inquilini da parte dello stesso *locator*.<sup>259</sup>

## F. La rivendica della *res fructuaria*

### 48. La posizione possessoria del nudo proprietario

Pure il problema della legittimazione passiva alla rivendica nell'ipotesi che l'azione avesse ad oggetto una *res fructuaria* (è così che, nelle fonti, è indicato spesso il bene gravato da usufrutto) può essere direttamente affrontata e risolta solo dopo un'analisi preliminare: l'analisi, cioè, relativa alle posizioni rispettive dell'usufruttuario e del nudo proprietario in ordine alla *res fructuaria*.

Al riguardo, conviene prendere le mosse dalla circostanza per cui nelle fonti classiche all'usufruttuario è negata la *possessio* sia *ad usucapionem* sia *ad interdicta*, *possessio* che è invece riconosciuta al nudo proprietario.<sup>260</sup>

che il convenuto avesse avuto diritto alla *missio* o no: nel primo caso, la *restitutio* avrebbe avuto luogo così *ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agatur rei servandae causa* (o *legatorum servandorum causa*, o *ventris nomine*, etc.) *sit in possessione*; nel secondo caso, la *restitutio* avrebbe avuto luogo regolarmente.

259 Per vero, in D. 43.3.1.9 (Ulp. 67 *ad ed.*) è detto che il *missus*, una volta che l'erede abbia prestato la *cautio legatorum servandorum causa*, acquista il possesso sol che *non recedat*; indipendentemente, pertanto, dal fatto di *non admittere* l'erede o di espellerlo. Il concetto, però, è espresso in un tratto sospetto: cfr. *Index Interpolationum*. Peraltro, pure se la sostanza fosse classica, ciò non implicherebbe l'ammissibilità della rivendica nel caso prospettato: esso sarebbe stato un caso di compossesso. Onde il debitore, in quanto (com)possessore, avrebbe potuto ricorrere all'*interdictum uti possidetis* (cfr. *infra*, § 58); il cui esito, essendo lui il possessore *nec vi nec clam nec precario* rispetto all'avversario, avrebbe dovuto essergli favorevole. Se avesse invece perso la lite possessoria, ciò avrebbe comportato l'esclusione dal fondo e pertanto la possibilità di esercitare la rivendica.

260 Cfr. Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 36 ss.; ivi, per la citazione delle fonti. Che l'usufruttuario non avesse la *possessio ad interdicta* emerge quanto meno da D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ad ed.*), citato *supra*, § 40; e dai passi

Ora, la dottrina comune ha generalmente inteso questo principio nel senso che il possesso del nudo proprietario fosse un possesso mediato, indiretto, tramite la persona dell'usufruttuario; sicché l'usufruttuario, dal canto suo, avrebbe avuto la detenzione esclusiva del bene gravato, ad esclusione di ogni altro, anche del nudo proprietario. Le diverse possibilità di interferenza sulla cosa riconosciute al *dominus* – così sembrano pensare gli studiosi dell'argomento – avrebbero avuto carattere saltuario ed eccezionale, tale da non consentire di configurare il suo quale possesso diretto. Così che il regime dell'usufrutto romano sarebbe stato, nel punto qui considerato, simile a quello del nostro diritto positivo.

Un'indagine approfondita della questione, condotta in uno studio di alcuni anni fa,<sup>261</sup> mi ha fatto pervenire però a risultati che mi sembra di potere fundamentalmente mantenere.<sup>262</sup> Essi sono i seguenti.

Sino alla fine dell'età classica (e a partire dalle origini dell'istituto) i giuristi romani riconobbero di norma al nudo proprietario (analogamente a quanto riconoscevano al *locator* rispetto a coloni e inquilini, al debitore rispetto al *missus*) il possesso diretto del bene gravato da usufrutto: non si trattava, cioè, generalmente di un possesso che si attuasse per la mediazione dell'usufruttuario, ma di un possesso immediato. Ciò era bene compatibile con l'attribuzione all'usufruttuario del godimento (*uti frui*) esclusivo della cosa, con il diritto spettante allo stesso di percepirne il reddito normale. Se all'usufruttuario si attribuiva l'*uti frui*, non per questo al *dominus* era sottratta ogni altra facoltà tra quelle sinteticamente espresse, accanto all'*uti frui*, nella formula che esprimeva il contenuto anche del *dominium ex iure Quiritium*: *uti frui habere possidere*. Al nudo proprietario rimaneva

che negano all'usufruttuario gli interdetti possessori in via diretta, accordando al loro posto *interdicta utilia*. Su ciò M. Marrone, *Osservazioni su Vat. Fragm. 90*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, 2, Milano 1965, 271 ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., 115 ss.).

261 Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 5 ss.

262 Nonostante le riserve espresse da M. Kaser, in *Iura* 13, 1962, 233 ss., riserve peraltro non sempre motivate e, in ogni caso, non fondate su argomenti persuasivi. Ritiene "in linea di massima esatta" la mia tesi Nicosia, *Studi sulla deiectio*, I, cit., 64.

pertanto, per quanto qui interessa, la *possessio rei*. E come nella citata formula *uti frui habere possidere* certamente il *possidere* faceva riferimento ad un possesso diretto, così, a mio giudizio, eguale restava la portata del *possidere* pure quando da esso fosse stato separato, per essere attribuito ad altra persona, l'*uti frui*: in altri termini, pure quando il bene era gravato da usufrutto.

Certo, nella realtà, per quanto riguarda l'usufrutto di beni immobili, doveva accadere che il possesso diretto del nudo proprietario sussistesse più che altro potenzialmente. Pronto però ad attivarsi alla prima occasione. Ché i classici, e soprattutto i giuristi – occorre sottolinearlo – ebbero sempre viva coscienza che l'usufruttuario di un immobile – secondo i principi – non poteva privare il proprietario del possesso diretto. Questi pertanto – per non ricordare che la manifestazione più elementare di detta prerogativa – conservò sempre in età classica (e preclassica) la giuridica possibilità di accedere all'immobile in usufrutto senza che l'usufruttuario potesse lecitamente impedirglielo.

Anche del *servus fructuarius* il nudo proprietario aveva il possesso diretto, potendone, compatibilmente con l'*uti frui* dell'usufruttuario, disporne materialmente in ogni momento. Non ne aveva tuttavia il godimento. Così, per non fare che un facile esempio, la *coercitio* del servo in usufrutto spettava al *dominus* (D. 7.1.17.1, Ulp. 18 *ad Sab.*): ebbene, punire il proprio servo è anche una manifestazione di possesso, e di possesso diretto, ma non è certo un atto di godimento: chi punisce il servo non lo usa e tanto meno ne fruisce.

Peraltro, quando si ammise che l'usufrutto avesse ad oggetto, oltre che beni immobili e schiavi (e complessi patrimoniali) – come era alle origini e come fu per tutta l'età repubblicana – anche singoli beni mobili diversi dai servi, dovette per forza di cose riconoscersi che in ordine a quei singoli beni mobili accennati, o almeno alla maggior parte di essi, l'esercizio dell'usufrutto sarebbe stato praticamente impensabile senza che all'usufruttuario venisse lasciata la detenzione esclusiva della *res*, con la conseguente negazione del possesso diretto al nudo proprietario. Come concepire, ad esempio, l'*uti frui* di una veste o di un vaso senza lascia-

re questi oggetti interamente ed esclusivamente nelle mani dell'usufruttuario?

Ecco quindi che, a seconda del bene su cui gravava l'usufrutto, il proprietario in età classica ora manteneva il possesso diretto della cosa – era questa la regola, valevole soprattutto per gli immobili e i servi –, ora lo perdeva: era questa l'eccezione, dettata più dal carattere intrinseco di certi beni che dai principi regolatori dell'usufrutto romano.

#### 49. Continua: argomenti in favore dell'assunto

Per una compiuta dimostrazione di quanto si è fin qui affermato rinvio al mio lavoro più in alto citato.<sup>263</sup> Ritengo tuttavia utile far cenno qui di alcuni degli argomenti di maggiore rilievo a favore dell'assunto.

Anzitutto questo, che in nessun luogo delle fonti giuridiche classiche a noi pervenute si lascia in qualche modo intendere che l'usufruttuario avesse diritto a detenere da solo il bene, ad esclusione anche del *dominus*.

Altro argomento, questa volta positivo, che merita di essere ricordato, è di carattere testuale e riguarda l'usufrutto su beni immobili. Si tratta di

D. 43.16.10 (Gai. 2 *ad ed. praet. urb. tit. de lib. causa*): *Si de fundo proprietarium et fructuarium praedo experierit ...*

Gaio faceva l'ipotesi che un predone espellesse dal fondo e il proprietario e l'usufruttuario. Segno, questo, che anche il proprietario del fondo gravato da usufrutto stava sul fondo stesso, tanto da poterne essere cacciato via assieme all'usufruttuario.

Pure ad usufrutto di immobili si riferiva Ulpiano in

D. 43.19.3.5 (Ulp. 70 *ad Sab.*): *Idem Iulianus scribit, si meus usus fructus in fundo tuo [proprietas vero tua] fuerit et uterque nostrum per vicini fundum ierit ...*

Di questo passo interessa per ora nient'altro che la fattispecie, affatto insospettabile sol che si espunga l'innocua e sovrabbondante glossa costituita dalle parole *proprietas vero*

263 *Supra*, nt. 261.

*tua*.<sup>264</sup> Giuliano, citato da Ulpiano, supposeva che sia il nudo proprietario sia l'usufruttuario esercitassero una servitù di passaggio (*iter*). Ora, se al *dominus* si consentiva di esercitare la servitù di passaggio spettante al fondo in usufrutto, è forza ammettere almeno questo, che allo stesso fondo egli potesse liberamente accedere.<sup>265</sup>

Consideriamo adesso l'ipotesi che l'usufrutto avesse ad oggetto schiavi. Ebbene, che il nudo proprietario conservasse il diritto di disporre materialmente è già indicato dal regime degli acquisti del servo in usufrutto, acquisti che – com'è noto – venivano ripartiti secondo certi criteri tra *dominus* e usufruttuario. A quest'ultimo spettavano – in linea di massima – solo gli acquisti che il servo avesse compiuto *ex re fructuarii* o *ex operis suis*; ogni altro acquisto andava al *dominus*. Negare pertanto a costui ogni potere di fatto sullo schiavo non sarebbe stato bene in armonia con i principi ricordati, perché avrebbe significato neutralizzare, almeno parzialmente, il significato pratico di essi: il nudo proprietario, infatti, avrebbe avuto molto poche possibilità di indirizzare l'attività del servo nella direzione a lui più favorevole. Un indizio per il mio punto di vista è costituito da ciò, che nelle fonti si discute intorno agli acquisti che il *servus fructuarius* compia *iussu domini* (tali acquisti andavano comunque al *dominus*).<sup>266</sup> Si tenga pure presente che l'eredità e i legati in favore del *servus fructuarius* – almeno secondo la dottrina che prevalse<sup>267</sup> – andavano sempre al proprietario; e che, d'altronde, il servo accettava validamente solo dietro *iussus* del padrone.<sup>268</sup>

Né va sottovalutata, per la tesi prospettata, la possibilità che lo schiavo in usufrutto tenesse il peculio *apud proprietarium*.<sup>269</sup> Un ulteriore argomento nella stessa dire-

264 Cfr. Mommsen, *Dig., ad h. l.*

265 Dubitare della genuinità del passo (così Arangio-Ruiz e Biondi, citati nell'*Index Interpolationum*) solo perché non in armonia con l'idea comune circa la struttura dell'usufrutto, è un atteggiamento che presuppone provata l'esattezza di quell'idea.

266 Cfr. D. 7.1.25.3 (Ulp. 18 *ad Sab.*).

267 Cfr. G. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1958, 212 ss.

268 Cfr. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 266 e ivi nt. 9.

269 Cfr. D. 15.1.37.3 (Iul. 12 *dig.*); D. 15.1.19.2 (Ulp. 29 *ad ed.*).

zione è costituito dalla *coercitio*, che le fonti classiche attribuiscono al *dominus* pure se sul servo gravi usufrutto a favore di altra persona.<sup>270</sup>

Degno di rilievo è pure il regime della responsabilità nossale nei casi in cui autore materiale di un delitto fosse un *servus fructuarius*. Com'è notissimo, dei delitti commessi da un servo o da un *filius familias* rispondeva colui che sul servo o sul *filius* esercitasse la *potestas*: quindi, essenzialmente, il *dominus* per il servo, il *pater familias* per il *filius*. Il titolare della *potestas* era messo di fronte alla seguente alternativa: pagare la *poena* stabilita per il delitto commesso dal sottoposto (il quadruplo per il furto manifesto, il doppio per il *furtum nec manifestum*, etc.) o *noxae dedere* il sottoposto stesso, lasciarlo cioè – possiamo dire genericamente – nelle mani della vittima del delitto; onde si parla di responsabilità nossale, azioni nossali, etc. Ora, per effetto di una certa evoluzione, determinatasi per impulso dell'attività del pretore ed interamente conclusasi in piena età classica, si finì col riconoscere che responsabile nossalmente fosse colui il quale, al momento del procedimento nossale, avesse sul servo colpevole (lascio da canto l'ipotesi del *filius familias*, che non interessa ai fini della struttura dell'usufrutto) non solo il *dominium*, ma anche la *potestas* di fatto; in altri termini, la materiale possibilità di disporne fisicamente.<sup>271</sup> Ciò perché solo chi avesse avuto detta *potestas* (di fatto) avrebbe potuto compiere, all'occorrenza, la *noxae deditio* dello schiavo.

Che almeno in età classica il *dominus* fosse perseguibile nossalmente solo quando aveva la disponibilità fisica del servo emerge tra l'altro da ciò, che al convenuto del procedimento nossale veniva rivolta la cd. *interrogatio de facto*, la domanda cioè *an in potestate eius servus sit* (lì dove il termine *potestas* è adoperato, per espressa attestazione delle fonti, nel senso di potestà di fatto).<sup>272</sup> Ond'è che il procedimento nossale seguiva il suo corso regolare solo se alla domanda l'interessato avesse dato risposta positiva.

