

M. MARRONE - LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA "REI VINDICATIO"

**LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA
ALLA "REI VINDICATIO",**

(Corso di Diritto Romano)

MATTEO
MARRONE

Prezzo L. 4.000

MANFREDI

PROPRIETÀ LETTERARIA

MATTEO MARRONE

**LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA
ALLA "REI VINDICATIO",**

(Corso di Diritto Romano)

Stampato in Italia

MANFREDI - EDITORE

ABBREVIAZIONI BIBLIOGRAFICHE

AP	= Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo
BIDR	= Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
KASER, RPR, 1 e 2	= KASER, <i>Das römische Privatrecht</i> , 1 (München 1955); 2 (München 1959)
KASER, RZPR	= KASER, <i>Das römische Zivilprozessrecht</i> (München 1966)
LENEL, Ed. ³	= LENEL, <i>Das Edictum perpetuum</i> , III ediz. (Leipzig 1927)
RE	= 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
SIBER	= SIBER, <i>Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio</i> (Leipzig 1907)
Tijdschr.	= Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis — Revue d'histoire du droit
ZSS	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung

PREMESSE

1. - 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 sè; 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 fondamentalmente 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 petitorio¹, in tal modo intendendo esprimere l'idea, per la quale, in sede di rivendica, viene 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*)². All'uopo, infatti, non basta dimostrare di avere acquistato da un terzo la *res* in virtù di uno dei c. d. modi di acquisto derivativi (ad es., *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 es., *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 (c. d. *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 es., 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 *vindicatio ususfructus*,

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.

² Ma v. KIEFNER. *Klassizität der probatio diabolica?*, in ZSS, 81 (1964), 212ss.

etc.; in ogni caso, come precisato, un diritto reale), nei c. d. mezzi possessori viene in considerazione lo stato di fatto: sicchè il soggetto, su cui grava il relativo onere, dovrà provare molto meno che nei c. d. 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. E' 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. - 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*³. 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 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 vindictiarum*.

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. E' 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

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.

altri termini, l'onere della prova non 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 pronunciarsi direttamente sul punto *utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit*, sì che solo indirettamente deciderà il merito della lite.

3. - 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.⁴, 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 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, perchè 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 esatti⁵), 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. Sicchè 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*⁶. Al convenuto basterà contestare l'affermazione avversaria,

⁴ Cfr. KASER, RZPR, 77 nt. 77.

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.*

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 postulationem* o anche la *legis actio sacramenti in personam*⁷. 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*⁸.

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 praeda litis et vindictiarum*).

4. - Con le *leges Iuliae iudicariae* — che Augusto propose per l'approvazione ai comizi — furono abrogate le *legis actiones*⁹. Pertanto neanche per la rivendica si adottò

⁷ Cfr. KASER, *RZPR*, 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.

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 praeda litis et vindictiarum*), 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. All'*agere per sponsionem* si affiancò presto lo *agere per formulam petitoriam*. Le prime notizie relative risalgono all'ultima età repubblicana¹⁰. L'*agere per formulam petitoriam* fu adottato per qualche tempo in concorso con l'*agere per sponsionem*¹¹; 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*. Sicchè, 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 formulare¹² —

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

¹¹ Gai 4.91.

¹² Cfr. MARRONE, *rev. u. Kaser. RZPR*, in *IVRA*, 19 (1968), 125.

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*¹³: essa era il vero e proprio atto istitutivo 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 absolvo*¹⁴.

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

¹³ Sui problemi relativi, assai discussi, v. tra gli ultimi: KASER, *RZPR* 215ss.; Zum *Formproblem der litis contestatio*, in *ZSS*, 84 (1967), 1ss.; BISCARDI *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1968).

¹⁴ Cfr. LENEL, *Ed.3*, 185s.

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 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 absolvo*).

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.

getto. Sicchè nella successiva fase del procedimento — *apud*

5. - 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 og-

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 absolvo*): 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 giureconsulti); 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 es., 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. - 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 sponsionem*). 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 prova¹⁵. 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 assolveva¹⁶.

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 est*). Si parla in proposito, nelle fonti, di *litis aestimatio*.

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*.

¹⁵ Sull'onere della prova nel processo formulare si è, in questi ultimi anni, molto discusso: v. per tutti KASER, *RZPR*, 278s., e letter. ivi citata; in particolare, per quanto riguarda la prova di proprietà nella rivendica, v. KIEFNER, cit. *supra*, nt. 2.

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

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 perchè, magari inconsciamente, sarebbe stato guidato da criteri di valore affettivo. Il *iudex*, dal canto suo, avrebbe poi condannato nel *quanti ea res est*, 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. Sicchè 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. - 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, perchè 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 sè, 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'attore¹⁷.

Di fronte a così gravi sanzioni, si intende 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 (F. Anth. 1 *ad ed.*): *in rem actionem pati non compellimur*; sostanzialmente corrispondente a quello 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 azioni *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, anzichè *rem defendere*, consentire immediatamente all'avversario di prendere possesso della cosa. Si parla in proposito di *translatio possessionis*. L'attore avrebbe ottenuto la cosa, ma non in seguito a sentenza che lo dichiarasse proprietario.

Si è fatta l'ipotesi del convenuto, il quale non contestasse la lite, ma consentisse all'altra parte di prendere possesso della cosa (*translatio possessionis*). E' chiaro che in tal caso la lite non avrebbe avuto seguito. Ma poteva darsi che il convenuto, o perchè non possessore nè detentore o per qualsiasi altro motivo, nè contestasse la lite nè 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 perchè il convenuto non aveva il possesso della cosa (nè l'aveva perduto dolosamente), il convenuto medesimo non andava incontro ad alcun pregiudizio: in sede di *interdictum quem fun-*

¹⁷ Su ciò v. pure *infra*, § 45.

dum 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*¹⁸. Sicchè 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.

8. - Veniamo adesso 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 certa relazione con quella controversia »¹⁹.

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'*interd. quem fundum*, le *condemnationes*).

¹⁹ PUGLIESE. *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*. 1 (Milano 1963), 311.

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 sè 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.

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

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; sicchè l'attore avrebbe potuto essere respinto pur se riconosciuto proprietario della cosa, e pertanto attivamente legittimato all'azione.

9. - 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 retamente 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 lo 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.

Nè mancano passi del Digesto, dove la stessa azione è data contro non possessori nè 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 (I. 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* formulare²⁰.

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. - 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 sè le relative conseguenze economiche²¹.

Ma si consideri l'eventualità che il convenuto non avesse (nè 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 es., 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 pregiudizio²². Oppure si pensa che il detentore, il quale avesse restituito la cosa al rivendicante²³, 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 pregiudizio²⁴. 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.

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

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

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 sè e per sè una questione di legittimazione passiva. Sui problemi, accennati in questa nota, v. pure *infra*, § 30 e ivi nt. 144, § 56 e ivi note 318 e 319.

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*.

pecuniaria (le sanzioni contro l'*indefensio* — è appena il caso di rilevarlo — non avrebbero giovato all'attore, perchè esse presupponevano che il convenuto avesse il possesso o quanto meno la detenzione della cosa²⁵). Ma poteva darsi che il convenuto, erroneamente convinto di possedere la cosa rivendicata, accettasse di *rem defendere* e contestasse pertanto la lite di rivendica²⁶; 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. Chè 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 nè 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 fonti²⁷. Non è congettura azzardata che, nella

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.

pratica giudiziaria, il pretore intervenisse nel senso indicato, ma ciò solo nei casi evidenti o comunque facilmente verificabili. In ogni 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 nè detentore, il quale per errore ammettesse di avere la cosa presso di sè, 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 confermerà²⁸ — 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 restituire²⁹.

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 — pro-

²⁸ V. *infra*, § 14.

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

prietà 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 verificati dal pretore *in iure*; ma, poichè 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 I

La rivendica del dante causa contro il proprio detentore o possessore e il concorso tra *rei vindicatio* e altri rimedi rei persecutori.

11. - E' opinione comune³⁰ 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 es., nel caso del deposito, il deponente-proprietario non avrebbe potuto ottenere dal depositario la restituzione del bene depositato altrimenti che con l'*actio depositi*. Chè, 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.

³⁰ V. l'ampia letteratura che cito in *Contributi in tema di legittimazione passiva alla rei vindicatio*, in *Studi per Scherillo* (in corso di stampa), nt. 1.

Il Siber³¹ — che della cennata dottrina è il fondatore — affermò pure, non senza un certo seguito, che principio analogo valesse nei confronti dei c. d. possessori anomali, possessori cioè senza *animus domini*³²: 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 s'è detto, quando ad agire era il dante causa, non sarebbero stati passivamente legittimati³³.

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 rei persecutoria 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 principî 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 ricavato, 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 da *exceptio*) avrebbe potuto essere assolto in quanto non fosse nelle condizioni di potere restituire³⁴. Ma non si vede in che

³¹ SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio* (Leipzig 1907), *passim*.

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

³³ Per vero, dapprima, il SIBER, *op. cit.*, 5, ammise, in generale, la rivendica del *precario dans* contro il precarista. Ma v. poi, dello stesso SIBER, *Röm. Recht*, 2 (1928), 97.

³⁴ Nè 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.

il fatto in sè e per sè 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 restituzione³⁵. Un impedimento giuridico era, in generale, configurabile — secondo quanto più su rilevato³⁶ — quando ad agire contro il detentore *nomine alieno* era un terzo, non quando ad agire era lo stesso dante causa.

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

12. - 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.³⁷.

Questa tesi del Siber — formulata, come s'è rilevato, in funzione dell'altra tesi dello stesso A. 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 attenersi 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*, anzichè 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; sicchè 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.

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

³⁶ *Supra*, § 10.

³⁷ SIBER, 37ss.

A ciò è facile obiettare che, sebbene i *iudicia bonae fidei*, quanto meno nell'età del principato, fossero divenuti *iuris civilis*³⁸, 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 ne occupa) della letteratura più recente sull'argomento³⁹. 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 lo 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* e *ex empto*. Sicchè 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 lo *oportere* puro e semplice.

Altro esempio addotto dal Siber⁴⁰ a conforto del suo punto di vista è tratto da

D.17.1.8 pr. (Ulp. 31 ad ed.): *Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi te-*

³⁸ V. per tutti KASER, *Oportere und ius civile*, in ZSS, 83 (1966), 26.

³⁹ Almeno a partire dal noto studio del KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im röm. Schuldrecht*, in *Festschrift für Koschaker*, 2 (1939), 1ss.; sul punto, per ultimo: KASER, *op. cit.*, 25ss.; *ivi*, ampia bibliografia.

⁴⁰ SIBER, 38, 41s.

neatur? 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 nel fr. 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 contrattuali⁴¹. Nel caso che qui 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 perchè negò che il relativo rapporto fosse di deposito. Ecco perchè 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.

⁴¹ Un analogo lavoro giurisprudenziale è dato scorgere nella determinazione dei confini tra le diverse figure di illeciti privati: cfr. ALBANESE, voce *Furto. Introduzione storica* (estr. *Enciclopedia del Diritto*, 18, 1968), 3; *ivi* sono richiamati i precedenti lavori dello stesso A., dove l'argomento è ampiamente svolto.