270 Cfr. D. 7.1.17.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*); D. 47.10.15.37 (Ulp. 77 *ad ed.*).

271 Su ciò e su quanto segue v. Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 74 ss.

272 Cfr. D. 9.4.21.2-3 (Ulp. 23 *ad ed.*).

Ebbene, dei delitti commessi dal *servus fructuarius* rispondeva il *dominus*:<sup>273</sup> era a lui che si rivolgeva direttamente la vittima del delitto, era lui che doveva, ove non avesse preferito pagare la *poena*, dare a noia lo schiavo colpevole. È pertanto facile trarne argomento per dire, che il *dominus* manteneva il diritto alla fisica disponibilità del servo, pure quando questo era gravato da usufrutto.

### 50. La rivendica del proprietario contro il preteso usufruttuario di immobili e servi

Quanto emerge, direttamente o indirettamente, dalle fonti circa l'impiego della rivendica nel processo formulare dell'età del principato relativamente a beni gravati, o già gravati o che si pretendeva da alcuno essere gravati da usufrutto è del tutto in armonia con le premesse circa la struttura dell'istituto e, al contempo, ne è conferma.

Si faccia il caso che sullo stesso bene immobile o sullo stesso servo due soggetti esercitino contemporaneamente poteri corrispondenti rispettivamente all'esercizio della nuda proprietà e dell'usufrutto. Supponiamo che il primo sia *dominus* e che, pretendendo che l'esercizio dell'usufrutto da parte dell'altro sia illegittimo, intenda escluderlo dal godimento della *res*. Ora, vero il mio assunto sulla struttura dell'usufrutto, l'impiego della rivendica sarebbe del tutto fuori luogo, perché da un canto la rivendica è volta alla restituzione della cosa, dall'altra l'attore, nella specie considerata, ne ha già il possesso diretto; e pertanto non pretende, né potrebbe pretendere<sup>274</sup> la restituzione della *res*, ma, più semplicemente, la cessazione dell'*uti frui*. Ebbene, ciò è confermato dalle fonti: in esse mai compare la rivendica in fattispecie come quella ipotizzata: è piuttosto l'azione *negatoria usus fructus* che viene in considerazione al riguardo.<sup>275</sup> Nella formula relativa era inserita la clausola restitutoria, ma a differenza di quella propria della *rei vindicatio*

273 Cfr. D. 7.1.17.2 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*).

274 Cfr. *infra*, § 58.

275 Su ciò e su quanto segue v. Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 121 ss. Peraltro, pare che i classici usassero parlare solo di *actio negativa usus fructus*, non di *actio negatoria*: cfr. *op. ult. cit.*, 121, nt. 1.

e analogamente a quella propria delle *actiones negatoriae servitutis*, essa non subordinava la condanna alla mancata restituzione della *res*, bensì alla mancata restituzione dell'*usus fructus*: *restituere usum fructum* non era *rem restituere*, ma, nella specie in questione, comportava solo, a mio giudizio, cessazione dell'*uti frui*, e pertanto puro e semplice abbandono della cosa da parte del convenuto soccombente (così come il *servitutum restituere* delle azioni negatorie di servitù comportava nient'altro che cessazione dell'esercizio della servitù).

Giova rilevare che l'esistenza stessa dell'*actio negatoria usus fructus* è argomento di non poco rilievo in favore della mia tesi circa la struttura dell'usufrutto. Se questo avesse comportato per l'usufruttuario detenzione esclusiva, escludere l'usufruttuario dal godimento avrebbe significato necessariamente, per costui, la restituzione della cosa; onde il *dominus*, il quale avesse preteso appunto la restituzione, avrebbe potuto fare ricorso alla *rei vindicatio*. Perché allora l'*actio negatoria*, pure essa di natura reale e con regime analogo a quello della *rei vindicatio*? Ebbene, con la mia tesi circa la struttura dell'usufrutto viene meno ogni motivo di perplessità al riguardo.

Peraltro, se nell'ipotesi di usufrutto su immobili e schiavi l'impiego della rivendica nella direzione considerata giusta il mio punto di vista sarebbe stato fuori luogo, al contrario tale impiego sarebbe stato del tutto al suo posto nel caso di usufrutto su cose mobili inanimate (o comunque diverse da schiavi); per le quali invece l'usufrutto, come si è visto, non era concepibile senza riservare all'usufruttuario la detenzione esclusiva. Ebbene, è in riferimento al caso che il *dominus* contesti all'usufruttuario il legittimo esercizio dell'usufrutto di *vasa* che in un passo ulpiano del Digesto si legge:

D. 7.9.12 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit ... ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt ...*

In questo caso, di usufrutto di vasi, pretendere che venga meno il godimento dell'usufruttuario non può non voler dire pretendere la vera e propria restituzione. Ecco che al-

lora, secondo la testimonianza di Ulpiano, si ricorreva alla *rei vindicatio*.<sup>276</sup>

Il testo – assieme ad un altro, pure di Ulpiano, di contenuto analogo<sup>277</sup> – è assai significativo anche sotto altro riguardo, perché conferma la tesi, sulla quale mi sono più in alto a lungo soffermato, per cui nessun ostacolo vi era, sotto il profilo della legittimazione passiva, all'impiego della rivendica contro colui il quale deteneva la cosa a nome dell'attore (nella specie, l'usufruttuario deteneva per il *dominus*).<sup>278</sup>

### 51. La rivendica del proprietario contro il preteso usufruttuario di beni diversi da immobili e servi

Altra ipotesi che conviene esaminare è quella dell'usufruttuario di immobili e schiavi il quale, contro i suoi doveri di usufruttuario, cominci a detenere la cosa da solo, negando al *dominus* quel possesso diretto corrispondente all'esercizio della nuda proprietà. Per casi come questo l'impiego della rivendica è testimoniato:<sup>279</sup> solo che il *dominus* il quale non contesti l'usufrutto all'avversario dovrà avere l'accorgimento di esercitare la rivendica, in modo tale che nell'*intentio* della relativa formula l'affermazione di appartenenza dell'attore (*rem actoris esse*) comporti al contempo il riconoscimento dell'usufrutto in capo all'avversario; sicché la *restitutio* del convenuto soccombente sarà limitata a ciò, *ut actor rem possideat, is cum quo agitur utatur fruatur*.<sup>280</sup>

276 Si discute se Ulpiano, nel citato D. 7.9.12, avesse avuto riguardo ad un caso di rivendica esercitata *finito usufructu* o durante l'usufrutto (per non avere l'usufruttuario prestato la *cautio fructuaria*). Nei due sensi, rispettivamente: Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 132 ss.; R. Santoro, *Per la storia della condictio*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, 3, cit., 567 s. (= *Scritti minori*, I, a cura di M. Varvaro, Torino 2009, 129 s.).

277 D. 7.9.7 pr. (Ulp. 79 ad. ed.).

278 Cfr. *supra*, §§ 11 ss. Al riguardo dei citati D. 7.9.12 e D. 7.9.7 pr. rilevo che le fattispecie relative sono tali che il *dominus* non avrebbe avuto alcun altro rimedio che la rivendica; inoltre, il punto di vista considerato era quello del *dominium*: cfr. Marrone, *Contributi*, cit., 374, nt. 107 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 216, nt. 107).

279 Direttamente da D. 31.26 (Marcell. 16 dig.); indirettamente da D. 10.4.5.1 (Ulp. 24 ad ed.). Sui due testi v. Marrone, *La posizione possessoria*, cit., 145 ss., 37 ss.

280 Cfr. D. 10.4.5.1.

Ma qui importa di più rilevare che questo impiego della rivendica, così come l'altro del quale s'è detto prima, conferma il punto di vista espresso<sup>281</sup> circa la legittimazione passiva del detentore o possessore rispetto al dante causa.

## 52. La rivendica della *res fructuaria* da parte di un terzo

Resta a dire della rivendica del terzo in ordine ad una *res* su cui alcuno eserciti i poteri corrispondenti all'esercizio della nuda proprietà ed un altro i poteri corrispondenti all'esercizio dell'usufrutto. Al riguardo mancano testimonianze dirette. Ma da un canto i risultati sin qui conseguiti circa la legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, dall'altro quanto conosciamo circa la struttura e il regime dell'usufrutto classico portano a ritenere che il terzo dovesse dirigere la rivendica non contro il preteso usufruttuario, ma contro colui il quale possedesse la cosa come nudo proprietario. Questa, almeno, dovette essere la soluzione in ordine a beni immobili e servi.

Limito l'assunto ai soli beni immobili e agli schiavi, perché le fonti le quali negano il possesso interdittale ai soggetti che esercitano l'usufrutto riguardano beni di tal fatta.<sup>282</sup> Con questa osservazione non si vuole peraltro affermare la *possessio ad interdicta* dell'usufruttuario di cose mobili diverse dai servi: nel silenzio delle fonti preferisco non prendere posizione in proposito: e pertanto neppure sul problema della legittimazione passiva alla rivendica esercitata da un terzo, quando il bene che si pretendeva gravato da usufrutto fosse una cosa mobile diversa da schiavi.

Se si trattava invece di beni immobili o servi, si può esser certi che la rivendica, come si è già detto, andasse indirizzata contro il possessore a titolo di nuda proprietà. Era costui ad essere possessore *ad interdicta*, onde era lui passivamente legittimato alla rivendica secondo la teoria di Pegaso.

Ma pure secondo la teoria condivisa da Ulpiano la rivendica andava indirizzata contro chi possedesse quale nudo proprietario, essendo costui il solo ad avere la *facultas restituendi*. Il confronto con il regime della responsabilità nossale del quale s'è più in alto parlato (e per cui

281 *Supra*, §§ 11 ss.

282 *Cfr. supra*, nt. 260.

all'*actio noxalis* era passivamente legittimato il *dominus*, pure quando si trattava di *servus fructuarius*)<sup>283</sup> non può al riguardo essere privo di peso. Così come il *dominus* può dare a noxa il *servus fructuarius*, perché è il *dominus* che mantiene la *potestas* di fatto (oltre che giuridica) sul servo, analogamente colui il quale possiede un immobile o un servo a titolo di nuda proprietà può legittimamente restituirli al rivendicante vittorioso, avendone egli la disponibilità fisica e giuridica (*facultas restituendi*). La *restitutio* comporta, come sappiamo, l'acquisto del possesso da parte del rivendicante.<sup>284</sup> Ebbene, il convenuto del quale s'è detto avrebbe potuto legittimamente trasferire all'attore quel possesso che lui stesso aveva, un possesso, cioè, limitato dalla presenza dell'usufruttuario. Con il quale l'attore avrebbe dovuto poi litigare (con l'*actio negatoria usus fructus*) se avesse preteso il possesso libero (cd. *vacua possessio*).<sup>285</sup> Pertanto, è appena il caso di rilevarlo, la *restitutio* del possessore a titolo di nuda proprietà, se mantenuta nei limiti di cui s'è detto, non avrebbe recato alcun pregiudizio all'usufruttuario.

Per converso, quest'ultimo non era passivamente legittimato alla rivendica del terzo, perché non avrebbe potuto legittimamente *restituere*: se l'avesse fatto, poiché con la *restitutio* l'attore acquistava il possesso, ciò avrebbe significato spossessamento dell'altro che possedeva quale nudo proprietario, con conseguente responsabilità nei suoi confronti di chi aveva compiuto la *restitutio* (quanto meno sul piano possessorio, con i relativi *interdicta*).<sup>286</sup>

283 *Supra*, § 49.

284 Cfr. D. 50.16.22 (Gai. 4 *ad ed. prov.*).

285 L'attore non avrebbe potuto invece ricorrere impunemente all'autodifesa; ché l'usufruttuario era tutelato dagli *interdicta utilia uti possidetis e unde vi*: cfr. Marrone, *Osservazioni su Vat. Fragm.* 90, cit.

286 L'*interdictum unde vi* poteva essere esperito anche contro il non possessore: cfr. Marrone, *Osservazioni su Vat. Fragm.* 90, cit., 278 e ivi nt. 27 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 122 e ivi nt. 27). L'usufruttuario avrebbe potuto essere eventualmente chiamato a rispondere dal nudo proprietario con l'*actio ex cautione fructuaria*.

## G. La rivendica dei beni oggetto di pegno, sequestro e precario

### 53. Il possesso di creditore pignoratizio, sequestratario e precarista

Le ipotesi di *rei vindicatio* in ordine a *res* date in pegno, in sequestro e in precario possono essere considerate assieme.

In proposito giova anzitutto ricordare che al creditore pignoratizio, al sequestratario e al precarista le fonti riconoscono il possesso interdittale.

D. 41.3.16 (Iav. 4 ex *Plaut.*): *Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet ...*

L'*actio ad exhibendum*, relativamente al servo dato in pegno, deve essere rivolta non contro il debitore, ma contro il creditore pignoratizio, perché il primo possiede solo *ad usucapionem*, il creditore pignoratizio (*qui accepit*) *ad omnes reliquas causas*, e pertanto anche ai fini della legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum* (e, naturalmente, pure *ad interdicta*).<sup>287</sup>

D. 16.3.17.1 (Flor. 7 *inst.*): *Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestratorem deposita est: nam tum demum sequestratorem possidet ...*

La proprietà della cosa data in deposito rimane presso il deponente, così come presso lo stesso rimane il possesso. Se però la *res* è stata depositata presso un sequestratario, se si tratta cioè di sequestro, il sequestratario possiede.

D. 43.26.4.1 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.*

D. 43.26.17 (Pomp. 23 *ad Sab.*): *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.*

287 È appena il caso di rilevare che il discorso di Giavoleno, in D. 41.3.16, riguarda l'ipotesi del creditore pignoratizio (o ipotecario) il quale abbia presso di sé la cosa oppignorata.

Nel primo testo si afferma il possesso del precarista. Vi si parla di *possidere* puramente e semplicemente, ma va da sé che Ulpiano (così come Fiorentino in D. 16.3.17.1 a proposito del sequestratario) non si riferiva alla *possessio ad usucapionem*, ma, più che altro, al possesso interdittale.

Del resto, che il precarista, quale possessore, avesse la tutela interdittale, è detto esplicitamente nell'altro passo citato, D. 43.26.17 di Pomponio: ivi è precisato che il precarista godeva della difesa possessoria rispetto ai terzi, non anche rispetto al *precario dans*.<sup>288</sup> La ragione è questa, che nell'*interdictum uti possidetis* in tanto il possessore prevale in quanto possedga *nec vi nec clam nec precario* rispetto all'avversario (cd. *exceptio vitiosae possessionis*): in altre parole, in quanto la sua sia, rispetto all'avversario, una *possessio iusta*. Parallelamente, nell'*interdictum unde vi*, in tanto il *deiectus* ottiene la restituzione in quanto il suo sia stato prima della *deiectio* un possesso *nec vi nec clam nec precario* rispetto al *deicens*.

A differenza del precarista, il creditore pignoratizio e il sequestratario, non ostando l'*exceptio vitiosae possessionis*, avevano tutela possessoria anche rispetto al dante causa.

Orbene, di fronte a queste – e a numerose altre testimonianze le quali pure affermano il possesso interdittale di creditore pignoratizio, sequestratario e precarista<sup>289</sup> – la dottrina romanistica suole parlare di 'possessori anomali', in considerazione del rilievo per cui ai soggetti in questione faceva difetto l'*animus domini*; requisito questo che, assieme al *corpus possessionis*, si ritiene solitamente che integrasse gli estremi del vero e proprio possesso in senso giuridico; e pertanto anche del possesso interdittale.

Ora, chi mi ha seguito sin qui avrà notato come ogni volta che si è trattato di stabilire, ai fini della tutela interdittale, la posizione possessoria di questo o di quell'altro soggetto, io, nel dar conto dei dati delle fonti in proposito, non ho fatto riferimento all'*animus domini* quale requisito del possesso, preferendo piuttosto giustificare quei dati con considerazio-

288 Al *precario dans* il precarista – *qui precario possidet* – si rivolse a suo tempo per la concessione. È per ciò che il *precario dans*, in D. 43.26.17, è detto '*eum, quem rogavit*'.

289 V. le fonti presso P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 3. *Diritti reali*, Roma 1933, 154 ss.

ni diverse, quali la stabilità del soggetto in ordine alla cosa, la sua posizione di indipendenza nel governo della medesima, i poteri esercitati su di essa. Il che mi ha dato modo di rilevare l'opportunità, sociale e pratica, delle soluzioni testimoniate.

D'altra parte, non sempre quello dell'*animus domini* sarebbe stato un criterio valido. Così, nel caso del concessionario di *ager vectigalis*: questi riconosceva nel concedente il *dominus*, gli pagava il *vectigal*, non aveva pertanto *animus domini* e tuttavia era riconosciuto possessore *ad interdicta*.<sup>290</sup> Deve ritenersi che anche quello del concessionario di *ager vectigalis* fosse un possesso anomalo? Le fonti non lo dicono. In esse, d'altronde, neppure è mai rilevata la pretesa anomalia, sotto il profilo dell'*animus domini*, del possesso del creditore pignoratizio, del sequestratario e del precarista. Ciò giustifica le più ampie riserve in ordine alla qualifica di 'anomali' che la dottrina dà solitamente a queste figure di possessori.

In astratto, considerato quanto più su osservato circa la mancanza, presso i classici, di una concezione unitaria del possesso,<sup>291</sup> si potrebbe ritenere che la dottrina del *corpus* e dell'*animus (domini)* quali requisiti del possesso riguardasse la *possessio ad usucapionem*, non quella *ad interdicta*.

In effetti, se una cosa in questa materia è certa, è che i cd. possessori anomali (e i concessionari di *agri vectigales*) erano sì possessori *ad interdicta*, ma quello loro non era possesso idoneo ai fini dell'usucapione. Sicché, una volta riferita la dottrina dell'*animus domini* al possesso *ad usucapionem* e a questo soltanto, parlare di possessori anomali sarebbe del tutto fuori luogo; ché – si potrebbe dire – il creditore pignoratizio, il sequestratario, etc. non avevano *animus domini* e pertanto non erano possessori *ad usucapionem*; avevano il possesso *ad interdicta*, ma per esso l'*animus domini* non era richiesto. Una soluzione del genere non sembra però confortata dalle fonti: in queste, la dottrina del possesso come *corpus* e *animus* è espressa in termini generali, e non limitatamente al possesso *ad usucapionem*.<sup>292</sup>

290 Cfr. *supra*, nt. 178.

291 Cfr. *supra*, § 24 e ivi nt. 114.

292 Cfr. ad esempio D. 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*). Della dottrina dell'*animus*, peraltro, è cenno in D. 13.7.37 (Paul. 5 *ad Plaut.*), testo relativo certamente alla

Le considerazioni che seguono consentiranno di proporre una soluzione storica,<sup>293</sup> che avanzo per ora come semplice congettura e con estrema cautela, consapevole della gravità del problema e della necessità di ben maggiore approfondimento di esso.

Può ormai considerarsi fuori discussione che la dottrina del possesso come *corpus* e *animus* non è molto risalente: pure a non credere alla tesi più radicale per la quale essa sarebbe stata proposta per la prima volta dal giureconsulto Paolo (prima metà del III sec. d.C.), in ogni caso non è possibile farla risalire oltre il I sec. d.C.<sup>294</sup>

Al riguardo giova anche ricordare che certi risultati della dottrina romanistica più recente inducono a pensare come non pochi principi giuridici, un tempo ritenuti assoluti, siano stati in effetti espressi dai giureconsulti romani in vista della soluzione di problemi nuovi o comunque oggetto di dubbi e controversie, senza che ciò comportasse revisione dei risultati definitivamente raggiunti dalla precedente giurisprudenza; e ciò pure quando tali risultati non fossero in armonia con i nuovi principi.<sup>295</sup>

È pertanto assai verosimile che la dottrina per la quale requisiti del possesso erano *corpus* ed *animus* sia stata formulata, in età classica, in vista di fattispecie nuove o controverse, o per le quali la soluzione appariva incerta sotto l'aspetto possessorio. Ma, per il metodo dei giureconsulti romani, in questo punto del tutto diverso dal nostro, l'accettazione della nuova dottrina non comportò di per sé alcun mutamento in ordine alle figure di *possessores ad interdicta*, già definitiva-

*possessio ad interdicta*.

293 Una via battuta da molti – e, per vero, non senza basi testuali – è quella di intendere l'*animus* che viene in considerazione a proposito della dottrina del possesso diversamente che come *animus domini*. A me non sembra, però, che alcuna delle definizioni sinora proposte sia idonea a dare, sul piano dogmatico, una soluzione generale e unitaria soddisfacente.

294 Sul tema, tra gli ultimi: C.A. Cannata, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in SDHI 26, 1960, 71 ss.; A. Burdese, *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, 1, Milano 1965, 517 ss.; C. Maschi, *Il diritto romano*, 1, Milano 1966, 478 ss.

295 V. ad esempio, in materia di furto: B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in AUPA 23, 1953, 5 ss.; Id., *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA 25, 1966, 85 ss.

mente ritenute tali e come tali unanimamente riconosciute e per cui nessun grave motivo di opportunità suggerisse diversa soluzione. Sicché a creditore pignoratizio, sequestratario, precarista e concessionario di *ager vectigalis* continuò ad essere riconosciuta la tutela possessoria (*interdicta*), e pertanto creditore pignoratizio, sequestratario, etc. continuarono ad essere considerati *possessores ad interdicta*. Questa era stata la dottrina dei *veteres* e questa continuò ad essere la dottrina dei classici, nonostante che, da un canto, i soggetti in questione non avevano l'*animus domini* e, dall'altro, si fosse affermato il principio per cui ad integrare gli estremi del possesso dovevano concorrere *corpus ed animus*.

Non è difficile individuare i motivi che possono avere indotto i *veteres* a riconoscere al creditore pignoratizio la *possessio ad interdicta*.<sup>296</sup> Sappiamo che ai *veteres* non era di ostacolo, in proposito, la dottrina dell'*animus domini* quale requisito del possesso, in quanto tale dottrina fu proposta solo più tardi.

D'altronde, dovette ad essi apparire affatto logico che il creditore pignoratizio, il quale aveva tutto l'interesse a conservare e trattenere presso di sé la cosa a garanzia del proprio credito, fosse l'unico a potere esperire, all'occorrenza, gli interdetti a difesa del possesso. Se la difesa possessoria della *res* data in pegno fosse stata invece concessa al debitore, si sarebbe dato modo a costui di recuperarla presso terzi prima ancora di avere adempiuto.

Considerazioni analoghe valgono per la *possessio ad interdicta* del sequestratario. È noto che cosa sia il sequestro per diritto romano classico: il deposito di una *res* controversa da parte di due contendenti presso un terzo, appunto il sequestratario, a condizione che costui la custodisca e la restituisca poi alla parte in favore della quale sia decisa la lite di proprietà.<sup>297</sup>

Ebbene, riconoscere la protezione possessoria ad uno qualsiasi dei deponenti avrebbe significato consentirgli di perseguire presso l'autore della violazione possessoria il recupero della *res* data in sequestro, senza che in suo favore si fosse verificata la condizione apposta all'obbligo di resti-

296 Per quanto riguarda il concessionario di *agri vectigales*, v. *supra*, § 38.

297 Cfr. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 329, 448.

tuzione del sequestratario; ciò in pregiudizio delle ragioni dell'altro deponente. Ecco perché si riconobbe al sequestratario la tutela possessoria interdittale, e quindi la qualifica di *possessor ad interdicta*: il sequestratario aveva il dovere di conservare la cosa e non avrebbe dovuto né potuto restituirla finché non si fosse verificata la detta condizione: se la cosa gli veniva tolta o se in ordine ad essa il sequestratario subiva turbative, era del tutto logico che, in pendenza della condizione, dovesse essere lui a reagire sul piano possessorio, sì da potere recuperare e conservare la cosa, in modo da potere poi tenere fede all'impegno assunto.

Queste posizioni dei più antichi giureconsulti furono, come s'è visto, tenute ferme dai classici, nonostante la dottrina dell'*animus* intanto affermatasi in materia possessoria: quelle stesse considerazioni di opportunità che avevano indotto i primi ad ammettere la *possessio ad interdicta* di creditore pignoratizio e sequestratario, restavano valide anche per i classici.

Sul riconoscimento del possesso al precarista avranno certamente influito ragioni storiche, che non siamo in grado di stabilire con certezza. Verosimilmente il rapporto di precario si istituiva dapprima tra patrono e cliente,<sup>298</sup> tra soggetti quindi legati da un vincolo fiduciario, e doveva realizzarsi in maniera tale che praticamente il precarista (*precario accipiens*) avesse 'mano libera' sul bene. Di conseguenza, nonostante il potere incondizionato di revoca che l'altra parte, il *precario dans*, conservava, si ritenne opportuno che il precarista potesse difendere la cosa dalle violazioni possessorie di terzi, in considerazione del fatto che il precarista era persona di fiducia del *precario dans*, del quale pertanto avrebbe bene tutelato gli interessi.<sup>299</sup> Ma la revocabilità del precario e la gratuità di esso dovettero al contempo suggerire di escludere la tutela possessoria del precarista nei confronti del *precario dans*, limitandola ai rapporti con i terzi: di fronte al *precario dans* il precarista infedele (ipotesi, questa, che almeno

298 Cfr. da ultimo Zamorani, *Precario habere*, cit., 15 ss., 48.

299 Non appare giustificata la congettura dello Zamorani, *op. ult. cit.*, 49, per cui al precarista la tutela possessoria rispetto ai terzi sarebbe stata concessa dopo che il precario trovò applicazione fuori dell'ambito dei rapporti patrono-cliente.

agli inizi dovette in pratica essere assai rara) era un *possessor precario*; da ciò, in sede di *interdicta uti possidetis* e *unde vi*, le conseguenze più in alto precisate.

In età classica i motivi storici che avevano determinato il riconoscimento del possesso al precarista erano venuti meno. Ma si trattava d'una figura tradizionale di possessore, del tutto cristallizzata; e i giuristi non ritennero di doverla rinnegare, non sussistendo per ciò alcuna grave ragione di ordine pratico: la revocabilità *ad nutum*, con conseguente immediata perdita del possesso del precarista, avrebbe neutralizzato ogni eventuale abuso.

#### 54. La rivendica del terzo

Dopo quanto osservato, i problemi di legittimazione passiva alla *rei vindicatio* in ordine alle cose oggetto di pegno e sequestro appaiono di soluzione agevole e pronta: il terzo avrebbe dovuto rivolgere la sua azione, per le une, contro il creditore pignoratizio, per le altre, contro il sequestratario. L'uno e l'altro erano possessori interdittali, e pertanto erano passivamente legittimati alla rivendica secondo la dottrina di Pegaso; avevano la *facultas restituendi*, e pertanto erano passivamente legittimati pure secondo la dottrina di Ulpiano. Di contro, debitore pignoratizio e deponenti *in sequestre* né erano possessori interdittali né avevano la *facultas restituendi*, e pertanto contro di essi il terzo non avrebbe potuto proporre la *rei vindicatio*.

Del possesso interdittale si è detto, e non giova tornare sull'argomento. Quanto alla *facultas restituendi* nel senso in cui questa espressione è adoperata nella chiusa di D. 6.1.9, basti rilevare che il debitore pignoratizio, finché non avesse soddisfatto il credito, non sarebbe stato neanche nelle materiali condizioni di *restituere*, trovandosi la cosa presso il creditore e non avendo egli alcuna giuridica possibilità di averla indietro prima dell'adempimento. Analogamente, nessuno dei deponenti *in sequestre*, finché non si fosse verificata la condizione propria del sequestro, aveva alcuna giuridica possibilità di recuperare la cosa presso il sequestratario, e pertanto neanche quella di restituirla al terzo rivendicante.