Per la sua tesi il Siber si vale anche⁴² 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 sussidiario⁴³. 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, perchè avrebbe dovuto assolvere il convenuto per il fatto che l'attore aveva, contro lo stesso, altro rimedio processuale⁴⁴. 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 possim recepturus pro parte,*

⁴² Ulteriori argomenti del Siber, o che egli avrebbe potuto comunque invocare, sono analizzati e discussi nei miei *Contributi...* §§ 2-3.

⁴³ Cfr. BRANCA, *Sulla terminologia actio damni infecti*, in *Studi in memoria di U. Ratti* (1934), 190 e fonti citate ivi nt. 1.

⁴⁴ SIBER, 39ss., 41.

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 (*nostri praeceptores*) — è negativa (*negant cavere te debere*): ciò perchè 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 perchè 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; sicchè 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 interpre-

tazione, il *iudex* dell'*actio ex stipulatu* avrebbe dovuto certamente assolvere, ma non per ragioni estrinseche alla formula, bensì perchè, invalida la *stipulatio*, i termini della relativa formula non avrebbero potuto dirsi verificati.

In ogni caso, dal fr. 32 cit. 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. - 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 utrubi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel comodata 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*) posseggia; nè importa a quale titolo (*ex qua causa*) posseggia: chè 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 (*quidam*), 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 nè contro il depositario nè contro il comodatario nè contro il conduttore nè 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*).

In altri termini, affermato il principio della legittimazione passiva alla rivendica di quanti sono possessori della cosa rivendicata (sono esclusi pertanto i non possessori), il testo ricorda un'opinione, attribuita ad alcuni giureconsulti (*quidam*) — dei quali solo Pegaso è nominato — per cui solo i possessori interdittali (considerati tali in sede di *interdicta uti possidetis* e *utrubi*) sarebbero stati passivamente legittimati alla *rei vindictio* (non anche i c. d. detentori). La conclusione del passo è che legittimati passivamente alla rivendica devono ritenersi piuttosto tutti quanti tengono la cosa e ne hanno la *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 c. d. 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 poichè — sia per ovvie considerazioni di opportunità⁴⁵ sia per lo stato complessivo delle fonti⁴⁶ — 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 spurio⁴⁷.

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; chè, 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*⁴⁸.

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)

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

⁴⁶ Cfr. *infra*, § 30 e segg.

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*, estr. *Studi per G. Scaduto*, 1967, 5 nt. 5. Su quanto dico nel testo, v. pure *infra*, § 24.

⁴⁸ V. gli Autori citati nei miei *Contributi...*, nt. 1.

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 alla attività del *iudex*, bensì in riferimento all'attività del pretore. In altri termini, per conciliare quella che si crede fosse la teoria pegasiana del fr. 9 con i principii 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 detentore *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 del fr. 9, sotto il profilo che quella della legittimazione passiva del convenuto fosse una questione da risolvere *in iure*⁴⁹.

Esistono però gravi motivi per ritenere che tutto il nostro fr. 9 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, 3, 5) e precedeva la trattazione relativa all'oggetto e alle modalità della restituzione da parte del convenuto soc-

combente e ai compiti del giudice relativi e consequenziali (D. 6.1.11, 13, 15, 17, 19, 22). E' 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 fr. 9, e cioè che contro i c. d. 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 la azione, quanto l'impossibilità di agire fondatamente⁵⁰; e pertanto il dovere del giudice di assolvere nel caso che tuttavia l'azione fosse stata proposta. Correlativamente, il *peti posse* della chiusa (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. - Negato il riferimento del fr. 9 all'attività del pretore o comunque alla fase *in iure* — ed affermata, di conseguenza, la sostanziale genuinità della parte iniziale del te-

⁴⁹ La letteratura al riguardo è citata nei miei *Contributi...*, nt. 48.

⁵⁰ Cfr. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo* (Milano 1939), 163, 173ss.

sto⁵¹ — rimane la difficoltà di conciliare con i principî 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 c. d. 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 fr. 9, dovremmo ammettere una deroga al principio formulare più volte richiamato. Ma il fr. 9 può essere anche inteso diversamente.

La diversa interpretazione che propongo non solo ha il pregio di intendere il contenuto del fr. 9 in modo del tutto conforme ai principî 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 sè e per sè 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 restituire⁵². Sicchè il *iudex*, il quale avesse as-

⁵¹ In ordine alla parte iniziale del fr. 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. i miei *Contributi...*, nt. 53.

⁵² In maniera analoga TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in *Studi Cagliari*, 43 (1964), 140s.; v. anche KASER, *Die Interesseberechnung bei der vindicatio pignoris*, in *IVRA*, 18 (1967), 10; e *infra*, § 57.

solo il 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, perchè quello di possesso, presso i classici (e i preclassici), non fu un concetto unitario: esso piuttosto variava a secondo dell'istituto cui di volta in volta si faceva riferimento⁵³. 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.

⁵³ Cfr. *infra*, § 24 e *ivi* nt. 114.

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 detenessero per l'attore (costoro, in generale, non avevano *possessio 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: chè 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 del fr. 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. - Quanto si è detto circa la rivendica esercitata 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 riferimento 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, principii, 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 medesima⁵⁴. Onde la sua legittimazione, quale possessore, negli *interdicta uti possidetis* e *utrubi* rispetto ai terzi⁵⁵.

Ecco pertanto che la formulazione di Pegaso bene si adattava — almeno fondamentalmente⁵⁶ — 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 *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

⁵⁴ Cfr. i miei *Contributi...*, 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 sè e per sè a prescindere dalla qualificazione in parola.

⁵⁶ Cfr. i miei *Contributi...*, nt. 63.

queste parole, è certo che mai il detentore *nomine actoris* avrebbe potuto sostenere di non avere la *facultas restituendi* di fronte al proprio dante causa⁵⁷.

16. - 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*, finchè gli stessi non avessero impedito al *dominus* medesimo quel possesso diretto, compatibile con la loro pretesa posizione di usufruttuari, coloni, etc., non avrebbe 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 diretto⁵⁸.

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. i miei *Contributi...*, nt. 61). Sicchè, 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).

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

D'altro canto, un tal detentore, per il solo fatto di esercitare sulla cosa il diritto vantato, non acquistava il possesso interdittale⁵⁹, ond'è che, per la teoria pegasiana e dei *quidam*, non sarebbe stato passivamente legittimato alla rivendica. Nè 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 sè 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 parte⁶⁰.

La *rei vindicatio* avrebbe soccorso il *dominus* se il detentore, di cui s'è detto, anzichè 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 — chè il detentore avrebbe acquistato il possesso interdittale — sia per la teoria ulpiana, non potendosi più negare al convenuto, nel caso prospettato, la *facultas restituendi*⁶¹.

17. - Secondo l'interpretazione proposta di D. 6.1.9, la formulazione sia della teoria pegasiana sia di quella ulpiana era tale da non escludere fondamentalmente la rivendica con-

⁵⁹ Non varrebbe invocare in contrario D.43.3.1.9: cfr. *infra*, nt. 259.

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

⁶¹ Cfr. *infra*, §§ 43, 47 e 51.

tro il detentore *nomine actoris*, il quale tenesse la cosa in modo esclusivo. Ma, alla formulazione della tesi di Pegaso segue, nel fr. 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*⁶²). Ebbene, la menzione dei *missi*, dei quali s'è detto, non dà luogo, per quanto qui rileva, ad alcuna difficoltà; chè essi — come rilevato — finchè 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 nè un terzo nè la parte, nei cui confronti era stato emesso il provvedimento di *missio*, avrebbero potuto agire con la rivendica.

Considerazioni analoghe valgono per il conduttore, semprechè 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*⁶³, bisogna distinguere: per il fatto in sè e per sè 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.. Sicchè depositari, comodatari, etc., secondo Pe-

⁶² Cfr. *infra*, § 45. § 46 nt. 249.

⁶³ Cfr. *infra*, § 44.

gaso 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* del fr. 9) l'affermazione, per cui contro depositari e comodatari (e conduttori con detenzione esclusiva), *quia... non possident 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, perchè — 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). Sicchè fu fondamentale 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 fondamentale riferito il contesto. Sarebbe pertanto bene sostenibile che l'autore del fr. 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 sè 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*)⁶⁴, 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 legatorum 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. - 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 con-

⁶⁴ V. letteratura citata nei miei *Contributi...*, nt. 78

venuto con la rivendica⁶⁵, 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 secondo dell'istituto cui di volta in volta ci si riferiva⁶⁶. 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 convenuto⁶⁷.

19. - Tanto meno la tesi che avversiamo trova conforto in quanto, a sostegno di essa, osserva il Siber⁶⁸, 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. Sicchè l'attore-proprietario, agendo con la rivendica, avrebbe frustrato i principî che regolavano la responsabilità contrattuale. E poichè 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*⁶⁹. 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*

⁶⁵ Così, ad es., D.6.1.10, 12, 14, 15.3, 16 pr., 17.1, 18, 20, 21, 22, 27.1-5, 31, 33, 35 1-2, 36, 38, 48, 52, 53, 55, 57, 62, 71, 72, 80. D.44.2.9.1, D.44.7.25. pr.

⁶⁶ Cfr. *infra*, § 24 e *ivi* nt. 114.

⁶⁷ Si veda, ad es., 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., D.8.5.6.1 (tutti Ulp. 17 *ad ed.*).

⁶⁸ SIBER, 211ss.. Contro ulteriori argomenti, che il Siber invoca per il suo assunto, v. i miei *Contributi...*, § 8, § 9 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.

rispondeva per i danni *post litem contestatam* comunque verificatisi (e, *a fortiori*, per il perimento della cosa). In difetto di 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 naturali⁷⁰. 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. - 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 classico⁷¹.

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 testo⁷²). Ché creditore pi-

⁷⁰ Cfr. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand* (München 1932), 72ss.; RPR, 1,432.

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 AP, 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.

gnoratizio, sequestratario e precarista — appunto i possessori senza *animus domini* ai quali si fa riferimento — erano, come si sa, possessori interdittali⁷³. 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 rivendica⁷⁴.

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 specie⁷⁵.

21. - E' necessario adesso considerare brevemente la posizione di quegli Autori⁷⁶, 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; sicchè l'attore avrebbe dovuto fare ricorso all'*actio in personam* (o, se del caso, all'*interdictum de precario*).

⁷³ Cfr. *infra*, § 53.

⁷⁴ Non sarebbe convincente obiettare, che quella del creditore pignoratizio, sequestratario, 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 CI.5.51.10 (Diocl. et Maxim., a.294): qui la rivendica è negata per difetto di legittimazione attiva: cfr. i miei *Contributi...*, nt. 96.

⁷⁶ Citati nei miei *Contributi...*, note 4 e 48.

Questa tesi, a differenza di quella del Siber, sarebbe in sè e per sè bene compatibile con i principî formulari. Ad essa manca però qualsiasi base testuale⁷⁷.

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, considerate 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 norma⁷⁸ il convenuto sarebbe stato avvantaggiato dall'esercizio della rivendica al posto dell'*actio in personam* (o dell'*interdictum de precario*), perchè nella prima più grave era l'onere probatorio dell'attore e meno grave la responsabilità del convenuto⁷⁹. 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 perchè il

⁷⁷ Cfr. i miei *Contributi...*, nt. 99.