Negata a debitore pignoratizio e deponenti *in sequestre*, la *facultas restituendi* non poteva non essere riconosciuta

a creditore pignoratizio e sequestratario. Costoro tenevano presso di sé la cosa in linea esclusiva, ed erano pertanto i soli a poterla restituire al terzo rivendicante. Il creditore pignoratizio, in caso di inadempimento, era persino autorizzato ad alienare la *res oppignorata*. D'altronde, egli aveva ogni interesse a sostenere la lite di rivendica, perché, in caso di soccombenza, avrebbe perduto la garanzia del proprio credito. Creditore pignoratizio e sequestratario, fino all'adempimento o all'alienazione il primo, fino al verificarsi della condizione il secondo, erano i soli ad avere il diritto a trattenere la cosa, che erano peraltro obbligati a custodire; erano tutelati, e rispetto ai terzi e rispetto al dante causa, sul piano possessorio; il creditore pignoratizio, anche su quello petitorio (con l'*actio pigneraticia in rem* o *actio Serviana*); né, dal punto di vista dei rapporti obbligatori, finché sussistevano le condizioni del pegno o del sequestro, creditore e sequestratario avevano alcun dovere di rendere la cosa allo stesso dante causa.

La *facultas restituendi*, pertanto, era ad essi riconosciuta perché avevano oltre che la materiale possibilità, anche la giuridica possibilità di *restituere*; con la necessaria conseguenza, in caso di *restitutio*, di essere liberati da ogni responsabilità nei confronti del dante causa.<sup>300</sup>

Che fosse il creditore pignoratizio ad essere legittimato di fronte alla rivendica del terzo, è saldamente attestato nelle fonti.<sup>301</sup> Per quanto riguarda il sequestratario, mancano testimonianze dirette: ritengo però che le considerazioni che precedono siano largamente sufficienti a giustificare la prospettata soluzione positiva.

Difettano testimonianze per quanto attiene alla rivendica del terzo in ordine al fondo concesso in precario. Deve tuttavia ritenersi certo, a mio avviso, che, essendo il precarista possessore *ad interdicta*, egli fosse passivamente legittimato alla *rei vindicatio* secondo la dottrina di Pegaso.<sup>302</sup>

300 Eccetto che la soccombenza non fosse imputabile al convenuto.

301 Cfr. D. 20.1.31.1 (Scaev. 1 *resp.*); Cl. 8.13.9 (Gord., a. 239); Cl. 8.15.1 (Sev. et Anton., a. 194). Indirettamente, la legittimazione passiva del creditore pignoratizio alla rivendica del terzo emerge da D. 14.6.7.2 (Ulp. 29 *ad ed.*), su cui *infra*, § 55. V. anche D. 41.3.16 (Iav. 4 *ex Plaut.*); D. 10.4.3.15 (Ulp. 24 *ad ed.*); D. 42.1.63 (Macer 2 *de appell.*).

302 Se è vero, come sembra (D. 41.2.3.5, Paul. 54 *ad ed.*), che dapprima il possesso fu riconosciuto, almeno secondo l'opinione di alcuni giuristi, anche

Certo, la soluzione non poteva dirsi soddisfacente, né giustificata dal punto di vista della opportunità. Da un canto, infatti, il *precario dans* era sostanzialmente assai più qualificato del precarista a sostenere la lite di rivendica, anche sotto l'aspetto dell'interesse a *rem defendere*. Dall'altro, il *precario dans*, considerata la sua facoltà di revocare liberamente la concessione, avrebbe potuto bene *restituere*. È verosimile, pertanto, che al precarista Ulpiano e quanti condividevano la sua tesi della *facultas restituendi* abbiano negato la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* esercitata dal terzo, riconoscendola invece al *precario dans*. Questo dovette essere un altro punto in cui l'accettazione della dottrina di Pegaso o di quella di Ulpiano avrebbe dato luogo a diversi risultati: anzi, non è azzardato supporre che quella del fondo concesso in precario sia stata una delle ipotesi che, assieme alle altre delle quali si è detto a suo luogo, determinò l'abbandono della dottrina pegasiana.

## 55. La rivendica dello stesso dante causa

Vediamo ora la questione relativa alla legittimazione passiva di creditore pignoratizio, sequestratario e precarista di fronte alla *rei vindicatio* del dante causa (rispettivamente debitore pignoratizio, deponente *in sequestre* e *precario dans*). L'argomento, in generale, è stato trattato più in alto:<sup>303</sup> adesso non rimane pertanto che ribadire la soluzione positiva e rilevare come, direttamente per quanto riguarda creditore pignoratizio<sup>304</sup> e indirettamente per quanto riguarda il sequestratario,<sup>305</sup> la convenibilità con la rivendica da parte del dante causa trova riscontro nelle fonti classiche giunte sino a

al *precario dans*, bisogna ritenere che il terzo potesse, alternativamente, esercitare la rivendica pure contro il *precario dans*. Cfr., del resto, D. 43.26.7 (Venul. 3 *interd.*).

303 *Supra*, § 20.

304 Cfr. D. 20.1.25 (Mod. 8 *reg.*); D. 20.1.33 (Tryph. 8 *disp.*); Cl. 4.30.1 = Cl. 8.32.1 (Sev. et Anton., a. 197); D. 13.7.40 pr. (Pap. 3 *resp.*); D. 10.2.29 (Paul. 23 *ad ed.*). Sugli ultimi due testi, *infra*, nt. 307; v. anche gli altri testi in materia di pegno citati *ivi*.

305 Cfr. D. 16.3.33 (Labeo 6 *post. a lav. epit.*): il testo riguarda l'*actio ad exhibendum*; *ivi* non è genuino il riferimento alla *rei vindicatio*: v. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 527 ss.

noi. In ordine al precarista, la stessa soluzione deve ritenersi certa sulla base delle considerazioni svolte e dei risultati conseguiti a proposito di situazioni analoghe.

Certo, il *precario dans*, il debitore pignoratorio il quale avesse adempiuto e il deponente *in sequestre* che avesse vinto la lite con l'altro deponente ai fini della restituzione avrebbero preferito, per i motivi che sappiamo,<sup>306</sup> il rimedio proprio del rapporto tra le parti (rispettivamente l'*interdictum de precario*, l'*actio pigneraticia in personam*, l'*actio sequestrataria*). Tuttavia, l'esperibilità della rivendica in caso di pegno e di sequestro è più o meno esplicitamente testimoniata in luoghi classici, anche se – per le ragioni dette – solo indirettamente o in casi particolari.<sup>307</sup>

306 *Supra*, §§ 21 e 22.

307 L'impiego della rivendica è attestato solo indirettamente in D. 16.3.33, in materia di sequestro: cfr. *supra*, nt. 305. In tema di pegno l'impiego della rivendica (del dante causa contro il creditore pignoratorio) è attestato indirettamente in D. 6.1.39.1 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 14.6.7.2 (Ulp. 29 *ad ed.*: sul passo più avanti); D. 20.1.31.1 (Scaev. 1 *resp.*); D. 20.1.1 pr. (Pap. 11 *resp.*); Cl. 8.13.9 (Gord., a. 239); Cl. 8.15.1 (Sev. et Anton., a. 194). L'impiego della rivendica è giustificato dalla circostanza che, nelle specie relative, al debitore-proprietario non compete l'*actio pigneraticia in personam*, in D. 20.1.25, D. 20.1.33, Cl. 4.30.1 = Cl. 8.32.1, citati *supra*, nt. 304; v. anche gli altri passi in materia di pegno citati in questa nota. Nella complessa fattispecie di D. 10.2.29 (Paul. 23 *ad ed.*: sul passo Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 113 ss.; E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, 1, Milano 1947, 365 ss.), il convenuto il quale non desidera restare in comunione con l'altra parte può pretendere che questa eserciti la rivendica anziché l'*actio pigneraticia in personam* (così, almeno, secondo l'interpretazione del Siber): il pretore, pertanto, su istanza del convenuto, denegherà l'*actio in personam* e darà la rivendica. In D. 13.7.40 pr. (Pap. 3 *resp.*), il giurista vuol mettere in evidenza come al debitore debba, nella specie, essere negata ogni azione volta al recupero della cosa; quindi, eventualmente, anche la *rei vindicatio*. Per converso, non può essere considerata, per quanto qui rileva, testimonianza dell'età classica Cl. 4.24.10 (Diocl. et Maxim., a. 293) (dove si suggerisce la rivendica in un'ipotesi nella quale l'attore avrebbe potuto esperire l'*actio pigneraticia in personam*). Si tratta d'una tarda costituzione diocleziana; la quale, peraltro, anche per motivi di forma (più somigliante a quella delle costituzioni postclassiche che a quella, assai più sobria, della cancelleria diocleziana), sembra essere stata ampiamente rimaneggiata, in conformità alla prassi d'un'epoca – la postclassica – nella quale al contraente, per la restituzione della cosa propria, era data un'azione unica, nella quale confluivano i caratteri dell'*actio in rem* e dell'*actio in personam*: cfr. E. Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, 228; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2, München 1950, 210 s.

Peraltro, è appena il caso di rilevare che, finché non fosse stata risolta la questione di proprietà in ordine alla *res* data in sequestro, l'*actio sequestrataria* di uno qualsiasi dei deponenti non avrebbe avuto buon esito. Invece, a me pare che la rivendica di un deponente *in sequestre* (ipotesi, questa, come si disse, non direttamente attestata e, certo, più teorica che pratica) avrebbe potuto essere esperita con successo. Ché il sequestratario, a mio giudizio, non avrebbe potuto eccepire una sua eventuale responsabilità nei confronti dell'altro deponente. Al sequestro si ricorreva nel caso di lite sulla proprietà di una cosa: il sequestratario si impegnavo a restituirla al vincitore. Ebbene, l'attore della rivendica avrebbe dovuto provare di essere proprietario. Onde bisogna ritenere che non potesse farsi carico al sequestratario di avere restituito a quello dei deponenti *in sequestre* il quale avesse appunto dimostrato, in sede di rivendica, il suo *dominium* sulla *res* in contestazione (sebbene, non in contraddittorio con l'altra parte).

Diversa è la situazione nell'ipotesi del pegno. Prima dell'adempimento, non solo il debitore non avrebbe potuto perseguire la cosa presso il creditore con l'*actio pigneraticia in personam*, ma neanche con la *rei vindicatio*. La prima sarebbe stata respinta *ipso iure*, perché la formula dell'*actio pigneraticia in personam* subordinava il dovere di restituzione del creditore all'avvenuta soddisfazione del creditore medesimo.<sup>308</sup> La *rei vindicatio*, possibile *ipso iure*, sarebbe stata respinta in virtù dell'*exceptio doli*. Si veda in proposito

D. 14.6.7.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed et si filius familias patre suo relegato vel longo tempore absente dotem pro filia promiserit et rem patris pignori dederit, senatus consultum cessabit. Patris tamen res non tenebitur: plane si patri heres exstiterit filius et pignus persequatur, exceptione doli summovebitur.*<sup>309</sup>

Siamo in tema di senatoconsulto Macedoniano. Questo – come è noto – aveva proibito i mutui ai *filii familias*: al mutuante il *filius* convenuto avrebbe potuto opporre, di

308 Cfr. Lenel, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 255.

309 Letteratura sul passo presso M. Kaser, *In bonis esse*, in ZRG RA 78, 1961, 212, nt. 122.

regola, l'*exceptio senatus consulti Macedoniani*. Il caso di specie è tuttavia tale che il senatoconsulto non trovava applicazione, perché il mutuo era stato contratto nell'interesse del *pater*. Si fa infatti l'ipotesi che, durante la *relegatio* o comunque l'assenza del padre, il *filius* promette del denaro, costituendolo in dote (*promissio dotis*) in favore della sorella, figlia del *pater familias*; o anche in favore della propria figlia, che pure è *in potestate* del *pater familias* (le parole *pro filia* di D. 14.6.7.2 possono interpretarsi nei due sensi). È sottinteso che, per l'adempimento di questa *promissio dotis*, il *filius* sia costretto a contrarre mutuo. A garanzia, egli dà in pegno al mutuatario una *res* del padre. Ebbene, poiché il mutuo è stato contratto nell'interesse del padre – il quale, se fosse stato presente, avrebbe dovuto provvedere lui a costituire la dote *pro filia* – ecco che, secondo quanto avverte il giurista, il senatoconsulto (Macedoniano) non trova applicazione (*cessabit*): il mutuo sarà pertanto del tutto valido.

Per converso, nessun diritto reale di pegno si è validamente costituito sulla *res patris*: *patris tamen res non tenebitur*, avverte Ulpiano. Il pegno, in quanto diritto reale, è costituito validamente dal proprietario: ma il *filius* non è proprietario della *res patris* né è (almeno, nella specie) per altro verso legittimato a costituirlo in pegno.

Ora, in D. 14.6.7.2 è fatta l'ipotesi che il *pater* muoia e il figlio diventi suo erede. In quanto tale, egli potrà esercitare quelle azioni che spettavano al padre. Pertanto, anche la *rei vindicatio* (cui si fa riferimento con le parole *pignus persequatur*).<sup>310</sup> Se questa però viene esercitata dal *filius* prima dell'adempimento, il creditore convenuto il quale di fronte al *pater* non avrebbe avuto alcuna difesa potrà invece opporre al *filius* l'*exceptio doli*. Il figlio è debitore da mutuo e ha dato a garanzia dell'adempimento la *res* rivendicata; onde si considera in dolo se chiede la restituzione della stessa *res* prima che il creditore sia stato soddisfatto.

310 Queste parole non possono alludere all'*actio pigneraticia in personam*: essa prima dell'adempimento – pure ad ammettere la validità, nella specie, del contratto di pegno – sarebbe stata improponibile *ipso iure*, perché la relativa *condemnatio* era subordinata all'avvenuta soddisfazione del creditore.

Ebbene, questo passo ci attesta – assieme ad altri che per brevità mi sono limitato a richiamare in nota<sup>311</sup> – la legittimazione passiva del creditore pignoratizio alla rivendica esercitata dal debitore.<sup>312</sup> Se per essa vi fossero stati ostacoli sotto il profilo della legittimazione passiva, l'ipotesi della rivendica neppure sarebbe stata avanzata. D'altronde, per difetto di legittimazione passiva, la rivendica sarebbe stata respinta *ipso iure*,<sup>313</sup> non in virtù di *exceptio doli*. L'*exceptio doli*, che in D. 14.6.7.2 si oppone alla rivendica, ha pertanto una sola giustificazione: che l'azione è esercitata personalmente dal debitore prima ancora dell'adempimento.<sup>314</sup>

311 *Supra*, nt. 307.

312 Non varrebbe invocare contro – come fa invece Siber, *Die Passivlegitimation*, cit., 120 s. – D. 20.1.2 (Pap. 3 *resp.*): Papiniano, poiché contro il fideiussore, per la restituzione della cosa oppignorata, si dava l'*actio mandati*, diceva solo di questa e taceva della rivendica: ciò, per la maggiore convenienza dell'*actio in personam*: cfr. *supra*, §§ 21 e 22.

313 L'indagine relativa era compiuta dal *iudex*, che dalla formula rilevava, indirettamente, quali fossero i presupposti di legittimazione passiva: cfr. *supra*, § 14.

314 Alla rivendica del debitore contro il creditore pignoratizio si oppone l'*exceptio doli* anche in D. 13.7.40 pr.; D. 20.1.1 pr.; D. 20.1.25; D. 20.1.31.1; Cl. 8.13.9 e Cl. 8.15.1, citati *supra*, nt. 307.

## PARTE II

### **DOLO DESINERE POSSIDERE. LITI SE OFFERRE. UNUS CASUS**

#### **56. La questione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di chi *dolo desiit possidere***

In alcuni passi giurisprudenziali dei *Digesta* e in una costituzione attribuita ad Alessandro Severo<sup>315</sup> si ammette la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di chi *ante litem contestatam dolo desiit possidere*. La conseguenza avrebbe dovuto essere che il *iudex* della rivendica dovesse condannare il convenuto impossibilitato a restituire, appunto perché *dolo desiit possidere* prima della *litis contestatio*.

Si tratta però d'un principio ormai unanimamente riconosciuto non classico dalla dottrina romanistica: esso – si ritiene – fu introdotto nei passi ai quali ho fatto cenno dai compilatori di Giustiniano.<sup>316</sup>

L'assunto convince. I giureconsulti del principato, una volta affermata la necessità del possesso nel convenuto ai fini della legittimazione passiva alla rivendica,<sup>317</sup> discussero se tale possesso dovesse sussistere al tempo della *litis contestatio* e della sentenza o soltanto al tempo dell'una o dell'altra.<sup>318</sup> Fu nell'ambito di questa problematica che si ammise la responsabilità, in sede di rivendica, del convenuto il quale, possessore al tempo della *litis contestatio*, avesse successivamente, ma prima della sentenza, perduto il possesso per motivo a lui imputabile: in altri termini, la

315 I testi sono citati più avanti, nt. 322.

316 Cfr. O. Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in *Grünhuts Zeitschrift* 37, 1910, 534 ss.; M. Marrone, *Rec. a Di Paola S., Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano, Giuffrè, 1954), in *Iura* 6, 1955, 323 s. (= *Scritti giuridici*, II, a cura di G. Falcone, Palermo 2003, 917 s.); Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2, cit., 212 e ivi nt. 17; Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, cit., 160. Presso questi Autori, ulteriore bibliografia.

317 Cfr. *supra*, § 14.

318 Non si trattava d'una questione di legittimazione passiva: cfr. *supra*, nt. 21. Sul tema accennato nel testo, v. letteratura citata presso M. Marrone, *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo 1965<sup>2</sup>, 117, nt. 59; adde Talamanca, *op. ult. cit.*, 168.

responsabilità del convenuto che *post litem contestatam dolo (aut culpa?) desiit possidere*.<sup>319</sup>

Ma una responsabilità, in sede di *rei vindicatio*, del convenuto non possessore sin da prima della *litis contestatio*, sia pure per suo dolo, del convenuto cioè che *ante litem contestatam dolo desiit possidere*<sup>320</sup> è in sé e per sé impensabile per diritto classico. Difatti, colui il quale si fosse disfatto del possesso della cosa per sottrarsi alla rivendica di essa, o comunque dopo avere avuto sentore che altri stesse per rivendicarla, costui certamente non avrebbe accettato di *rem defendere*, ma si sarebbe sottratto alla *rei vindicatio* adducendo appunto il fatto di non essere possessore. D'altronde, il pretore non avrebbe potuto costringerlo, stante il noto principio *in rem actionem pati non compellimur*. L'attore avrebbe dovuto fare ricorso all'*interdictum quem fundum* (per i beni immobili) o all'*actio ad exhibendum* (per i beni mobili).<sup>321</sup> a questi mezzi il convenuto non poteva sottrarsi (non si trattava di azioni reali).

Si potrebbe anche supporre, è vero, che *qui dolo desiit possidere*, convenuto con la rivendica, anziché ricusare, accettasse di *rem defendere*, e pertanto contestasse la lite di rivendica. In tal modo, però, si sarebbe verificata l'altra ipotesi, prevista nelle fonti, di legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di cd. *ficti possessores*, e della quale si dirà appresso, l'ipotesi cioè di chi *liti se optulit*. Ond'è che, quanto meno, quella di chi *ante litem contestatam dolo desiit possidere* non sarebbe stata un'ipotesi autonoma di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*.

Del resto, i passi dove si dice della convenibilità, con la rivendica, di chi *ante litem contestatam dolo desiit possidere* mostrano di essere interpolati, pure a prescindere

319 Cfr. Kaser, *Besitz und Verschulden*, cit., 109 ss.; Id., *Restituere als Prozeßgegenstand*, cit., 68.

320 È appena il caso di avvertire che qui bisogna intendere 'possidere' così come questo termine fu inteso dai classici in relazione ai problemi di legittimazione passiva alla rivendica: cfr. *supra*, §§ 14 e 24.

321 Su tutto ciò, *supra*, § 7. È noto che legittimati passivamente all'*actio ad exhibendum* e all'*interdictum quem fundum* erano sia il possessore sia colui il quale, prima del giudizio, *dolo desiit possidere*.

dalle precedenti, considerazioni.<sup>322</sup> Si vedano, ad esempio, D. 6.1.36 pr. e Cl. 4.34.1.

D. 6.1.36 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desiit possidere.*

A mostrare il carattere insitico delle parole *vel dolo desiit possidere*,<sup>323</sup> è sufficiente rilevare l'uso dell'indicativo *desiit*, lì dove, per la dipendenza da *an*, avrebbe dovuto essere usato il congiuntivo; in concordanza, del resto, con il precedente congiuntivo *sit*.

Cl. 4.34.1 (Alex., a. 234): ... *Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.*<sup>324</sup>

Questa costituzione dell'imperatore Alessandro ci è giunta in doppio esemplare, non solo cioè attraverso il *Codex Iustinianus*, ma anche attraverso una raccolta pregiustiniana, la *Romanarum et Mosaicarum legum Collatio* (o *lex Dei*). Ebbene, nel testo della *Collatio* (10.8) la stessa costituzione, nel tratto che ci riguarda, è così riferita: ... *Quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.*

Come si vede, oltre le parole *vel alterius fortuiti casus* – che nulla hanno a che fare con il punto di vista qui considerato –, mancano nel testo pregiustiniano anche le parole *vel quas dolo desiit possidere*. L'applicazione del metodo dei confronti testuali, il più sicuro per la ricerca delle interpolazioni, mostra quindi che il principio della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di chi (*ante litem contestatam*) *dolo*

322 Cfr. oltre D. 6.1.36 pr. e Cl. 4.34.1, citati più avanti, anche D. 6.1.25 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 6.1.52 (Iul. 55 *dig.*); D. 6.1.27.3 (Paul. 21 *ad ed.*), su cui Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., 535 ss.; Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2, cit., 212, nt. 17.

323 Cfr. Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., 535; Kaser, *loc. ult. cit.*

324 Non importa qui che nel testo del Codice, e in quello corrispondente della *Collatio*, le parole *sed et in rem vindicatio* (prima di *competit*) siano glossate: cfr. *supra*, nt. 161.

*desiit possidere*, che compare nel testo della costituzione così come è riprodotta nel *Codex Iustinianus*, mancava nel testo originale di Alessandro Severo; ulteriore conferma, questa, che si tratta di un principio non classico.

Non è difficile stabilire le ragioni, che possono, avere indotto i compilatori di Giustiniano ad estendere la legittimazione passiva alla rivendica dal possessore a *qui dolo desiit possidere*. Se costui non poteva, in età classica, essere considerato in sé e per sé passivamente legittimato alla rivendica, ciò era – come si è visto – per il principio *in rem actionem pati non compellimur*. Ora, questo principio, con la caduta del sistema formulare e l'ammissione della procedura contumaciale, non poté sussistere inalterato,<sup>325</sup> ché, se si ammise che potesse aver luogo un giudizio, e relativa sentenza, contro un convenuto il quale, regolarmente citato, non fosse mai comparso, *a fortiori* dovette ammettersi la possibilità di procedere, anche con la *rei vindicatio*, contro il convenuto che, pur essendo presente, rifiutasse tuttavia di *rem defendere*.

Tanto ciò è vero che, nella compilazione di Giustiniano, dei mezzi classici contro l'*indefensio* nelle *actiones in rem*, l'*interdictum quem fundum* scompare, l'*actio ad exhibendum*, nel suo impiego contro il *possessor*, è piegata ad altre funzioni.<sup>326</sup> Ma questi rimedi, nel diritto classico, reprimevano anche il comportamento di chi *dolo desiit possidere*.<sup>327</sup> Che allo stesso fine, nel diritto del *Corpus iuris*, fosse volta la rivendica, è, per quanto premesso, del tutto logico e naturale: anzi, in ordine agli immobili, necessario, essendo venuto meno, come si è ricordato, l'*interdictum quem fundum*.

## **57. La questione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di chi *liti se optulit***

Altra ipotesi di legittimazione passiva alla *rei vindicatio* che compare in testi attribuiti a giureconsulti classici<sup>328</sup> è

325 Cfr. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 606 s.

326 Cfr. Marrone, *op. ult. cit.*, 613 ss.

327 Cfr. *supra*, nt. 321.

328 D. 6.1.7 (Paul. 11 *ad ed.*); D. 6.1.25 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 6.1.27 pr. (Paul. 21 *ad ed.*). V. anche D. 5.3.45 (Cels. 4 *dig.*); D. 5.3.13.13 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 7.6.6 (Paul. 21 *ad ed.*), sebbene relativi alla *hereditatis petitio* (D. 5.3.45 e D. 5.3.13.13) e alla *vindicatio usus fructus* (D. 7.6.6).

quella di chi *liti se optulit*, del non possessore,<sup>329</sup> cioè, che accetti di *rem defendere* pur cosciente di non possedere, sì da distogliere l'attore dall'esperimento dell'azione contro l'effettivo possessore.

Si tratterebbe di un singolare caso di legittimazione passiva da stabilirsi *ex post*, sulla base del comportamento processuale del convenuto: evidentemente, prima della *litis contestatio* non era possibile sapere se il convenuto *liti se optulit*! Ma, una volta che ciò si fosse verificato il *iudex*, in difetto di *restitutio*, secondo le ricordate testimonianze, avrebbe dovuto condannare, nonostante che il convenuto non fosse nelle condizioni di potere restituire.

Pure al riguardo di chi *liti se optulit* si è negato, in dottrina, che in età classica costui fosse passivamente legittimato alla rivendica: i testi del Digesto che lo affermano sarebbero stati alterati: essi, nel contesto originario, avrebbero fatto riferimento alla responsabilità del convenuto *qui liti se optulit* in virtù della *clausula doli* della *cautio iudicatum solvi*.<sup>330</sup> La *cautio iudicatum solvi* si imponeva – quando si agiva *per formulam petitoriam* – ad ogni convenuto con azioni reali.<sup>331</sup> Il convenuto prometteva, in forma di *stipulatio*, tra l'altro e per quanto qui rileva, *dolum malum abesse afuturumque esse*.<sup>332</sup> Era, questa, la cd. *clausula doli*; e sarebbe stato in forza di essa che il convenuto *qui liti se optulit* era chiamato a rispondere, con l'*actio ex stipulatu*, per il pregiudizio provocato all'attore. Ma, in sede di rivendica, *qui liti se optulit* sarebbe stato assolto, perché non possessore.

Questa tesi, proposta per la prima volta dal Beseler nel 1910<sup>333</sup> e subito dopo ripresa ed esegeticamente approfondita dal Lenel,<sup>334</sup> è stata da uno studioso francese, il Ma-

329 Anche a questo proposito, mette appena conto di rilevare che si parla di 'possessione' nel senso precisato *supra*, nt. 320.

330 Cfr., del resto, D. 4.3.39 (Gai. 27 *ad ed. prov.*).

331 Cfr. Gai 4.88-91.

332 Cfr. D. 46.7.19 pr. (Venul. 9 *stip.*).

333 G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen 1910, 27 s. nt. \*\*.

334 Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., 532 ss.

ria,<sup>335</sup> e da altri Autori sulla sua scia,<sup>336</sup> corretta come segue. Poiché nella formula della *rei vindicatio* non era espressa menzione del possesso del convenuto tra i requisiti della condanna, il *iudex*, a rigore, avrebbe dovuto condannare il convenuto medesimo sol che costui non avesse restituito la cosa: ciò pure se il convenuto non fosse possessore né lo fosse stato al tempo della *litis contestatio*. E tale, in effetti, sarebbe stata la posizione tenuta dai giuristi di scuola proculiana. Per essi, pertanto, pure *qui liti se optulit*, per il solo fatto di avere accettato di *rem defendere*, a prescindere quindi da ogni suo atteggiamento doloso, avrebbe dovuto comunque essere condannato dal *iudex* della rivendica, essendo mancata la restituzione prevista nella clausola relativa. Sarebbero stati i Sabiniani a sostenere il principio, che sarebbe poi prevalso presso i classici successivi, del possesso del convenuto quale requisito della condanna; con la conseguenza che *qui liti se optulit* in sede di rivendica avrebbe dovuto essere assolto, salva la sua responsabilità in forza della *clausula doli* della *cautio iudicatum solvi*. Giustiniano, affermando il principio della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di chi (*dolo*) *liti se optulit*, sarebbe in sostanza tornato, per quanto di ragione, sulle posizioni dei Proculiani.