⁷⁸ Eccezionalmente l'attore avrebbe potuto preferire la rivendica; la quale non gli sarebbe stata negata: cfr. *infra* § 22 e *ivi* nt. 90 — E' 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, § 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, *RPR*, I, 364): un tale impiego di *exceptio* non è attestato, nè 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*,

pretore denegasse la rivendica, ma perchè l'attore preferiva gli altri rimedi.

22. - 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 avrebbero potuto giustificare la tesi opposta. L'assunto che propongo è fondato anche e soprattutto su un considerevole numero di testi classici⁸⁰, della cui sostanziale genuinità gli studiosi, in generale, non dubitano.

Si è preteso⁸¹ 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 poichè — 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 derivas-

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...*, 80). Diversi erano, invece (per il tempo *ante litem contestatam*), i principî relativi in tema di rivendica: cfr. *supra*, § 19.

⁸⁰ Richiamati, direttamente o indirettamente, *infra*, note 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91.

⁸¹ Cfr. soprattutto SIBER, 198s., e *passim*.

sero 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 anzichè 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*)⁸².

In tal modo si comprende bene come, nelle fonti classiche, il riferimento alla rivendica in concorso con un'*actio in*

⁸² Tant'è che, fuori dei casi ricordati più avanti, note 87 e 88, nessun testo classico suggerisce, in concreto, la scelta tra *rei vindicatio* e *actio in personam*. Non D.14.6.7.2; e neppure D.26.7.56. Non sono interamente genuini Coll.10.3 (=CI.4.34.1). D.16.3.33, D.13.7.13 pr., D.18.1.30, CI.4.24.10. Non rilevano in proposito CI.4.65.23; e neppure CI.3.32.8 e D.26.9.2 (della cui genuinità, peraltro, con buon fondamento si dubita): v. su tutto ciò i miei *Contributi...*, nt. 105. V. anche *infra*, § 55, nt. 161, nt. 305, nt. 307, nt. 233.

*personam*⁸³ o comunque in un contesto in cui il punto di vista considerato non fosse quello del *dominium*⁸⁴, oltre che in testi non genuini⁸⁵ ed in altri, nei quali il concorso emerge solo indirettamente⁸⁶, compare ancora soltanto:

a) in materia di furto. Qui la rivendica è spesso ricordata in concorso con la *condictio ex causa furtiva*⁸⁷, perchè 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*⁸⁸. L'opportunità di

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

⁸⁴ In CI.5.51.10 (cit. *supra*, nt. 75) 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, nonchè nelle altre dove la rivendica è data contro il convenuto il quale tiene la cosa a titolo di usufrutto: cfr. i miei *Contributi...*, nt. 107.

⁸⁵ Cfr. *supra*, nt. 82.

⁸⁶ E' questo il caso di D.14.6.7.2 (Ulp. 29 *ad ed.*), semprechè 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., 587s. V. anche *infra*, nt. 161, nt. 167, nt. 233, 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*, 543s. (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.11.5.1.3, D.47.2.9.1, D.47.2.14 pr., D.47.2.55.3, CI.3.41.5, CI.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, 84.13, 85, 108.2, D.31.66.5, 76.8, CI.6.37.3: cfr. VocI, *Diritto ereditario romano*,

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;

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

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*⁹⁰;

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 rivendica⁹¹.

2 (Milano 1963), 589 ed ivi nt. 6; sul tema v. già ALIBRANDI, *Opere*, I (Roma 1896), 188s.

⁸⁹ Cfr. D.26.7.56 (Scaev. 4 *dig.*), su cui v. i miei *Contributi...*, nt. 112. Su altre ipotesi in tema di pegno, deposito e usufrutto, *infra*, § 55, § 35, 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. i miei *Contributi...*, nt. 113; sul fr. 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 E' questo il caso di D.13.7.40 pr. (Papin. 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. la mia *Actio ad exhibendum* cit., 553, 555.

CAPITOLO II

LE TEORIE DI PEGASO E DI ULPIANO

23. - 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 interpretazione⁹², 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.

⁹² Cfr. *supra*, § 14.

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 subire il dante causa del convenuto o il convenuto medesimo⁹³. 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" (chè 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 interditale, in altri termini, fu ritenuto da Pegaso e da quegli altri giuristi che ne dividevano 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 terzo⁹⁴, persona diversa dallo 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*⁹⁵: qui, come è noto⁹⁶, 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 tenerla 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

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, 10.

⁹⁶ Cfr. *supra*, § 2.

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*, sicchè 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 c.d. possessori anomali: creditore pignoratizio, sequestratario, precarista. Costoro erano possessori interdittali⁹⁷ (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*).

⁹⁷ Cfr. *in/ra*, § 53.

A quest'ultima obiezione si sottrae la tesi del Kaser⁹⁸: secondo questo A. la rivendica, nell'*agere in rem per sponsonem*, avrebbe dovuto essere preceduta dall'esperimento 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 sponsonem* il procedimento interdittale precedesse la rivendica⁹⁹ — 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. E' 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 interdittale¹⁰⁰,

⁹⁸ KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Köln-Graz 1956), 287s.; *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten* (estr. Atti III Congr. Intern. Dir. Comparato, Londra 1950), 19. Connette pure la legittimazione passiva alla rivendica del solo possessore interdittale all'esperibilità tra le parti degli interdetti possessori: D'ORS, *Derecho Privado Romano* (Pamplona 1968), 150.

⁹⁹ Cfr. del resto lo stesso KASER, *Eigentum und Besitz* cit., 287 nt. 30.

¹⁰⁰ Cfr. *supra*, § 15 e ivi nt. 54.

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*¹⁰¹. Ne consegue che in sede possessoria, nel conflitto tra dante causa e detentore, avrebbe prevalso il primo; sicchè nella successiva eventuale rivendica sarebbe stato il dante causa a ricoprire il ruolo di convenuto e pertanto ad essere in essa passivamente legittimato. Ecco perchè, 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 verosimile 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), anzichè 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 riferivano¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. *infra*, § 40 e § 53.

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.

24. - 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 fr. 9: 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 fr. 9 nel Digesto è attribuito ad Ulpiano (Ulp. 16 *ad ed.*): sicchè, 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 ricordare¹⁰³, 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 poichè questi — secondo quanto è detto nel fr. 9 — negava la rivendica contro depositari, comodatari, conduttori, etc., Ulpiano, o comunque l'autore della chiusa doveva invece 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 considera-

¹⁰³ *Supra*, § 13; v. anche MARRONE, *La facultas restituendi* cit. (*supra*, nt. 47), 4 nt. 3; *ivi* nt. 2, contro l'idea di quegli antichi interpreti, che leggevano, in fine del fr. 9:... *peti non posse*.

zioni di opportunità e di equità — le stesse rilevate più in alto¹⁰⁴ — oltre che lo stato complessivo delle fonti¹⁰⁵, 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. Sicchè 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 postclassico¹⁰⁶.

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 (*quidam 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 perchè 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 dividevano l'opinione, a dif-

ferenza di Pegaso e dei *quidam*, avrebbero eccezionalmente ammesso la *rei vindicatio*, sempre che ad agire fosse stato un terzo¹⁰⁷. Chè, se ad agire fosse stato lo stesso dante causa, tutti i classici avrebbero fondamentalmente negato la rivendica contro il detentore.

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 discussione¹⁰⁸.

Ebbene, una volta riferito fondamentalmente 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*. Nè l'interpretazione complessiva di D.6.1.9, pur nel suo contesto attuale, nè il significato in sè e per sè 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

¹⁰⁴ *Supra*, § 10.

¹⁰⁵ Cfr. *infra*, § 30 e segg.

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, § 13 e ivi nt. 47.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, § 13.

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, § 11 e segg.

fatto — il risultato che la chiusa del fr. 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"¹⁰⁹. Nel caso in ispecie non può dirsi altro che questo, che l'*autem* del fr. 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 caso la rivendica contro depositari, comodatari etc., il passo è lungo e il contesto di D.6.1.9 non lo consente¹¹⁰.

Forse, se il testo dicesse: *puto autem ab omnibus qui tenent peti posse*, l'opinione comune sarebbe sostenibile. Ma nel fr. 9 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?

¹⁰⁹ Cfr. CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*, I, s.v. *autem*.

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*, l.c.), 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*.

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 la 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 scritto¹¹¹ 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. E' questo, peraltro, un uso di cui gli stessi Romani avvertirono il carattere atecnico¹¹². 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) 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

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

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*.

legittimazione passiva o di responsabilità¹¹³. 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 nè il convenuto nè alcun terzo estraneo alla lite possano dalla restituzione (o esibizione) risentire alcun pregiudizio degno di considerazione giuridica.

E' 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 del fr. 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; chè i compilatori di Giustiniano, investiti di autorità legislativa, avrebbero trasformato il testo con maggiore decisione.

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

Nè 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 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 considerazione¹¹⁴. Sicchè, ad es., 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 giudiziarica 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

¹¹⁴ Cfr. KUNKEL, *Civilis und naturalis possessio*, in *Symbolae in honorem O. Lenel* (1931), 58ss.; KASER, *Eigentum und Besitz* cit., 329ss.; *Wesen und Wirkungen der Detention* cit., 3ss.; LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana* (Napoli 1957), *passim*; MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 286; *La facultas restituendi* cit., 11 ed *ivi* nt. 24; MAC CORMACK, *Naturalis possessio*, in *ZSS*, 84 (1967), 48s.

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 della 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: in questo senso, che se egli non avesse restituito, sarebbe andato incontro alla condanna pecuniaria¹¹⁵. 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.

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

25. - 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* (c.d. *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 detto¹¹⁶ — non dava luogo ad alcun problema, sicchè non è a questa ipotesi che pensarono Pegaso e Ulpiano, quando formularono le teorie, che si leggono in D.6.1.9¹¹⁷. Tuttavia esse bene la comprendono: il possessore del quale s'è detto, infatti, in quanto *possessor*, aveva la protezione interdittale, e pertanto rientrava 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.

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.

26. - 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 testuali¹¹⁸. 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*¹¹⁹.

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, 9, 18 pr., 24, 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 rettamente 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 pretendesse 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 posse-

La rivendica contro i filii familias

27. - Un'ipotesi interessante — anche se tra le meno note in dottrina¹²⁰ — riguarda i *filius 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 convenuto¹²¹.

E' 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*. Chè al *filius familias* non si riconobbe il possesso interdittale. Si veda al riguardo.

D.50.17.93 (Maecianus 1 *fideicomm.*): *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

dere 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 filii familias*, di imminente pubblicazione negli *Studi in onore di G. Grosso*.

¹²¹ Cfr. KASER, *RZPR*, 46, 148.

stessa protezione, e pertanto la *possessio ad interdicta* dovevano al *filius* essere negate anche prima. Del che, per vero, nessuno dubita¹²².

Pure certo è che possessore, sia *ad usucapionem* sia *ad interdicta*, dei beni tenuti dal *filius* era considerato il *pater*¹²³. 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 convenuti¹²⁴; riconoscimento, questo, certo connesso con la sempre più ampia capacità e autonomia patrimoniali, che nella sostanza i *filiis familias* andarono vieppiù acquistando.