Contro questa dottrina si è schierato decisamente, in un contributo di qualche anno fa, il Talamanca,<sup>337</sup> mostrandone l'intima debolezza sia sul piano dogmatico sia su quello esegetico. Per il Talamanca non solo i Sabiniani, ma anche i Proculiani, in riferimento alla rivendica, avrebbero considerato il possesso del convenuto come uno dei requisiti della condanna: la formula della *rei vindicatio* – come sappiamo – non lo prevedeva; ma, per la necessità del possesso, si sarebbe argomentato dall'esistenza nella stessa formula della clausola restitutoria (giusta quanto più in alto illustrato).<sup>338</sup>

335 M. Maria, *Observations sur la possession du défendeur à la rei vindicatio*, in *Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard*, 2, Paris 1913, 223 ss.

336 Soprattutto Kaser, *Besitz und Verschulden*, cit., 101 ss.; v. anche Id., *Das römische Privatrecht*, 1, cit., 364; 2, cit., 212, nt. 17; altra letteratura presso Talamanca, *op. ult. cit.*, 134, nt. 5.

337 Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, cit., 133 ss.

338 *Supra*, § 14.

Le conseguenze, per quanto riguarda *qui liti se optulit*, sarebbero state quelle note (assoluzione in sede di rivendica, responsabilità in sede di *actio ex cautione iudicatum solvi*).

Secondo il Talamanca, tuttavia, il principio, certamente valido per diritto giustiniano, della legittimazione passiva alla rivendica di chi *liti se optulit* avrebbe un precedente classico: tale legittimazione sarebbe stata affermata nel secondo secolo dal giureconsulto Celso; ed il principio relativo sarebbe stato accolto da alcuni tra i giureconsulti classici successivi.

Ebbene, i risultati del Talamanca fondamentalmente mi persuadono. In particolare, mi sembra riuscita quella parte della tesi per la quale i classici, e tra di essi pure i Proculiani, videro nel possesso del convenuto uno dei requisiti della condanna nella *rei vindicatio*, argomentando dalla presenza, nella relativa formula, della clausola restitutoria. In tal senso, mi sembra validissimo argomento anche quanto si è avuto modo di affermare e dimostrare più su<sup>339</sup> circa il riferimento di D. 6.1.9 all'attività non del *praetor*, ma del *iudex*. Se il frammento, infatti, riguardava i compiti del *iudex* e se fra questi compiti v'era quello di stabilire se il convenuto possedesse o no, con la conseguenza di dovere assolvere in caso negativo; se anche Pegaso, nel definire ciò che per possessore bisognava intendere ai fini della convenibilità con la *rei vindicatio*, si riferì evidentemente all'attività del *iudex*; tanto denota che, sia per Ulpiano (autore di D. 6.1.9) sia per Pegaso, il possesso del convenuto era tra i requisiti della condanna. Ma Pegaso – come ognuno sa – era della scuola proculiana. Non è vero pertanto che, per i Proculiani, nulla importasse il possesso del convenuto per la *condemnatio* nella rivendica.<sup>340</sup>

Se così è, l'idea di quanti ritengono che la dottrina proculiana sia stata un precedente classico del principio giustiniano circa la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di chi *liti se optulit* si rivela del tutto infondata.

Ma, successivamente, nel corso della stessa età classica, vi fu qualche giurista che ammise la legittimazione passiva alla rivendica di chi *liti se optulit*? Il Talamanca, come si è vi-

339 *Supra*, §§ 13-14.

340 In maniera analoga, brevemente: Talamanca, *op. ult. cit.*, 177, nt. 168.

sto, pensa di sì: secondo questo Autore, sarebbe stato Celso il primo a sostenere tale tesi, in ciò seguito da alcuni tra i giuriconsulti successivi.

Certo, nei testi del Digesto nei quali si dice della legittimazione passiva alla rivendica di chi *liti se opulit* il riferimento a Celso non è isolato.<sup>341</sup> D'altro canto, si tratta di passi rimaneggiati: in alcuni di essi, inoltre, sembra certo che originariamente fosse parola della *clausula doli* della *cautio iudicatum solvi*.<sup>342</sup> Secondo il Talamanca, saremmo di fronte, sotto il profilo che qui viene in considerazione, ad alterazioni solo formali; i passi relativi, nell'originale classico, avrebbero fatto menzione sia della soluzione tradizionale, per cui *qui liti se optulit* era da assolvere in sede di rivendica, essendo perseguibile solo con l'*actio ex cautione iudicatum solvi*, sia della più diretta soluzione di Celso, per cui *qui liti se optulit* era legittimato passivamente alla *rei vindicatio*.

Preferisco non prendere posizione in proposito. Mi limito solo a rilevare che per il principio, più volte ribadito, che vuole il *iudex* formulare rigorosamente legato ai termini esplicitamente o implicitamente espressi nella formula, in tanto un giurista classico avrebbe potuto, in ordine alla rivendica formulare, affermare il dovere del *iudex* di condannare *qui liti se optulit*, in quanto la formula in qualche modo lo consentisse. Ebbene, noi sappiamo che, in via di interpretazione dei termini della formula di rivendica, si affermò il principio per cui con questa azione era perseguibile il possessore (salvo poi a stabilire quel che per *possessor* occorresse intendere a questo proposito).<sup>343</sup> Questo principio appare saldissimo presso i classici.<sup>344</sup> Ond'è che, a mio giudizio, sarebbe impossibile sostenere che Celso abbia ammesso, accanto a quello del possesso, un nuovo e formalmente diverso titolo di legittimazione passiva alla rivendica: il *liti se offerre*.<sup>345</sup> Gli sarebbe mancato, per ciò, un qualsiasi appiglio nella formula. In un solo modo, secondo me, Celso avrebbe potuto affermare il

341 Cfr. D. 5.3.45 e D. 5.3.13.13, citati *supra*, nt. 328.

342 Cfr. Lenel, *loc. ult. cit.*; v. anche *Index Interpolationum*, a proposito dei singoli passi.

343 Cfr. *supra*, §§ 14 e 24.

344 Cfr. *supra*, § 18 e ivi nt. 65.

345 È quanto, invece, pensa il Talamanca, *op. ult. cit.*, 156 ss.

dovere del *iudex* della rivendica di condannare *qui liti se optulit*, operando cioè con una finzione giuridica, sì da considerare *qui liti se optulit* alla stregua del possessore, sotto il profilo che *dolus pro possessione est*.

Un indizio in tal senso offrono le parole *qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri*, che si leggono *in fine* di D. 5.3.13.13 (Ulp. 15 *ad ed.*), dopo che, poco prima, si era detto: *Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni*.<sup>346</sup>

In sintesi, dapprima *qui liti se optulit* era responsabile solo in virtù della *clausula doli* della *cautio iudicatum solvi* (e pertanto con l'*actio ex stipulatu*): in sede di rivendica invece, il *iudex* non avrebbe potuto che assolverlo. È possibile ritenere – ma è tutt'altro che sicuro – che Celso, seguito da alcuni altri giuristi classici, abbia sostenuto una soluzione più diretta, e cioè il dovere del *iudex* della rivendica di condannare *qui liti se optulit*, in quanto chi è in dolo *quasi possidet*: ciò, per la finzione giuridica '*dolus pro possessione*'. In ogni caso è certo che, per diritto giustiniano, *qui liti se optulit* è passivamente legittimato alla *rei vindicatio*.

## 58. L'unus casus di I. 4.6.2

In un brano notissimo delle *Institutiones* di Giustiniano, in riferimento alla *rei vindicatio*, si legge:

I. 4.6.2: ... *uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*.

In un solo caso – è detto – chi possiede sosterrà cionondimeno la lite (di rivendica) con il ruolo di attore. Per l'individuazione di esso si fa rinvio ai *Digesta*.

Orbene, da secoli gli studiosi cercano nei *Digesta* l'*unus casus*. Tante sono state le ipotesi formulate, ma nessuna di esse ha mai convinto tutti. Ciò non giustifica tuttavia la tesi avanzata nel 1957 dal Chloros,<sup>347</sup> secondo la quale l'*unus casus* sarebbe addirittura inesistente: i compilatori delle *Institutiones* avrebbero fatto riferimento ad una nota

<sup>346</sup> V. anche D. 7.6.6, citato *supra*, nt. 328.

<sup>347</sup> A.G. Chloros, *Unus casus und die Digesten*, in ZRG RA 74, 1957, 373 ss.

fattispecie presente nelle opere dei classici, sicuri che essa sarebbe stata poi accolta nei *Digesta* (arg. ex *apparebit*). Ma i compilatori dei *Digesta* avrebbero lasciato fuori dall'opera loro tale fattispecie.

Ora, a parte il rilievo per cui, a tutto ammettere, rimarrebbe in ogni caso aperto il problema di individuare quale possa essere stato l'*unus casus*, presente nelle opere dei classici, l'idea del Chloros non persuade in sé e per sé. *Institutiones* e *Digesta* furono pubblicati pressoché contemporaneamente (il 21 novembre 533 le Istituzioni, il 16 dicembre dello stesso anno il Digesto), e non è credibile che i compilatori di Giustiniano siano stati tanto sciatti nel lavoro di coordinamento tra queste due parti del *Corpus iuris*. Né è possibile superare l'obiezione supponendo che solo all'ultim'ora i compilatori del Digesto abbiano deciso di non accogliere la specie dell'*unus casus* (tra la pubblicazione delle Istituzioni e quella del Digesto intercorsero pochi giorni). I compilatori del Digesto conoscevano bene le Istituzioni; tra essi v'erano i tre autori delle Istituzioni (Triboniano, Teofilo e Doroteo). Solo motivi gravissimi e meditati avrebbero potuto indurli ad escludere, ad opera quasi compiuta, dai passi accolti nel Digesto quello o quelli concernenti una ipotesi espressamente richiamata nelle Istituzioni. Ebbene, se vi fossero stati motivi del genere, essi si sarebbero prospettati loro già prima della pubblicazione delle Istituzioni; e, in queste, sarebbe stato omissso il rinvio all'*unus casus*.

Ho accennato più in alto come tante siano le congetture in ordine all'individuazione dell'*unus casus*. Analizzarle una per una non mi sembra necessario.<sup>348</sup> La questione, a mio giudizio, può essere affrontata direttamente, prendendo le mosse dal rilievo per cui l'esercizio della rivendica formulare da parte di chi teneva già presso di sé il bene rivendicato sarebbe stato inconcepibile. La presenza, nella formula, di una *condemnatio*, e pertanto di un invito al *iudex* di condannare o assolvere, esclude di per sé che la *rei vindicatio* potesse venire impiegata in funzione meramente dichiarativa. Si trattava di un'azione tendente, per sua struttura, alla *restitutio rei*: la *condemnatio* avrebbe dovuto essere espressa in denaro – è vero; ma, da un canto il fatto che il suo ammontare (*litis*

348 Vedine una compiuta rassegna presso Chloros, *loc. ult. cit.*

*aestimatio*) veniva stabilito dall'attore con giuramento (*ius iurandum in litem*), e dall'altro l'esistenza della clausola restitutoria come condizione negativa della condanna facevano sì che, in pratica – secondo quanto del resto già accennato<sup>349</sup> – il convenuto soccombente avrebbe di regola restituito. La funzione restitutoria della *rei vindicatio* è confermata da ciò, che i classici – lo si è visto più in alto<sup>350</sup> – affermarono in via di interpretazione della formula il principio per cui solo chi era nelle condizioni, materiali e giuridiche, di potere restituire era passivamente legittimato alla rivendica.

Ebbene, se la rivendica era volta alla *restitutio rei*, è impensabile che, per i classici, si desse alcun caso in cui colui, il quale avesse presso di sé la cosa, fosse ammesso a rivenderla. Ne è conferma un brano delle Istituzioni gaiane:

Gai 4.148: *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi;*

il cui contenuto, per quanto qui rileva, trova riscontro in:

D. 43.17.1.3 (Ulp. 69 ad ed.): ... *Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum (scil. uti possidetis) remittentur.*

Se tra due litiganti circa la proprietà di una *res* sorge questione su quale di essi ne sia in effetti il possessore si procede prima con l'*interdictum uti possidetis* (per le cose immobili: *res soli*) o con l'*interdictum utrubi* (per le cose mobili), si da definire anzitutto la questione possessoria: chi vincerà in sede possessoria, sosterrà la lite di rivendica con il ruolo di convenuto; l'altro, al quale è stato negato il possesso, con il più oneroso ruolo di attore.

Orbene, questo impiego degli *interdicta uti possidetis* e *utrubi* in funzione preparatoria della rivendica – al fine di assegnare ai litiganti i ruoli rispettivi di attore e convenuto-

349 *Supra*, § 6.

350 *Supra*, § 14.

to – costituisce una ulteriore conferma di quanto affermato, dell'essere cioè inconcepibile, presso i classici, che la rivendica venisse esercitata dalla parte che teneva la cosa presso di sé; tant'è che, nel caso che ambedue le parti si affermassero possessori, la rivendica non poteva aver luogo se non dopo avere risolto la questione circa il possesso: ad agire con la rivendica sarebbe stato poi il non possessore.

Tuttavia, nelle *Institutiones* imperiali (l. 4.6.2) si dice che, nei *Digesta* – e pertanto nei brani di autori classici ivi accolti – si dia *unus casus* di rivendica in favore del possessore contro il non possessore. L'enigma, a mio giudizio, può verosimilmente essere risolto sulla base del rilievo – già noto – per cui i classici, a differenza dei compilatori di Giustiniano, non ebbero una concezione unitaria del possesso.<sup>351</sup> Per i classici, il possesso rilevante in vista dell'usucapione poteva non essere quello rilevante ai fini della difesa giudiziaria con gli interdetti *uti possidetis, utrubi* e *unde vi*: l'un possesso e l'altro, a loro volta potevano non corrispondere, ad esempio, con il possesso rilevante ai fini della legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. Era, questo, un possesso *sui generis*.