E' 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, semprechè l'*alienatio* stessa fosse a titolo oneroso e riguardasse *res* comprese nel peculio, del quale il *filius* avesse avuto la *libera administratio*¹²⁵.

Effetti giuridici maggiori furono connessi al c.d. *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*¹²⁶.

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 volontaria¹²⁷.

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*.

¹²² Cfr. MARRONE, *op. cit.*, nt. 41.

¹²⁶ Cfr. LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano* (Milano 1953), 61ss., 141ss.

¹²⁷ Cfr. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AP*, 24 (1955), 281ss.; PUGLIESE, *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*, III S., 6 (1959), 362ss.; *Note sulla ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi Betti*, 3 (1962), 740ss.; STURM, *Alienationis verbum etiam usucapionem continet*, in *Mélanges Meylan*, 1 (1963), 314ss.

¹²² Cfr. il mo scritto: *La rivendica contro i filii familias* cit., nt. 14. Negano il possesso al *filius familias* anche D.41.2.49.1 (Papin. 2 *defin.*) e D.41.3.44.4 (Papin. 23 *quaest.*).

¹²³ Cfr. MARRONE, *La rivendica contro i filii familias* cit., § 4.

¹²⁴ Cfr. KASER, *RZPR*, 149.

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 iud. vel in iud. ded.* si ricava agevolmente dal contesto, dove il brano è inserito)¹²⁸.

Il passo è fondamentale per il mio assunto, perchè 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 vindictio*. 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, 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 tratta¹²⁹.

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). E' certo quindi — cosa del resto pacifica — che il giurista, con le parole *si quis hominem... petierit*, si riferisse alla *rei vindictio*. Sul fr. 11.8 v. anche *infra*, § 28.

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 —

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 *filius 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 hereditatem posse non est dubium, quia restituendi facultatem habet...*

I due testi¹³⁰ 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*;

quale *defensor patris nomine*: cfr. su ciò le mie osservazioni in: *La rivendica contro i filius familias* cit., § 2.

¹³⁰ Sui quali, più ampiamente e con valutazione critica: MARRONE, *La rivendica contro i filius familias* cit., § 3.

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

E' 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. - 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 precedono¹³¹. Sulla base di essi, a me pare anzitutto di poter ritenere che al *filius* fosse riconosciuta la *facultas restituendi*, e

¹³¹ D.15.1.38 pr. (Afr. 8 *quaest.*) riguardava l'*actio ad exhibendum* (il riferimento alla rivendica non è genuino: cfr. la mia *Actio ad exhibendum*, 537): potrebbe pertanto valere, se mai, come testimonianza indiretta. Non è però chiaro

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* 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'accettazione¹³². Si comprende così come si sia potuto ammettere — secondo quanto fa fede il citato testo di Paolo, conservato 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 es., 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 principii a noi noti del

(nonostante MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 328 nt. 120; cfr. 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*.

¹³² Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*², 1 (Milano 1967), 407s., 638.

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: poichè — 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*¹³³.

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.

E' 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*. E' 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

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

l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae (l'*exceptio*, cioè, di cui il giurista si occupava: *haec exceptio*)¹³⁴.

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 perchè 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 cit.).

29 - Lo studio della rivendica sotto l'aspetto che si è ora considerato — rivendica per cose tenute dai *fili families* — è stato fecondo di risultati: chè non solo si è avuta una prima conferma della classicità della dottrina, per la quale

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

"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 è anche potuto stabilire che questa fu la dottrina che prevalse presso i classici. E' 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 *fili familias*¹³⁵; il che, considerata l'acquistata capacità dei *fili 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 *fili 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 sarà dato scorgere nell'indagine che segue.

La rivendica della res depositata

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

¹³⁵ Eccetto, forse, in ordine alle *res* comprese nel *peculium castrense*: v'è infatti qualche Autore che, pure in assenza di esplicite testimonianze in tal senso, ritiene che ai *fili familias*, nel corso dell'età classica, sia stato riconosciuto il possesso del *peculium castrense*: così BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3. *Dritti reali* (Roma 1933), 214; contro LAURIA, *Possessiones* cit., 110 nt. 18.

E' 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 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; chè 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: poichè 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 prima¹³⁶.

¹³⁶ Cfr., circa il termine, D.16.3.1.45-46 (Ulp. 30 *ad ed.*). *A fortiori* la stessa

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 deponente¹³⁷, il quale avrebbe avuto in ogni momento possibilità di riprenderla (cioè, beninteso, semprechè il depositario avesse tenuto fede ai propri obblighi di depositario)¹³⁸.

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 deponente¹³⁹. Di

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: ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AP*, 28, 1961, 253ss.), 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: WUBBE, *Gaius et les contrats réels*, in *Tijdschr.* 35, 1967, 518 nt. 47). Non viene in considerazione al riguardo D.12.1.4 pr. (Ulp. 34 *ad Sab.*): il passo non riguarda 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, LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano 1938), 298ss.; *ivi* letter.: addé WATSON, *Two studies in textual history*, in *Tijdschr.* 30 (1962), 239s.

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.

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 forza¹⁴⁰.

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 sè e per sè a perdita del possesso nel deponente¹⁴¹. Ma, intanto, quali sarebbero state le sorti della rivendica in corso?

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, avrebbe prevalso comunque il deponente. Chè, pure se il depositario, con l'*infinitio*, 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*).

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. MARRONE, *In materia di ritenzione*, in *Labeo*, 4, 1958, 86s.). D'altro canto, il depositario, che non avesse restituito invocando fondatamente un *ius retentionis*, non avrebbe per ciò commesso *infinitio depositi*; onde, restando il possesso al deponente, nè avendo costui subito alcuna turbativa,

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. Poichè questa *cautio*, secondo la interpretatio dei giuristi, fu, con una sorta di finzione giuridica, equiparata alla *restitutio*, ecco che in tal caso il convenuto sarebbe stato assolto¹⁴². L'attore non ne sarebbe stato pregiudicato, perchè 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.

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

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 *infinitio 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. CHIAZZESE, *Jus iurandum in litem* (Milano 1958), 66ss.

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 depositario¹⁴³, 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'assoluzione¹⁴⁴. 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 rivendica¹⁴⁵.

31. - 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

¹⁴³ Anzi, è appunto al depositario che si riferiscono la maggior parte dei testi relativi: cfr. MARRONE, *Contributi...* cit. (*supra*, nt. 30), nt. 61.

¹⁴⁴ Sulla questione: KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in ZSS, 51 (1931), 113ss.; TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in Studi Cagliari, 43 (1964), 166ss.

¹⁴⁵ Chè, 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, l. c.), 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 *iurandum*, ma con *aestimatio* del *verum pretium rei* da parte del iudex (cfr. KASER, RZPR, 260). Il deponente avrebbe pertanto potuto rivalersi con l'*actio depositi* contro il depositario infedele.

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 doveri delle parti riguardo alla cosa nel contratto di deposito dà ragione dell'assunto: chè solo al deponente, non anche al depositario, poteva riconoscersi la *facultas restituendi*¹⁴⁶. 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 sè e per sè 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 restituire¹⁴⁷. 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 apprezzabile¹⁴⁸, l'esperibilità della *rei vindicatio* medesima contro il depositario infedele che avesse ricusato la restituzione al deponente senza tuttavia acquistare per sè 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*

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.

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

32. - Per converso, solo con la nuova dottrina della *facultas restituendi* si potè 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 sè e per sè (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 (*mihi*). Quest'ultima soluzione — dice l'autore del passo — è quella da preferire (*probo*), perchè 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*).

Chè 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 Marcellus 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 rimaneggiato¹⁴⁹, 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 Marcellus, 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 Marcellus sia quello che risulta dal passo del Digesto.

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*), Marcellus, 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

¹⁴⁹ Sul testo, da diversi punti di vista, oltre gli Autori citati nell'*Index Interpolationum*, ad h. l., v. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², 1 (1928), 111 nt. 2; 2 (1928), 364 nt. 2; EHRHARDT, *Iusta causa traditionis* (Berlin-Leipzig 1930), 77; BESELER, *Miscellanea graecoromana*, in *Studi Bonfante*, 2 (1930), 80; *Romanistische Studien*, in *Studi Riccobono*, 1 (1963), 306; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito* (Milano 1933), 71; SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln 1952) 47s.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 2 (Milano 1952), 102, nt. 3; 105; 3 (Milano 1957), 527; *Istituzioni di diritto romano*⁴ (1964), 478 ed ivi nt. 64; WUBBE, *Res aliena pignori data* (Leiden 1960), 129 nt. 4; WATSON, *Two Studies in textual history*, in *Tijdschr.* 30 (1962), 239; 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 il fr.31.1 è tratto, v. per tutti SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze 1968), 420; ivi letter.

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*? E' 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 cit. 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'*interdictum utrubi* per la restituzione, perchè il depositario non teneva più la *res*. Ma neanche l'*actio depositi* gli avrebbe giovato.

E' nota l'esistenza, per il deposito, di due formule: una *in factum* e una *in ius ex fide bona*¹⁵⁰. Ora, si può ritenere che 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^{150 bis}.

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 de-

¹⁵⁰ Gai 4. 47.

^{150 bis} 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*.

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

CI.3.42.8 pr. (Diocl. et Maxim., a. 293): *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...

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. E' perciò che le parole *commodavit aut*, che si leggono nella c. 8 cit., sono state a buon diritto ritenute spurie¹⁵¹: il caso concreto era di deposito; sicchè l'imperatore non può avere riferito la sua risposta anche all'eventualità di un comodato. Tanto più che, nella parte che segue della stessa c., si parla solo di deposito. Siamo peraltro di fronte ad un'aggiunta da "completomane"; chè nessuna ragione so-

¹⁵¹ Cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AP*, 26 (1958), 336, e letter. cit. nt. 151.

stanziale vi sarebbe stata per decidere diversamente un analogo caso di comodato.

Ma l'osservazione, per cui la c. 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 romano¹⁵². La questione in questo luogo non ci riguarda (sicchè non abbiamo trascritto il seguito della c.8). Tuttavia, il fatto che la c.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 poichè il richiedente aveva precisato di essere proprietario (arg. ex *res tuas*), l'imperatore rispose che anzi tutto egli, in quanto proprietario, avrebbe potuto agire contro il depositario (*adversus tenentem*) con l'*actio ad exhibendum* o con la *rei vindicatio*.

L'alternativa *actio ad exhibendum-rei vindicatio* si spiega agevolmente, sol che si tenga presente la funzione dell'*actio ad exhibendum* sopra ricordata¹⁵³: di fronte all'atteggiamento di *indefensio* del convenuto con la rivendica (atteggiamento,

¹⁵² In riferimento al testo della c. 8, v. letter. cit. nella mia *Actio ad exhibendum* cit., 336 nt. 152; adde C. LONGO, *Corso* cit., 71s.

¹⁵³ *Supra*, § 7.

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*. Sicchè 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*¹⁵⁴.

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, perchè — 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 della c.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*.

¹⁵⁴ Cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 543s.

34. - Non abbiamo altre testimonianze dell'impiego della rivendica contro il depositario da parte di un terzo¹⁵⁵. In quelle 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. - 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*¹⁵⁶, dove minore era

¹⁵⁵ 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. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 357ss.). 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. cit.*, 539s., 590s.

¹⁵⁶ Oppure, se la mancata restituzione dava luogo a perdita del possesso nel

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*¹⁵⁷, non era responsabile per fatti *ante litem contestatam*, perfino se imputabili a suo dolo¹⁵⁸; nell'*actio depositi* il convenuto, responsabile quanto meno per dolo o colpa *post litem contestatam*¹⁵⁹, era pure responsabile per i pregiudizi subiti dalla cosa *ante litem contestatam* per suo dolo (eccezionalmente anche per sua colpa)¹⁶⁰.

Ecco perchè, 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 (= CI.4.34.1: Alex., a. 234) e D. 9.2.42 (Iul. 48 dig)¹⁶¹. In un altro passo di Ulpiano, poi, nel quale, per le particolari circostanze, la *rei vindicatio* appare per l'attore più conveniente dell'*actio*

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.

¹⁵⁸ Cfr. *infra*, § 19, e ivi nt. 69.

¹⁵⁹ Cfr. *supra*, § 19, e ivi nt. 70.

¹⁶⁰ Cfr. KASER, *RPR*, 1, 447.

¹⁶¹ Sui due testi, direttamente riguardanti l'*actio ad exhibendum* (nel primo di essi il riferimento alla *rei vindicatio* non è genuino) v. la mia *Actio ad exhibendum* cit., 356s., 582 nt. 430, 405s. Anche da D.15.1.38 pr. (Afric. 8 quaest.) e D.16.3.25 pr. (Papin. 3 resp.), direttamente riguardanti l'*actio ad exhibendum*

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 potiore 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*)¹⁶². Il credito di coloro che hanno depositato 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 rivenderle: e, in tal caso, la loro posizione sarà *ante privilegia*.

E' 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*. Sicchè, *si nummi exstent*, converrà ad essi esercitare la ri-

(nel fr. 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. Sui frr. 38 pr. e 25 pr. v. la mia *Actio ad exhibendum*, 327s., 360s. 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. i miei *Contributi...* (cit. *supra*, nt. 30), nt. 112. Non è contro il mio assunto — nonostante SIBER, 71 — D.16.3.1.15 (Ulp. 30 ad ed.): cfr. i miei *Contributi* cit., nt. 91.

¹⁶² I *mensularii* o *nummularii* erano banchieri più modesti degli *argentarii*: cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (Jena 1926), 376s., s. v. *nummularius*.

vendica, 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 deponente¹⁶³.

La rivendica della res commodata

36. - 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 comoda-

¹⁶³ In dottrina s'è dubitato che Ulpiano, nel fr. 24.2 cit., 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. 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 il fr. 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, nel fr. 24.2, non avrebbe dato la rivendica contro il *mensularius*-depositario. Su D.42.5.24.2: SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 3 (Napoli 1940), 110ss.; *ivi* letter.; adde BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 49-50 (1947), 148ss.

dante, 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 parte¹⁶⁴; la quale pertanto avrebbe dovuto comunque restituire¹⁶⁵. Neanche il comodatario era possessore *ad interdicta*, e non godeva quindi della relativa difesa giudiziale. Possessore rimaneva il comodante¹⁶⁶. I problemi di legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di oggetti dati in comodato si pongono quindi in termini analoghi che per gli oggetti depositati; sicchè, anche per mancanza di testimonianze dirette¹⁶⁷, non mette conto intrattenersi oltre sul tema.

¹⁶⁴ Cfr. BIONDI, *Ist. 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.*). E' 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 opposto fondatamente 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 ricavarsi, 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. la mia *Actio ad exhibendum* cit., 334s.; sul fr. 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. la mia *Actio ad exhibendum*, 537), ma per la esperibilità della rivendica può essere tratto argomento dell'esperibilità dell'*actio ad exhibendum*. Non è genuino il riferimento al comodato in C.I.342.8 (Diocl.

37. - 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*¹⁶⁸. Ora io ritengo che l'avere così raggruppato queste diverse situazioni influi 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. E' 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 generale¹⁶⁹, quanto a de-

et Maxim., a. 293): cfr. *supra*, § 33. D.13.7.27 (Ulp. 6 *opin.*), dove è data l'*actio ad exhibendum*, non riguardava una fattispecie di comodato: v. la mia *Actio ad exhibendum*, 366ss.

¹⁶⁸ Sul tema, contro l'opinione dominante, v. ora KAUFMANN, *Die altrömische Miete* (Köln-Graz 1964); su cui v. le recensioni di: VOCI, in *SDHI*, 31 (1965), 395ss.; AMIRANTE, in *IVRA*, 16 (1965), 322ss.; MAYER-MALY, in *ZSS*, 82 (1965), 406ss. 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*). CI.7.30.1 (Alex., a. 226) concerneva locazione di immobili, secondo quanto rivela il riferimento alla *longi temporis praescriptio*. Sulla c. 1 v. *infra*, nt. 220 e

terminati *conductores*: coloni, inquilini, etc.¹⁷⁰. 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 indagine¹⁷¹.

38. - Cominciamo dai *conductores* o *possessores* di *agri vectigales*¹⁷²: 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, semprechè 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 principato¹⁷³. Notevole è in proposito

nt. 229. D.41.3.33.6 (Iul. 44 *dig.*) riguardava locazione di mobili (si fa il caso di 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., 334ss. In D.13.7.22.3 (Ulp. 30 *ad ed.*) *possessionem* sta per *fundum*. Altrimenti, poichè il testo ammetterebbe, in generale, la *possessio* del *conductor* (sotto questo profilo il fr. 22.3 è sfuggito alla dottrina), bisognerebbe espungere vel *conduxit pignus*.

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*, perchè 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, *RPR*, 1, 328.

¹⁷³ Cfr. BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales* (Napoli 1960), 10, 40ss., 72.

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 es., nel caso di locazioni perpetue, che hanno luogo per i fondi municipali, i quali vengono dati in locazione a condizione (*ea lege*) che, finchè venga pagato il *vectigal*, il fondo non sia tolto al *conductor* e neppure ai suoi eredi¹⁷⁴. E' 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 conferma¹⁷⁵ — 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 co-

¹⁷⁴ Cfr. D.6.3.1 (Paul. 21 ad ed.).

¹⁷⁵ Cfr. BOVE, *op. cit.*, 74ss., 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.

munque 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 perchè non deve sorprendere che, nonostante tenessero il fondo in virtù di un rapporto di *locatio-conductio*¹⁷⁶ e nonostante facesse loro difetto l'*animus domini*¹⁷⁷, 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*¹⁷⁸.

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.

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 dell'ALIBRANDI, *Opere*, 1 (Roma 1896), 244s., 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 ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, 2 (Milano 1941), 389ss.; LAURIA, *Possessiones* cit., 178ss.; KASER, *RPR*, 1, 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*.

Una diversa soluzione sarebbe stata impensabile. Se il terzo rivendicante avesse potuto agire contro il concedente¹⁷⁹, 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 *agri vectigales* rappresentava, per i concessionari, un grosso affare), era l'unico ad avere poteri di fatto sul fondo rivendicato; nè l'eventuale restituzione all'attore vittorioso avrebbe pregiudicato, giuridicamente, il concedente. Si veda:

D.39.4.7 pr. (Papirius 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*); sicchè 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 (semprechè, naturalmente, il rivendicante non avesse contestato, con esito positivo, il *dominium* del concedente).

39. - 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 vindictio* del dante causa contro il proprio detentore o possessore senza *animus domini*) non potessero che essere risolti dai classici in senso positivo¹⁸⁰. Nella specie, però, se si pensa ad *agri vectigales* concessi dallo Stato, a *rei vindictio* formulare non è dato pensare, perchè le controversie che lo riguardavano erano risolte in via amministrativa: fuori pertanto del processo civile ordinario¹⁸¹. 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*¹⁸². Per quanto più sopra rilevato¹⁸³, tuttavia, bisogna credere che, nella specie considerata, l'*actio locati* sarebbe stata preferita alla *rei vindictio*.

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

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, § 11 e segg.

¹⁸¹ Cfr. KASER, *RPR*, 1, 261.

¹⁸² Cfr. KASER, *RPR*, 1, 262s.

¹⁸³ *Supra*, §§ 21 e 22.

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

I coloni¹⁸⁴ erano affittuari di fondi rustici: avevano l'obbligo di coltivarli, ne percepivano i frutti e pagavano al *locator* un corrispettivo, detto *merces*. La locazione era a termine, solitamente quinquennale¹⁸⁵.

Pure se non giuridicamente, certo in pratica i coloni erano, rispetto al *locator*, in posizione di dipendenza e subordinazione¹⁸⁶, 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 (Pompon. 23 *ad Q. Mucium*), 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 possesso¹⁸⁷.

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. SEECK, art. *colonatus*, in *RE*, 4 (1901), 483ss.

¹⁸⁵ Cfr. PERNICE, *Parerga*, in *ZSS*, 19 (1898), 93 e *ivi* nt. 1; SEECK, *op. cit.*, 487; SOLAZZI, *Questioni sulla missio in bona rei servandae causa*, in *Scritti Chironi*, 1 (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 (Celsus 12 *dig.*).

¹⁸⁶ Cfr. PERNICE, *op. cit.*, 90ss.

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

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 lavoro¹⁸⁸, gravati com'erano dell'obbligo di pagare la *merces*. Sappiamo 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; chè una buona e razionale coltivazione, intuitivamente, era nell'interesse anche dei *locatores*. Ma v'è di più: ai proprietari non bastava il controllo diretto esercitato sui coloni in occasione delle visite saltuarie delle quali s'è 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 locato¹⁸⁹.

Ecco quindi che il padrone (*locator*) e i suoi servi avevano libero accesso al fondo, senza che il colono potesse le-

¹⁸⁸ Cfr. SEECK, *op. cit.*, 486ss. Certo, poteva darsi il caso di coloni in condizioni meno disagiate (nelle fonti è fatta l'ipotesi di coloni, proprietari di schiavi: Ulp. D.9.2.27.9, Alfenus D.19.2.30.4): ma si trattava di eccezioni: cfr. PERNICE, *op. 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, *l. c.*

¹⁸⁹ Su tutto ciò: SEECK, *op. cit.*, 486ss.

gittimamente 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*¹⁹⁰ o *locare fundum colendum*¹⁹¹: ebbene, nè il *frui* nè 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 colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident*¹⁹².

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 dello usufruttuario (*fructuarius*), del colono e dell'inquilino, i quali sono nel fondo e tuttavia non posseggono.

¹⁹⁰ Cfr. D.19.2.24.4 (Paul. 34 *ad ed.*), 25.1 eod. (Gai. 10 *ad ed. prov.*), 33 eod. (Afric. 8 *quaest.*), 35 pr. (id. *id.*). Correlativamente, il *locator* è obbligato a *pati frui*: cfr. PALAZZOLO, Osservazioni in tema di legato con effetto liberatorio in favore del conduttore, in *IVRA*, 16 (1965), 132 nt. 34.