Difatti, secondo quanto si è avuto modo di osservare ampiamente più in alto,<sup>352</sup> la corrente classica che prevalse considerò possessore, a tal riguardo, chi *rem tenet et habet restituendi facultatem*. Fu per questo atteggiamento in materia possessoria che la corrente giurisprudenziale della quale s'è detto ammise, senza esitare (come, del resto, già Pegaso e i *quidam* di D. 6.1.9), la convenibilità con la rivendica del detentore *nomine alieno* (ad esempio, depositario) da parte del dante causa (secondo l'esempio proposto, deponente): e ciò a prescindere dalla circostanza se il primo, in conseguenza del suo atteggiamento, avesse o no acquistato per sé la *possessio ad interdicta* o *ad usucapionem*. Dal punto di vista della legittimazione passiva alla rivendica era lui il possessore, non l'altra parte.<sup>353</sup>

Ecco pertanto che quello del possessore *ad interdicta* o *ad usucapionem* che agisse con la rivendica contro il proprio detentore non era un caso anomalo: si trattava di un'ipotesi,

351 Cfr. *supra*, § 24 e ivi nt. 114.

352 *Supra*, § 24.

353 Su ciò *supra*, § 15.

del tutto rientrante nella norma, di rivendica del non possessore contro il possessore. Ciò perché – si ripete – il possesso rilevante ai fini della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* era un possesso *sui generis*.

Viceversa, i compilatori di Giustiniano tendono a concepire unitariamente l'istituto giuridico del possesso. Non v'è, per essi, una concezione del possesso valida solo ai fini della legittimazione passiva alla rivendica. Di conseguenza, per essi, le ipotesi di rivendica, ad esempio, del deponente contro il depositario, del nudo proprietario contro l'usufruttuario erano tutte ipotesi nelle quali l'azione veniva esperita dal *possessor* contro il *non possessor*. Ed è tra queste ipotesi che, secondo me, va cercato l'*unus casus* di l. 4.6.2.

I compilatori delle *Institutiones* avvertono che l'*unus casus* è nei *Digesta*. Non può non trattarsi d'una ipotesi evidente, esplicita e bene in vista. Ebbene, il caso più evidente ed esplicito, nei *Digesta*, del genere di quelli che qui vengono in considerazione, è il caso della *rei vindicatio* del nudo proprietario contro l'usufruttuario. Esso è previsto in D. 7.9.12, analizzato più in alto dal punto di vista del diritto classico.<sup>354</sup>

È assai verosimile, pertanto, che fosse questo l'*unus casus* cui fa riferimento l. 4.6.2.

354 Cfr. *supra*, § 50; v. anche D. 7.9.7 pr., cit. *supra*, ntt. 277-278. Peraltro, la prevalente dottrina, pure con diversa impostazione del problema e diversa valutazione di D. 7.9.12 e D. 7.9.7 pr. citati, ritiene appunto che l'*unus casus* fosse quello della rivendica del nudo proprietario contro l'usufruttuario.



## CONCLUSIONI

### 59. Conclusioni

La trattazione dei problemi di legittimazione passiva alla rivendica nel processo formulare dell'età classica è in tal modo compiuta.

I risultati conseguiti consentono di potere affermare che, in questa materia, mai si derogò al principio per cui il *iudex* formulare era vincolato ai termini esplicitamente o anche solo implicitamente contenuti nella formula. Cioché fu dai termini della formula, più precisamente dalla relativa clausola restitutoria, che i giuristi romani trassero il principio per il quale il *iudex* della *rei vindicatio* in tanto avrebbe potuto condannare il convenuto il quale non avesse restituito, in quanto costui avesse il possesso del bene rivendicato. Tale possesso – soprattutto in riferimento all'ipotesi della rivendica del terzo (la rivendica del dante causa contro il proprio detentore o possessore, peraltro, in genere, poco pratica, non dava luogo a problemi) – tale possesso, si diceva, fu inteso dagli antichi classici, tra cui Pegaso, come *possessio ad interdicta*, dai classici più recenti, tra cui Ulpiano, come *facultas restituendi* (espressione, questa, adoperata nel significato non tanto di possibilità materiale di restituire, quanto di possibilità di restituire materiale e giuridica assieme).

L'analisi delle ipotesi testuali di *rei vindicatio* e di quelle, non testuali, per le quali la questione può tuttavia essere posta in termini di *possessio ad interdicta* o di *facultas restituendi*, ha confermato l'assunto; e ha mostrato, al contempo, come si dessero alcune specie particolari – direttamente documentate per quanto riguarda *res* tenute da *filii familias* e *res* date in deposito, non direttamente documentate per quanto riguarda *res* concesse in precario (nonché beni oggetto di *missio in possessionem*: cfr. *supra*, nt. 253) – per le quali l'abbandono della teoria di Pegaso e l'adozione di quella condivisa da Ulpiano comportarono diversa soluzione circa il soggetto passivamente legittimato alla rivendica (qualche volta, consentirono di mantenere la stessa soluzione: ciò in dati casi in cui se si fosse tenuta ferma la formulazione di

Pegaso, la soluzione, in considerazione di una certa evoluzione nella teoria del possesso, avrebbe dovuto essere mutata: cfr. *supra*, nt. 57 e § 31).

Ai principi formulari – secondo il mio punto di vista – non si derogò neppure nella specie di perdita dolosa del possesso (*ante litem contestatam*) e neanche nell'altra del *liti se offerre*, analizzate nella seconda parte del 'corso'. Alla luce degli stessi principi – e tenendo presente ancora una volta la posizione dei classici circa la dottrina del possesso, diversa, nel punto in questione, da quella dei compilatori di Giustiniano – ho creduto infine di poter azzardare, pure nella seconda parte del 'corso', una proposta di soluzione per il problema dell'*unus casus* di l. 4.6.2.

## INDICE DELLE FONTI CITATE

Cicero		<i>Digesta Iustiniani</i>	
<i>In Verrem</i>		1.2.2.53	14 <sup>69</sup>
2.12.31	29 <sup>10</sup>	1.5.4 pr.	80 <sup>112</sup>
		2.8.15.1	110 <sup>178</sup>
<i>Pro Caecina</i>		4.3.9.3	93 <sup>136</sup>
32.94	115 <sup>195</sup>	4.3.39	161 <sup>330</sup>
		5.1.68	2 <sup>4</sup>
<i>Pro Quinctio</i>		5.3.13.13	160 <sup>328</sup> ; 164 <sup>341</sup> ;
27.84	129 <sup>245</sup>		165
		5.3.36.1	88; 90
<i>Codex Iustinianus repetitae praelectionis</i>		5.3.45	160 <sup>328</sup> ; 164 <sup>341</sup>
3.32.8	70 <sup>82</sup>	6.1.1	55
3.41.5	70 <sup>87</sup>	6.1.3	55
3.42.8 pr.-1	101	6.1.5	55
3.42.8	102-103; 102 <sup>152</sup> ;	6.1.7	160 <sup>328</sup>
	108 <sup>167</sup>	6.1.9	12-15; 14 <sup>67</sup> ; 52-64;
4.24.10	70 <sup>82</sup> ; 153 <sup>307</sup>		56 <sup>51</sup> ; 59 <sup>55</sup> ; 66-67;
4.30.1	152 <sup>304</sup> ; 153 <sup>307</sup>		73-75; 77-90;
4.34.1	70 <sup>82</sup> ; 105; 159;		77 <sup>102-103</sup> ; 80 <sup>110</sup> ; 92;
	159 <sup>322</sup>		94; 94 <sup>139</sup> ; 96; 104;
4.65.23	70 <sup>82</sup> ; 126 <sup>233</sup>		107 <sup>166</sup> ; 108 <sup>169</sup> ; 111;
5.51.10	67 <sup>75</sup> ; 70 <sup>84</sup>		122; 126 <sup>232</sup> ; 130-
6.2.12.1	70 <sup>87</sup>		131; 130 <sup>249</sup> ; 131 <sup>250</sup> ;
6.37.3	70 <sup>88</sup>	6.1.10	150; 163; 168
7.30.1	108 <sup>169</sup> ; 116 <sup>195</sup> ;	6.1.11	64 <sup>65</sup>
	122 <sup>219</sup> ; 123 <sup>220</sup> ;	6.1.12	55
	125 <sup>229</sup>	6.1.13	64 <sup>65</sup>
7.35.5	125 <sup>229</sup>	6.1.14	55
8.13.9	151 <sup>301</sup> ; 153 <sup>307</sup> ;	6.1.15	64 <sup>65</sup>
	156 <sup>314</sup>	6.1.15.3	64 <sup>65</sup>
8.15.1	151 <sup>301</sup> ; 153 <sup>307</sup> ;	6.1.16 pr.	64 <sup>65</sup>
	156 <sup>314</sup>	6.1.17	55
8.32.1	152 <sup>304</sup> ; 153 <sup>307</sup>	6.1.17.1	64 <sup>65</sup>

6.1.18	64 <sup>65</sup>	7.9.12	18; 140; 141 <sup>276</sup> ; 141 <sup>278</sup> ; 169; 169 <sup>354</sup>
6.1.19	55	8.5.6.1	64 <sup>67</sup>
6.1.20	64 <sup>65</sup>	8.5.8.3	64 <sup>67</sup>
6.1.21	64 <sup>65</sup>	9.2.27.9	113 <sup>188</sup>
6.1.22	55; 64 <sup>65</sup>	9.2.42	70 <sup>86</sup> ; 105
6.1.25	159 <sup>322</sup> ; 160 <sup>328</sup>	9.4.17.1	139 <sup>273</sup>
6.1.27 pr.	160 <sup>328</sup>	9.4.21.2-3	138 <sup>272</sup>
6.1.27.1-5	64 <sup>65</sup>	9.4.22 pr.	94 <sup>137</sup>
6.1.27.3	159 <sup>322</sup>	10.2.29	71 <sup>90</sup> ; 152 <sup>304</sup> ; 153 <sup>307</sup>
6.1.31	64 <sup>65</sup>	10.3.7.8	129 <sup>244</sup>
6.1.33	64 <sup>65</sup>	10.3.7.11	116 <sup>195</sup>
6.1.35.1-2	64 <sup>65</sup>	10.4.3.15	151 <sup>301</sup>
6.1.36 pr.	159; 159 <sup>322</sup>	10.4.4	103 <sup>155</sup> ; 107 <sup>167</sup> ; 108 <sup>169</sup> ; 126 <sup>232</sup>
6.1.36	64 <sup>65</sup>	10.4.5 pr.	126 <sup>233</sup>
6.1.38	64 <sup>65</sup>	10.4.5.1	132 <sup>257-258</sup> ; 141 <sup>279-280</sup>
6.1.39.1	153 <sup>307</sup>	10.4.12.1	88
6.1.48	64 <sup>65</sup>	11.5.1.3	71 <sup>91</sup>
6.1.52	64 <sup>65</sup> ; 159 <sup>322</sup>	12.1.4	93 <sup>136</sup>
6.1.53	64 <sup>65</sup>	12.6.55	122 <sup>219-220</sup> ; 124 <sup>224</sup>
6.1.55	64 <sup>65</sup>	13.1.7.1	70 <sup>87</sup>
6.1.57	64 <sup>65</sup>	13.6.2	107 <sup>167</sup>
6.1.62	64 <sup>65</sup>	13.6.8	107 <sup>166</sup>
6.1.71	64 <sup>65</sup>	13.6.17.3	107 <sup>165</sup>
6.1.72	64 <sup>65</sup>	13.7.13 pr.	70 <sup>82</sup>
6.1.80	34; 64 <sup>65</sup>	13.7.22.3	108 <sup>169</sup>
6.3.1	110 <sup>174</sup>	13.7.27	108 <sup>167</sup>
7.1.13.8	119 <sup>204</sup>	13.7.37	108 <sup>169</sup> ; 125 <sup>230</sup> ; 126 <sup>232</sup> ; 146 <sup>292</sup>
7.1.17.1	135; 138 <sup>270</sup>	13.7.40 pr.	71 <sup>91</sup> ; 152 <sup>304</sup> ; 153 <sup>307</sup> ; 156 <sup>314</sup>
7.1.17.2	139 <sup>273</sup>	14.2.2 pr.	6 <sup>25</sup>
7.1.25.3	137 <sup>266</sup>	14.6.7.2	70 <sup>82</sup> ; 70 <sup>86</sup> ; 151 <sup>301</sup> ; 153 <sup>307</sup> ; 154-156
7.6.5 pr.	64 <sup>67</sup>		
7.6.6	160 <sup>328</sup> ; 165 <sup>346</sup>		
7.8.2	121 <sup>212</sup>		
7.8.8	121 <sup>212</sup>		
7.9.7 pr.	141 <sup>277-278</sup> ; 169 <sup>354</sup>		