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

¹⁹² Il soggetto di *inquit* è *Marcellus*, lo stesso giurista citato nel pr. del fr.6. Sul passo v. MARRONE, La posizione possessoria del nudo proprietario nel dir. rom., in *AP*, 28 (1961), 44ss.; *ivi* letter.; adde ZAMORANI, *Precario habere* (Milano 1969), 69s.

La *possessio* che, di regola, si riconosce al precarista è la *possessio ad interdicta*¹⁹³: 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 posseggono¹⁹⁴. 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. E' 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 *pithanon 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*. E' 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 testimonianze¹⁹⁵, ed è pacifico in dottrina.

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, 3.12, 25.1, 31, 37, 44.2, D.41.3.33.1. In D.41.5.2.1, D.10.3.7.11, D.43.16.1.10 e CI.7.30.1 si dice che il *colonus* ha la *possessio naturalis*, ma in tratti non genuini. Cfr. sul fr. 2.1: HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzer im klass. röm. Recht* (Wien-München 1964), 57ss.; sul fr. 7.11: KUNKEL, *Civilis und naturalis possessio* (cit. *supra*, nt. 114), 77s.; KASER, *Wesen und Wirkungen der Detention* (cit. *supra*, nt. 98), 7 nt. 32;

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 possessoria¹⁹⁶: il locatore era possessore, il colono no: quindi, se si fosse fatto ricorso ai relativi *interdicta*, avrebbe comunque vinto il *locator*¹⁹⁷.

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 fondo¹⁹⁸.

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, purchè con "detenzione" non si faccia riferimento a detenzione esclusiva. Correlativamente, l'espressione delle fonti, per cui il *locator* possiede *per co-*

sul fr. 1.10: MARRONE, *La posizione possessoria* cit., 51 nt. 14; NICOSIA, *Studi sulla deiectio*, 1 (Milano 1965), 16 nt. 25; sulla c.1: *Index Interp.*: SOLAZZI, *Costituzioni glossate o interpolate nel Codex Iustinianus*, in *SHDI*, 24 (1958), 64s.

¹⁹⁶ Cfr. PERNICE, *op. cit.*, 96.

Index Interp.; SOLAZZI, *Costituzioni glossate o interpolate nel Codex Iustinianus*, in *SHDI*, 24 (1958), 64s.

¹⁹⁶ Cfr. PERNICE, *op. cit.*, 96.

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

¹⁹⁸ Cfr. PERNICE, *l.c.*; v. anche GALLO, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Synteia Arangio-Ruiz* (1964), 1210s.

*lonos*¹⁹⁹, 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 stesse il colono; ciò perchè, potenzialmente, il *locator*, per il fatto di avere libero accesso al fondo quando volesse, manteneva comunque 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*²⁰⁰, 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. Chè, 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*

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

²⁰⁰ V., ad es., D.41.2.3.8, 3.12, 25.1, 44.2.

*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 deiecissee tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit...*²⁰¹.

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 (*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, perchè 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 ispecie spettò contro lo 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*. E' nel caso di specie, che il colono è divenuto possessore, perchè, 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*. Sicchè, 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*. E' 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.

Pertanto, 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 fondo²⁰². 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 colono, che possessore non era. Chè 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.

²⁰¹ Sul testo v. la letteratura che cito in *La posizione possessoria...*, 46 nt. 20; adde GALLO, *op. cit.*, 1210 nt. 37; NICOSIA, *op. cit.*, 160 nt. 65; e già PERNICE, *op. cit.*, 96 nt. 2.

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

41. - Queste osservazioni ci saranno utili per la questione di legittimazione passiva alla *rei vindictio*. Ma prima, poichè 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*)²⁰³. 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 proprietario²⁰⁴. *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 e incendi di *insulae*, nella Roma imperiale, erano assai

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. cit.*, 495s.. *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. cit.*, 1201 nt. 11.

²⁰⁴ Cfr. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma* (Bari 1967), 28. Nulla vietava peraltro di dare in locazione la *domus* (D.19.2.9.6, 28, 45 pr., 60 pr., D.7.1.13.8; non è tuttavia genuino il riferimento alla *domus* locata in D.19.2.24.2 e 9 pr. eod.: cfr. SOLAZZI, *op. cit.*, 595 nt. 2; PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in *BIDR*, 68, 1965, 287 nt. 33; CALONGE, *Evicción*, Salamanca 1968, 136ss.). La locazione della *domus* non doveva però essere la regola (cfr. PERNICE, *op. 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, *l.c.*; 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 considera-

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*²⁰⁵.

Il proprietario dell'*insula* la tiene non per abitarvi personalmente, ma per speculazione: i singoli *coenacula* erano dati in locazione ad inquilini per periodi brevi²⁰⁶. Scaduto il termine, e continuando l'inquilino ad abitare la casa senza opposizione del *locator*, si aveva *reconductio tacita*, sembra però di giorno in giorno²⁰⁷. Il piano terra si usava locare per uso botteghe (*tabernae*)²⁰⁸. 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; sicchè quando, per l'inclemenza del tempo, non era possibile lasciare le finestre aperte, aria e luce difettavano²⁰⁹.

Certe *habitationes* erano sistemate alla meglio in soppalchi di legno, cui si accedeva per mezzo di una scala, che si

zione la possibilità che, quando nelle fonti è parola di *domus locata*, si pensi alla *domus* nel significato di cui *infra*, n. 208.

²⁰⁵ Su tutto ciò v. la vivace e dettagliata descrizione del CARCOPINO, *op. cit.*, 24ss.; sul tema v. anche CALZA, *Le case d'affitto in Roma antica*, in *Nuova Antologia*, 51 (1916), 151ss., su cui in ZSS, 47 (1927), 528.

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

²⁰⁷ Così GALLO, *op. cit.*, 1204ss.

²⁰⁸ Cfr. CARCOPINO, *op. 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, *l.c.*

²⁰⁹ Cfr. CARCOPINO, *op. cit.*, 41ss.

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*"²¹⁰.

Va da sè, 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*²¹¹. Non godevano di alcuna fiducia presso il *locator*, e pertanto neanche di alcuna "privacy". Il "padrone" li faceva sorvegliare dai propri servi²¹², conservava la facoltà di accedere liberamente all'*habitatio*²¹³, manteneva, come si direbbe oggi, le chiavi di casa. Singolare è, ad es., il caso di cui è parola in un testo ulpiano²¹⁴, del locatore che riduce l'ampiezza del vano d'ingresso, con la conseguenza che lo 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*²¹⁵; il che non comportava necessariamente la detenzione esclusiva del *coenaculum*.

²¹⁰ Così CARCOPINO, *op. cit.*, 36s.

²¹¹ Cfr. PERNICE, *op. 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. HEU-MANN-SECKEL, *Handlexicon* cit., 276 s.v. *insularius*. - Sulla base di D.7.8.2 (Ulp. 17 ad Sab.) e D.7.8.8 (id. id.) sembra doversi ritenere che, dapprima, *locator* e *inquilinus* coabitassero.

²¹³ Cfr. D.19.2.27 pr. (Alfenus 2 dig.) e D.43.17.3.3, cit. 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.), 19.6 eod. (Ulp. 32 ad ed.).

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*²¹⁶.

Le osservazioni più su 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 inquilino²¹⁷. Vale esaminare, in proposito

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

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, finchè 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

²¹⁶ V. D.41.2.25.1, 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, *op. cit.*, 96 nt. 2 (non osta CI.4.65.3: cfr. PERNICE, *l.c.*, e letter. cit. nell'*Index Interp.*).

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

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. - A questo punto, nonostante la mancanza di testimonianze dirette²¹⁹, 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*, sicchè era contro il locatore che Ulpiano e quanti erano del suo stesso avviso davano la rivendica²²⁰.

Il colono e l'inquilino, per converso, non erano legittimati: essi non avrebbero potuto restituire al terzo rivendi-

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, CI.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 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 (Papin. 6 *quaest.*: questo testo fu tolto da uno squarcio dedicato alla *rei vindicatio*: LENEL *Palingenesia iuris civilis*, 1, Lipsia 1889, 822). Non è contro il mio assunto CI.7.30.1 (Alex., a.226): in questa c., 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 del processo formulare: cfr. NOERR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio* (Köln-Opladen 1969), 101s.. Peraltro, la c.l. potrebbe fare riferimento all'azione del *locator*; e non alla *rei vindicatio*, ma all'*actio locati*: v. *infra*, nt. 229.

cante: 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 possesso²²¹. Coloni e inquilini pertanto ne sarebbero stati chiamati a rispondere dal *locator* con l'*actio locati*.

Invece, il *locator* sì che avrebbe potuto restituire: bastava²²² 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 rivendicante²²³. 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*²²⁴. Ma ciò nulla rileva per quanto riguarda la *facultas restituendi* di costui: a tal fine, la responsabilità del *locator*, che avesse dato in locazione cosa non propria,

²²¹ Cfr. D.50.16.22 (Gai. 4 *ad. ed. prov.*). E' 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 prescindendo da ciò, che la *restitutio* andava fatta *cum causa rei*.

²²³ Arg. ex D.43.16.12 e 18 pr. citati.

²²⁴ Su ciò PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore* cit., 275ss.; MEDICUS, *Id quod interest* (Köln-Graz, 1962) 96ss.; CALONGE, *Eviction*, (Salamanca 1968) 134ss. V. tuttavia D.12.6.55 (Papin, 6 *quaest.*) (non considerato dagli Autori citati), su cui un cenno *supra*, nt. 220..

non poteva essere presa in considerazione dall'ordinamento giuridico.

Altra ipotesi è che colono o inquilino non ammettessero 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 cit. (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 deponente²²⁵.

43. - 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, finchè gli affittuari in questione si fossero comportati come tali, la *rei vindicatio* contro di essi da parte del *locator* sarebbe stata impensabile²²⁶. Con questa azione l'attore perseguiva sostanzialmente un *rem restituere*; il che presuppone che il rivendicante non avesse presso di sé la cosa²²⁷; 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

²²⁵ Cfr. *supra*, § 30.

²²⁶ Cfr. *supra*, § 16.

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

se esso fosse stato concesso a coloni e inquilini. Scaduto il termine contrattuale, se costoro fossero rimasti nel fondo o nella casa contro la volontà del *locator*, questi avrebbe avuto altri mezzi per cacciarli via²²⁸, 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: chè in tal caso v'era stata *interversio possessionis*: il locatore spossessato avrebbe potuto, con la rivendica, pretendere la restituzione dell'immobile. Certo, anzichè 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)²²⁹. Ma ciò non esclude che ricorressero pure gli estremi per l'esercizio della *rei vindicatio*.

44. - Circa altre specie di locazione, diverse da quelle sin qui considerate, dato lo stato delle fonti²³⁰ posso limi-

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 CI.7.30.1 (Alex., a.226), già per quanto rilevato *supra* nt. 220. E' peraltro assai verosimile che — come già Papiniano in *Fragm. Vat.* 7 (3 *resp.*) e più tardi Dioleziano in CI.7.35.5 (a. 293) — Alessandro, nella c. 1 cit., intendesse riaffermare il principio dell'imprescrittibilità della azioni personali; e che pertanto la *longi temporis praescriptio*, di cui è parola nella c.l., 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

larmi a ricordare 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*²³¹. Sicchè il *dominus* manteneva, durante la locazione, ogni potere (ad es., *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 stabilire²³². Circa la

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 superficiario, 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 superficiario, contro la *rei vindicatio* (del concedente?) è data una *exceptio*. Il che presuppone la legittimazione passiva del superficiario. Si tratta, però, di testo assai sospetto: cfr. *Index Interp.*: Voigt, *Das Erbrecht des klassischen römischen Rechts* (Marburg 1950), 29.

²³¹ Cfr. D.19.2.45.1 (Paul. 22 *ad ed.*), 13.3 eod. (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* note 169 e 230: sulla base di questi testi si potrebbe pensare che, in generale (eccezione fatta, naturalmente, per il caso degli *agri vectigales*), secondo la dottrina di Pegaso il terzo dovesse esercitare la rivendica contro il *locator*.

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 passiva²³³: i motivi di ciò sono stati ampiamente svolti più su²³⁴ e non giova insistervi.

La rivendica dei beni oggetto di missio in possessionem

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

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 parte²³⁵. 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*²³⁶.

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*

²³³ Arg. ex D.10.4.5 pr. (Ulp. 24 *ad ed.*), su cui, oltre la mia *Actio ad exhibendum* cit., 337ss., v. quanto osservo in *Contributi* cit., nt. 72. Non rileva qui CI.4.65.23 (Diocl. et Maxim., a. 293), che si riferiva non alla rivendica del *locator*, ma a quella del *conductor*: cfr. i miei *Contributi* cit., nt. 105.

²³⁴ *Supra*, § 11 e segg.

²³⁵ Cfr. KASER, *RZPR*, 333.

²³⁶ Per un'analisi delle *missiones in possessionem* previste nelle fonti, v. WEISS, art. *missio in possessionem*, in *RE*. 15.2 (1932), 2054ss.

servandae causa si dava anche all'attore contro chi, convenuto con azioni non reali, avesse ricusato di *se defendere*²³⁷. 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 insolvente²³⁸.

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*²³⁹.

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 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

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, l.c.; SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 1 (Napoli 1937), 35ss.; LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (Firenze 1939), 41ss.

²³⁹ Così SOLAZZI, *op. cit.*, 29ss.; cfr. LENEL, *Ed.*³, 303; KASER, *RZPR*, 303 nt. 21; diversamente SIBER, 32; WEISS, *op. cit.*, 2059.

(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)²⁴⁰.

Questa, di cui s'è detto, era la c.d. *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

²⁴⁰ Cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2. *La proprietà*, 1 (ristampa Milano 1966), 417s.

per caso — avrebbe concesso una seconda *missio in possessionem damni infecti nomine*, detta *ex secundo decreto*. Questa *missio ex secundo decreto* era irrevocabile²⁴¹; e costituiva *iusta causa usucapionis*²⁴². Il *missus*, pertanto, avrebbe avuto la *possessio ad usucapionem*, e quindi la c.d. proprietà pretoria (*in bonis habere*). A fortiori, a difesa del possesso in tal modo acquistato il *missus* — secondo quanto del resto esplicitamente attestato²⁴³ — avrebbe avuto gli interdetti possessori.

46. - 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 infine 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 di-

pendenti dalla funzione della specie particolare di *missio*²⁴⁴. In ogni caso, dalle fonti emerge chiaramente come il *missus* non potesse espellere l'altra parte²⁴⁵ — che, d'ora innanzi, per comodità espositiva, sarà detta "debitore" (con una 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*²⁴⁶ sia *ad interdicta*; possesso che invece era decisamente negato al *missus*: il *missus* — si diceva — *in possessione est sed non possidet*²⁴⁷.

²⁴⁴ Cfr., per la *missio rei servandae causa*: D.41.2.3.23, 10.1 eod., D.43.17.3.8; per la *missio legatorum servandorum causa*: oltre D.41.2.10.1 cit., D.10.3.7.8, D.36.4.5 pr., 5.22 eod., 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 citati; per la *missio damni infecti nomine ex primo decreto*: D.41.2.3.23, 10.1 eod., D.42.4.12 citati. 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. 32.

²⁴⁵ Cfr., per la *missio rei servandae causa*: Cic. pro Quintio, 27.84, D.39.2.15.20; per la *missio legatorum servandorum causa*: D.36.4.5 pr., 5.22 eod., D.39.2.15.20; per la *missio damni infecti nomine (ex primo decreto)*: D.39.2.15.20 cit.

²⁴⁶ Cfr., in riferimento alla *missio legat. serv. causa*: D.41.5.2 pr.

²⁴⁷ Cfr., in riferimento alla *missio legat. serv. causa*: D.41.2.3.23, 10.1 eod., D.43.17.3.8; per la *missio legat. serv. causa*: oltre D.41.2.10.1 cit., 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 citati; per la *missio dotis nomine*: D.41.2.3.23, 10.1 eod. e D.42.4.12 citati. - Secondo il SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*... 1 cit., 37ss., la *missio ventris nomine* avrebbe dato luogo a *possessio ad interdicta*. Contro KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*² (Köln-Graz 1956), 27 nt. 45.

²⁴¹ D.39.2.15.33 (Ulp. 53 ad ed.).

²⁴² D.39.2.5 pr. (Paul. 1 ad ed.); altri testi presso BONFANTE, *op. 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. cit.*, 418s.

²⁴³ D.39.2.18.15 (Paul. 48 ad ed.).

Sicchè, 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*²⁴⁸. 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 trattazione²⁴⁹.

Ma pure secondo la dottrina ulpiana, a mio giudizio, il terzo, di norma, non avrebbe potuto agire contro il *missus*²⁵⁰. 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 conseguen-

za, non avrebbe potuto compiere alcuna *restitutio*²⁵¹; chè la *restitutio*, nella rivendica, implicava l'acquisto del possesso da parte dell'attore²⁵². Solo con la collaborazione del debitore, pertanto, il *missus* avrebbe potuto *restituere*. Ecco perchè 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*²⁵³.

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*²⁵⁴. Sicchè

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, cit. *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.

²⁵⁰ Diversamente SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, 3 (Napoli 1940), 122ss.. 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: questa 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, 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 alla 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 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,

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 edittale "*ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*"²⁵⁵: 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 vittorioso²⁵⁶.

47. - Sull'esercizio della *rei vindicatio* contro il *missus* da parte dello stesso debitore abbiamo solo testimonianze indirette²⁵⁷. 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 debi-

tore contro di lui²⁵⁸ (solo che il debitore spossessato avrebbe 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*²⁵⁹.

La rivendica della *res fructuaria*

48. - 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, rela-

²⁵⁸ Sulla base di D.10.4.5.1 cit. bisogna ritenere che la *restitutio* del *missus* di fronte alla *rei vindicatio* del debitore avrebbe avuto contenuto diverso a secondo 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 *legat. serv. 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 legat. serv. 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 Interpol.* 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.

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. 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., 159ss.

²⁵⁶ Arg. ex D.43.4.1.4 (Ulp. 72 *ad ed.*); SOLAZZI, *op. 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.*, 37ss.; e già SOLAZZI, *Il concorso dei creditori...*, 3 cit., 122ss.

tiva 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 proprietario²⁶⁰. 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 fa²⁶¹, mi ha fatto pervenire però a risultati che mi sembra di potere fondamentalmente mantenere²⁶². Essi sono i seguenti.

²⁶⁰ Cfr. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AP*, 28 (1961), 36ss.; *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.*), cit. *supra*, § 40; e dai passi, che negano all'usufruttuario gli interdetti possessori in via diretta, accordando al loro posto *interdicta utilia*. Su ciò MARRONE, *Osservazioni su Vat. Fragm.* 90, in *Studi Biondi*, 2 (1965), 271ss.

²⁶¹ *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AP*, 28 (1961), 5ss.

²⁶² Nonostante le riserve espresse dal KASER, in *IVRA*, 13 (1962), 233ss., riserve peraltro non sempre motivate e, in ogni caso, non fondate su argomenti

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 allo 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 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. Chè i classici, e soprattutto i giuristi — occorre sottolinearlo — ebbero sempre viva coscienza che l'usufruttuario di un immobile —

persuasivi. Ritiene "in linea di massima esatta" la mia tesi il NICOSIA, *Studi sulla deiectione*, 1 (Milano 1965), 64.

secondo i principii — 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 lo 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 *coërcitio* 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 es., l'*uti frui* di una veste o di un vaso senza lasciare 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 principii regolatori dell'usufrutto romano.

49. - Per una compiuta dimostrazione di quanto si è fin qui affermato rinvio al mio lavoro, più in alto citato²⁶³. 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. titulo de liberali causa*): *Si de fundo proprietarium et fructuarium praedo expulerit...*

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...*

²⁶³ *Supra*, nt. 261.

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 tua*²⁶⁴. Giuliano, citato da Ulpiano, supponeva 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 accedere²⁶⁵.

Consideriamo adesso l'ipotesi che l'usufrutto avesse ad oggetto schiavi. Ebbene, che il nudo proprietario conservasse il diritto di disporne materialmente, è già indicato dal regime degli acquisti del servo in usufrutto, acquisti che — com'è noto — venivano ripartiti secondo certi criterii 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 principii ricordati, perchè 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 co-

munque al *dominus*²⁶⁶). Si tenga pure presente che l'eredità e i legati in favore del *servus fructuarius* — almeno secondo la dottrina che prevalse²⁶⁷ — andavano sempre al proprietario; e che, d'altronde, il servo accettava validamente solo dietro *iussus* del padrone²⁶⁸.

Nè va sottovalutata, per la tesi prospettata, la possibilità che lo schiavo in usufrutto tenesse il peculio *apud proprietarium*²⁶⁹. Un ulteriore argomento nella stessa direzione è costituito dalla *coërcitio*, che le fonti classiche attribuiscono al *dominus* pure se sul servo gravi usufrutto a favore di altra persona²⁷⁰.

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

²⁶⁴ Cfr. MOMMSEN, *Dig., ad h. l.*

²⁶⁵ Dubitare della genuinità del passo (così ARANCIO-RUIZ e BIONDI, citati nell'*Index Interp.*) solo perchè 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. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*² (Torino 1958), 212ss.

²⁶⁸ Cfr. KASER, *RPR*, 1, 226 e ivi nt. 9.

²⁶⁹ Cfr. D.15.1.37.3 (Iul. 12 *dig.*), 19.2 *eod.* (Ulp. 29 *ad ed.*).

²⁷⁰ Cfr. D.7.1.17.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*), D.47.10.15.37 (Ulp. 77 *ad ed.*).

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 fisicamente²⁷¹. Ciò perchè 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 c.d. *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 fatto²⁷²). Ond'è che il procedimento nossale seguiva il suo corso regolare solo se alla domanda l'interessato avesse dato risposta positiva.

Ebbene, dei delitti commessi dal *servus fructuarius* rispondeva il *dominus*²⁷³: era a lui che si rivolgeva direttamente la vittima del delitto, era lui che doveva, ove non avesse preferito pagare la *poena*, dare a nosa lo schiavo colpevole. E' 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. - 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, perchè 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, nè potrebbe pretendere²⁷⁴, 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 riguardo²⁷⁵. Nella formula relativa era inserita la clausola restitutoria, ma a differenza di quella propria della *rei vindicatio* e analogamente a quella propria delle *actiones negatoriae servitutis*, essa non subordinava la condanna alla mancata restituzione

²⁷⁴ Cfr. *infra*, § 58.