15.1.19.2	137 <sup>269</sup>	19.2.60.1	115 <sup>195</sup>
15.1.37.3	137 <sup>269</sup>	19.2.32	114 <sup>191</sup>
15.1.38 pr.	89 <sup>131</sup> ; 105 <sup>161</sup>	20.1.1 pr.	153 <sup>307</sup> ; 156 <sup>314</sup>
15.1.52 pr.	71 <sup>90</sup>	20.1.2	156 <sup>312</sup>
16.3.1.15	105 <sup>161</sup>	20.1.25	152 <sup>304</sup> ; 153 <sup>307</sup> ; 156 <sup>314</sup>
16.3.1.18	105 <sup>161</sup>	20.1.31.1	151 <sup>301</sup> ; 153 <sup>307</sup> ; 156 <sup>314</sup>
16.3.1.21	95 <sup>141</sup>	20.1.33	152 <sup>304</sup> ; 153 <sup>307</sup>
16.3.1.22	93 <sup>136</sup> ; 95 <sup>141</sup>	24.1.31.2	119 <sup>203-204</sup>
16.3.1.45-46	93 <sup>136</sup>	25.2.24	70 <sup>87</sup>
16.3.5.2	2 <sup>4</sup>	26.7.56	70 <sup>82</sup> ; 71 <sup>89</sup>
16.3.17.1	94 <sup>139</sup> ; 144-145	26.9.2	70 <sup>82</sup>
16.3.25 pr.	105 <sup>161</sup>	26.10.7.3	2 <sup>4</sup>
16.3.31.1	98; 99 <sup>149</sup> ; 100-101	30.33	70 <sup>88</sup>
16.3.33	70 <sup>82</sup> ; 152 <sup>305</sup> ; 153 <sup>307</sup>	30.84.13	70 <sup>88</sup>
17.1.8 pr.	49	30.85	70 <sup>88</sup>
19.1.30	70 <sup>82</sup>	30.108.2	70 <sup>88</sup>
19.1.49 pr.	113 <sup>185</sup>	31.26	141 <sup>279</sup>
19.2.2.1	131 <sup>254</sup>	31.66.5	70 <sup>88</sup>
19.2.9 pr.	119 <sup>204</sup> ; 122 <sup>219</sup> ; 123 <sup>220</sup>	31.76.8	70 <sup>88</sup>
19.2.9.6	119 <sup>204</sup>	33.5.8.3	103 <sup>155</sup>
19.2.13.8	126 <sup>231</sup>	36.4.5 pr.	129 <sup>244-245</sup> ; 130 <sup>247</sup>
19.2.19.5	121 <sup>214</sup>	36.4.5.22	129 <sup>244-245</sup>
19.2.19.6	120 <sup>206</sup> ; 121 <sup>215</sup>	39.2.4.5	2 <sup>4</sup>
19.2.24.2	119 <sup>203-204</sup>	39.2.5 pr.	129 <sup>242</sup>
19.2.24.4	113 <sup>185</sup> ; 114 <sup>190</sup>	39.2.15.20	129-130 <sup>245</sup>
19.2.25 pr.-1	114 <sup>190</sup>	39.2.15.33	128 <sup>241</sup>
19.2.25.1	121 <sup>215</sup> ; 121 <sup>217</sup>	39.2.18.15	129 <sup>243</sup>
19.2.27 pr.	121 <sup>213</sup>	39.2.32	50-51
19.2.28	119 <sup>204</sup>	39.4.7 pr.	111
19.2.30.4	113 <sup>188</sup>	39.5.32	107 <sup>164</sup>
19.2.33	114 <sup>190</sup>	41.2.1.20	84 <sup>119</sup>
19.2.45 pr.	119 <sup>204</sup> ; 121 <sup>212</sup>	41.2.3.1	146 <sup>292</sup>
19.2.45.1	126 <sup>231</sup>	41.2.3.5	151 <sup>302</sup>
19.2.60 pr.	119 <sup>204</sup>	41.2.3.8	113; 115 <sup>195</sup> ; 117 <sup>200</sup>

41.2.3.12	113; 117 <sup>200</sup>	43.16.12	117; 123 <sup>223</sup>
41.2.3.23	129 <sup>244</sup> ; 130 <sup>247</sup>	43.16.18 pr.	118 <sup>202</sup> ; 123 <sup>223</sup>
41.2.3.28	129 <sup>244</sup>	43.16.20	115; 121 <sup>216</sup>
41.2.9	84 <sup>119</sup>	43.17.1.3	167
41.2.10.1	129 <sup>244</sup> ; 130 <sup>247</sup>	43.17.3.3	121 <sup>213</sup> ; 122
41.2.18 pr.	84 <sup>119</sup>	43.17.3.8	129 <sup>244</sup> ; 130 <sup>247</sup>
41.2.20	95 <sup>141</sup> ; 107 <sup>165</sup>	43.18.1.4	71 <sup>89</sup> ; 125 <sup>230</sup>
41.2.21.3	108 <sup>169</sup> ; 125 <sup>230</sup> ; 126 <sup>232</sup>	43.19.3.4	113 <sup>187</sup>
41.2.24	84 <sup>119</sup>	43.19.3.5	136
41.2.25.1	113; 115 <sup>195</sup> ; 117 <sup>200</sup> ; 121 <sup>216</sup>	43.26.2 pr.	68 <sup>79</sup>
41.2.31	115 <sup>195</sup>	43.26.4.1	144
41.2.37	115 <sup>195</sup> ; 121 <sup>216</sup>	43.26.6 pr.	115 <sup>192</sup>
41.2.38.12	115 <sup>195</sup>	43.26.6.2	114; 121 <sup>216</sup> ; 133 <sup>260</sup>
41.2.40	115 <sup>195</sup>	43.26.7	152 <sup>302</sup>
41.2.44.2	113 <sup>187</sup> ; 115 <sup>195</sup> ; 117 <sup>200</sup>	43.26.12	124
41.2.49.1	84 <sup>119</sup> ; 85 <sup>122</sup>	43.26.17	144-145; 145 <sup>288</sup>
41.3.4.10	94 <sup>137</sup>	43.4	132 <sup>255</sup>
41.3.16	144; 144 <sup>287</sup> ; 151 <sup>301</sup>	43.4.1.4	130 <sup>248</sup> ; 132 <sup>256</sup>
41.3.33.1	116 <sup>195</sup>	44.2.9.1	41 <sup>26</sup> ; 64 <sup>65</sup>
41.3.33.6	108 <sup>169</sup> ; 126 <sup>232</sup>	44.2.11.8	87-89; 87 <sup>128</sup> ; 91
41.3.44.4	85 <sup>122</sup>	44.7.25 pr.	64 <sup>65</sup>
41.5.2 pr.	129 <sup>244</sup> ; 130 <sup>246</sup>	45.1.89	113 <sup>185</sup>
41.5.2.1	116 <sup>195</sup>	46.3.48	129 <sup>244</sup>
42.1.63	6 <sup>27</sup> ; 151 <sup>301</sup>	46.7.19 pr.	161 <sup>332</sup>
42.2.10.1	130 <sup>247</sup>	47.1.1 pr.	70 <sup>87</sup>
42.4.12	129 <sup>244</sup> ; 130 <sup>247</sup>	47.2.14 pr.	70 <sup>87</sup>
42.5.24.2	71 <sup>90</sup> ; 105; 106 <sup>163</sup> ; 132 <sup>254</sup>	47.2.55.3	70 <sup>87</sup>
43.3.1.9	61 <sup>59</sup> ; 129 <sup>244</sup> ; 130 <sup>247</sup> ; 133 <sup>259</sup>	47.2.68.5	113 <sup>185</sup>
43.16.1.10	116 <sup>195</sup>	47.10.15.37	138 <sup>270</sup>
43.16.1.22	84 <sup>119</sup> ; 113 <sup>187</sup> ; 115 <sup>195</sup>	47.29.1	70 <sup>87</sup>
43.16.10	136	49.17.18.4	90 <sup>133</sup>
		50.16.22	123 <sup>221</sup> ; 131 <sup>252</sup> ; 143 <sup>284</sup>
		50.17.93	85
		50.17.156 pr.	35

<i>Fragmenta Vaticana</i>	4.94	27 <sup>5</sup>
7	125 <sup>229</sup>	4.106-107
		87 <sup>128</sup> ; 91 <sup>134</sup>
		4.143
		85
<i>Gai institutionum commentarii quattuor</i>	4.148	167
		4.153
		94 <sup>139</sup> ; 107 <sup>166</sup> ;
		115 <sup>195</sup> ; 121 <sup>216</sup>
3.78-79	130 <sup>248</sup>	
3.145	109	
3.180-181	87 <sup>128</sup> ; 91 <sup>134</sup>	
4.4	70 <sup>87</sup>	
4.8	70 <sup>87</sup>	
4.16-17	25	
4.31	28 <sup>9</sup>	
4.47	100 <sup>150</sup>	
4.88-91	161 <sup>331</sup>	
4.91	29 <sup>11</sup>	
4.93-94	26	
4.93	27 <sup>6</sup> ; 28 <sup>8</sup>	
		<i>Institutiones Iustiniani</i>
		4.6.2
		18; 38; 165; 168-
		169; 172
		<i>Pauli sententiae</i>
		2.31.13
		70 <sup>87</sup>
		Quintilianus
		<i>Declamationes</i>
		245
		93 <sup>136</sup>



## **Editorial and publishing policies**

Publishing proposals are to be submitted to the Director of the *History, Law & Legal History* series (director.hllh@unipa.it).

One or two Reviewers will evaluate each proposal by means of a double-blind peer-review process. If a revision of the work is requested, the Referees will ascertain if the Author has made the requested changes. If there are inconsistencies with the latter, the work will be submitted to the Scientific Board for a final evaluation.

On submission of their work, the Authors will declare that it is an original piece of work, which does not breach intellectual property or other rights. The Authors must also ensure that their book or chapter does not contain any libellous matter or violate any copyright or other intellectual property rights. The Authors are obliged to cite content from other appropriate sources in order to avoid plagiarism.

The Reviewers will behave in a fair and impartial manner; they will review the material in a timely manner and assist in improving the quality of a submitted proposal or typescript by reviewing the material with care, consideration and objectivity. The Reviewers will inform the Editorial board of any published or submitted content, which is similar to the material under review, or of any suspected plagiarism; they will also maintain the confidentiality of any information or material submitted during the review process.

The Director will: act in a fair and balanced way when carrying out their duties; devoid of discrimination; manage submissions in a timely manner; and treat all material as confidential. They will also provide guidance to the Authors regarding the expectations of the publication and the decision-making process regarding which books to publish, in turn is based on the quality and suitability for the said series.



## HISTORY, LAW & LEGAL HISTORY

1. Raimondo Santoro, *Per la storia dell'obligatio I.*, 2020.
2. Mario Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono*, 2020.
3. Antonio Lindiner, *Credito immobiliare ai consumatori e obblighi di condotta degli intermediari*, 2021.
4. Ulrico Agnati and Mario Varvaro (eds.), *Religion, Ideology, Politics, and Law. A Multidisciplinary Approach in the Frame of European History*, 2022.
5. Anna Maria Giomaro e Maria Luisa Biccari, *Sulle regulae iuris fra I e III secolo: Paolo commenta Plautio*, 2022.
6. Ornella Spataro, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, 2022.
7. Vincenzo Roberto Imperia, *I vescovati nella Sicilia normanna (secc. XI-XII). Potestà normative e competenze giurisdizionali in un territorio multiculturale*, 2022.
8. Annarosa Gallo, Maria Colomba Perchinunno, Michele Dionigi e Pierangelo Buongiorno (a cura di), *Ordinamento giuridico, mondo universitario e scienza antichistica di fronte alla normativa razziale (1938-1945)*, 2022.
9. Caterina Scaccianoce, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, 2023.
10. Simona Feci, *I criminalisti dello Stato della Chiesa. Famiglie, carriere e biblioteche (XVII secolo)*, 2023.
11. Stefania Pietrini, *La legislazione di Zenone (474-491)*, 2023.
12. Caterina Ventimiglia, *Amministrazione performante e sistema dei controlli interni*, 2023.
13. Mario Varvaro (ed.), *Human Rights Reloaded*, 2024.
14. Lorenzo Acconciamesa, *Principi costituzionali fondamentali ed esclusione dell'illecito internazionale*, 2024.
15. Giuseppe Lauricella (a cura di), *Questioni istituzionali nel dibattito attuale*, 2024.
16. Monica De Simone, *Forme di appartenenza alla comunità politica romana. Dalla nascita di Roma alla fine del Principato*, 2024.
17. Paola Di Simone, Annalisa Mangiaracina e Lucia Parlato (a cura di), *120 anni di Polizia Scientifica: l'identificazione personale tra scienza e diritto*, 2024.

18. Mario Varvaro e Monica De Simone (a cura di), *Scritti con Raimondo Santoro*, 2024.
19. Matteo Marrone, *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di diritto romano)*, edizione rivista con una nota di lettura, una nota bibliografica aggiornata e un indice delle fonti a cura di Monica De Simone, 2024.
20. Lara Modica, Roberto Natoli, Luca Nivarra, Giuseppina Pisciotto Tosini, Armando Plaia e Maria Carmela Venuti (a cura di), *Liber amicorum per Rosalba Alessi*, 2025.
21. Matteo Marrone, *La legittimazione passiva alla rei vindictio (Corso di diritto romano)*, edizione rivista con una nota di lettura e un indice delle fonti a cura di Mario Varvaro, 2025.



Finito di stampare nel mese di  
**luglio 2025**  
presso  
**Fotograph s.r.l.**  
Palermo

Editing e typesetting  
**Michela D'Alessandro**



La presenza della clausola restitutoria nel programma di giudizio della *rei vindicatio per formulam petitoriam* fornì alla giurisprudenza romana lo spunto per affermare il principio secondo il quale il giudice, rigorosamente vincolato ai termini esplicitamente o implicitamente contenuti nella formula, avrebbe potuto condannare il convenuto che non avesse restituito il bene rivendicato solo in quanto costui ne avesse avuto il possesso.

Come risulta dalla lettura del testo riferito dai compilatori giustiniani in D. 6.1.9, alcuni giuristi della prima età classica, fra cui Pegaso, intesero tale possesso come quello tutelato in via interdittale. Ulpiano, invece, riteneva che ai fini della legittimazione passiva all'azione di rivendica rilevasse piuttosto la *facultas restituendi*, considerata come possibilità – materiale e giuridica – di restituire all'attore il bene oggetto della controversia.

In alcune fattispecie particolari, come quelle dei beni tenuti da *filii familias* o dati in deposito, l'abbandono della teoria di Pegaso e l'adozione di quella prospettata da Ulpiano comportarono una diversa soluzione circa la determinazione della cerchia dei soggetti passivamente legittimati alla *rei vindicatio*.

Nel corso dell'età classica i principi della procedura formulare, poi sovvertiti in età giustiniana, si applicarono anche nei confronti di chi avesse perduto dolosamente il possesso del bene rivendicato (*qui dolo desiit possidere*) prima della *litis contestatio* e del non possessore che, pur consapevole di non possedere, avesse accettato di *rem defendere* allo scopo di distogliere l'attore dall'esperire l'azione contro l'effettivo possessore (*qui liti se optulit*): il giudice non avrebbe potuto che assolverli.

Un attento riesame della questione relativa all'individuazione dell'unico caso menzionato nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.6.2) nel quale il possessore del bene rivendicato potesse sostenere la lite nel ruolo di attore, anziché in quello di convenuto, consente di ipotizzare che esso fosse quello, previsto in D. 7.9.12, della *rei vindicatio* esperita dal nudo proprietario nei confronti dell'usufruttuario.