²⁷⁵ Su ciò e su quanto segue v. MARRONE, *La posizione possessoria* cit., 121ss.. Peraltro, pare che i classici usassero parlare solo di *actio negativa usus fructus*, non di *actio negatoria*: cfr. *ivi*, 121 nt. 1.

²⁷¹ Su ciò e su quanto segue v. MARRONE, *La posizione possessoria* cit., 74ss.

²⁷² Cfr. D.9.4.21.2.3 (Ulp. 23 *ad ed.*).

²⁷³ Cfr. D.7.1.17.2 (Ulp. 18 *ad Sab.*), D.9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*).

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 *servitutem 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*. Perchè 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 dello 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 allora, secondo la testimonianza di Ulpiano, si ricorreva alla *rei vindicatio*²⁷⁶.

Il testo — assieme ad un altro, pure di Ulpiano, di contenuto analogo²⁷⁷ — è assai significativo anche sotto altro riguardo, perchè 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 detenesse la cosa a nome dell'attore (nella specie, l'usufruttuario deteneva per il *dominus*)²⁷⁸.

51. - Altra ipotesi che conviene esaminare è quella dello 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 allo esercizio della nuda proprietà. Per casi come questo l'impiego

²⁷⁶ Si discute se Ulpiano, nel fr. 12 cit., avesse avuto riguardo ad un caso di rivendica esercitata *finito usu fructu* o durante l'usufrutto (per non avere l'usufruttuario prestato la *cautio fructuaria*). Nei due sensi, rispettivamente: MARRONE, *La posizione possessoria* cit., 132ss.; SANTORO, *Per la storia della condictio*, estr. *Studi Scaduto*, 1968, 21ss.

²⁷⁷ D.7.9.7 pr. (Ulp. 79 *ad. ed.*).

²⁷⁸ Cfr. *supra*, § 11 e segg. Al riguardo dei citati D.7.9.12 e 7 pr. cod. 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. i miei *Contributi* cit. (*supra*, nt. 30), nt. 107.

della rivendica è testimoniato²⁷⁹: 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; sicchè la *restitutio* del convenuto soccombente sarà limitata a ciò, *ut actor rem possideat, is cum quo agitur utatur fruatur*²⁸⁰.

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 espresso²⁸¹ circa la legittimazione passiva del detentore o possessore rispetto al dante causa.

52. - Resta a dire della rivendica del terzo in ordine ad una *res*, su cui alcuno eserciti i poteri corrispondenti allo 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.

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., 145ss., 37ss.

²⁸⁰ Cfr. D.10.4.5.1 cit.

²⁸¹ *Supra*, § 11 e segg.

Limite l'assunto ai soli beni immobili e agli schiavi, perchè le fonti, le quali negano il possesso interdittale ai soggetti che esercitano l'usufrutto, riguardano beni di tal fatta²⁸². 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 posizioni 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 all'*actio noxalis* era passivamente legittimato il *dominus*, pure quando si trattava di *servus fructuarius*)²⁸³, non può al riguardo essere privo di peso. Così come il *dominus* può dare a noxa il *servus fructuarius*, perchè 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

²⁸² Cfr. *supra*, nt. 260.

²⁸³ *Supra*, § 49.

restitutio comporta, come sappiamo, l'acquisto del possesso da parte del rivendicante²⁸⁴. 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 (c.d. *vacua possessio*)²⁸⁵. 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, perchè non avrebbe potuto legittimamente *restituere*: se l'avesse fatto, poichè 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*²⁸⁶).

La rivendica dei beni oggetto di pegno, sequestro e precario

53. - Le ipotesi di *rei vindicatio* in ordine a *res* date in pegno, in sequestro e in precario possono essere considerate assieme.

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. le mie Osservazioni su Vat. Fragm. 90 cit.

²⁸⁶ L'*interdictum unde vi* poteva essere esperito anche contro il non possessore: cfr. le mie Osservazioni su Vat. Fragm. 90 cit., 278 e ivi nt. 27. L'usufruttuario avrebbe potuto essere eventualmente chiamato a rispondere dal nudo proprietario con l'*actio ex cautione fructuaria*.

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 Plautio): *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, perchè 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*)²⁸⁷.

D.16.3.17.1 (Flor. 7 inst.): *Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est: nam tum demum sequestrer 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 (Pompon. 23 ad Sab.): *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.*

²⁸⁷ E' appena il caso di rilevare che il discorso di Giavoleno, nel fr. 16 cit., 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, il fr. 17 di Pomponio: ivi è precisato che il precarista godeva della difesa possessoria rispetto a terzi, non anche rispetto al *precario dans*²⁸⁸. La ragione è questa, che nell'*interdictum uti possidetis* in tanto il possessore prevale, in quanto possegga *nec vi nec clam nec precario* rispetto all'avversario (c.d. *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 precarista²⁸⁹ — la dottrina romanistica suole parlare di "possessori anomali", in considerazione del rilievo, per cui ai soggetti in questione faceva

²⁸⁸ Al *precario dans* il precarista — *qui precario possidet* — si rivolse a suo tempo per la concessione. E' per ciò che il *precario dans*, nel fr. 17, è detto "*eum, quem rogavit*".

²⁸⁹ V. le fonti presso BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3. *Diritti reali* (Roma 1933), 154ss.

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 considerazioni 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*²⁹⁰. 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.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, nt. 178.

In astratto, considerato quanto più su osservato circa la mancanza, presso i classici, di una concezione unitaria del possesso²⁹¹, 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 c.d. possessori anomali (e i concessionari di *agri vectigales*) erano sì possessori *ad interdicta*, ma quello loro non era possesso idoneo ai fini dell'*usucapione*. Sicchè, 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; chè — 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*²⁹².

Le considerazioni che seguono consentiranno di proporre una soluzione storica²⁹³, che avanza per ora come semplice congettura e con estrema cautela, consapevole della gravità del problema e della necessità di ben maggiore approfondimento di esso.

²⁹¹ Cfr. *supra*, § 24 e ivi nt. 114.

²⁹² Cfr. ad es. D.41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*). Della dottrina dell'*animus*, peraltro, è cenno in D.13.7.37 (Paul. 5 *ad Plantium*), testo relativo certamente alla *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,

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.²⁹⁴

Al riguardo, giova anche ricordare che certi risultati della dottrina romanistica più recente inducono a pensare come non pochi principii 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 principii²⁹⁵.

E' 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 definitivamente ri-

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: CANNATA, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 26 (1960), 71ss.; BURDESE, *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi Biondi*, 1 (1965), 517ss.; MASCHI, *Il diritto romano*, 1 (Milano 1966), 478ss.

²⁹⁵ V. ad es., in materia di furto: ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AP*, 23 (1953), 5ss.; *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* in *AP*, 25 (1966), 85ss.

tenute tali e come tali unanimamente riconosciute e per cui nessun grave motivo di opportunità suggerisse diversa soluzione. Sicchè 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*²⁹⁶. 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. E' 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 proprietà²⁹⁷.

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 restituzione del sequestratario; ciò, in pregiudizio delle ragioni dell'altro deponente. Ecco perchè 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 nè potuto restituirla finchè 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.

²⁹⁶ Per quanto riguarda il concessionario di *agri vectigales*, v. *supra*, § 38.

²⁹⁷ Cfr. KASER, *RPR*, 1, 329, 448.

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 cliente²⁹⁸, 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 interessi²⁹⁹. 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 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

²⁹⁸ Cfr. da ultimo ZAMORANI, *Precario habere* (Milano 1969), 15ss., 48.

²⁹⁹ Non appare giustificata la congettura dello ZAMORANI, *op. 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.

perdita del possesso del precarista, avrebbe neutralizzato ogni eventuale abuso.

54. - 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* nè erano possessori interdittali nè 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, finchè 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*, finchè 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 sè 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, perchè, 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*); nè, dal punto di vista dei rapporti obbligatori, finchè 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 perchè 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 causa³⁰⁰.

Che fosse il creditore pignoratizio ad essere legittimato di fronte alla rivendica del terzo, è saldamente attestato nelle fonti³⁰¹. Per quanto riguarda il sequestratario, mancano testimonianze dirette: ritengo però che le considerazioni che precedono siano largamente sufficienti a giustificare la prospettata soluzione positiva.

³⁰⁰ Eccetto che la soccombenza non fosse imputabile al convenuto.

³⁰¹ Cfr. D.20.1.31.1. (Scaev. 1 *resp.*); CI.8.13.9 (Gord., a. 239); CI.8.15.1 (Sev. et Anton., a. 194). Indirettamente, la legittimazione passiva del creditore

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 Pegaso³⁰².

Certo, la soluzione non poteva dirsi soddisfacente, nè giustificata dal punto di vista della opportunità. Da un canto, infatti, il *precarior dans* era sostanzialmente assai più qualificato del precarista a sostenere la lite di rivendica, anche sotto lo aspetto dell'interesse a *rem defendere*. Dall'altro, il *precarior dans*, considerata la sua facoltà di revocare liberamente la concessione, avrebbe potuto bene *restituere*. E' verosimile, pertanto, che al precarista, Ulpiano e quanti dividevano la sua tesi della *facultas restituendi* abbiano negato la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* esercitata dal terzo, riconoscendola invece al *precarior 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. - Vediamo ora la questione relativa alla legittimazione passiva di creditore pignoratizio, sequestratario e pre-

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 Plautio*), 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 al *precarior dans*, bisogna ritenere che il terzo potesse, alternativamente, esercitare la rivendica pure contro il *precarior dans*. Cfr., del resto, D.43.26.7 (Venul. 3 *interd.*)

rista 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 alto³⁰³: adesso non rimane pertanto che ribadire la soluzione positiva e rilevare come, direttamente per quanto riguarda creditore pignoratizio³⁰⁴ e indirettamente per quanto riguarda il sequestratario³⁰⁵, la convenibilità con la rivendica da parte del dante causa trova riscontro nelle fonti classiche giunte sino a 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 pignoratizio, 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 sappiamo³⁰⁶, 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 particolari³⁰⁷.

³⁰³ *Supra*, § 20.

³⁰⁴ Cfr. D.20.1.25 (Modest. 8 *regul.*), D.20.1.33 (Tryph. 8 *disp.*), CI.4.30.1 = CI.8.32.1 (Sev. et Anton., a. 197); D.13.7.40 pr. (Papin. 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. la mia *Actio ad exhibendum*, in *AP*, 26 (1958), 527ss.

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

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. Chè 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 pro-

rivendica (del dante causa contro il creditore pignoratizio) 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. (Papin. 11 *resp.*); CI.8.13.9 (Gord., a. 239), CI.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, CI.4.30.1 = CI.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, 113ss.; NARDI. *Studi sulla ritenzione*, 1, Milano 1947, 365ss.), 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. (Papin. 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, CI.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 cc. 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. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* (Philad. 1951), 228; KASER, *RPR*, 2, 210s.

prietà di una cosa: il sequestratario si impegnava 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*, perchè la formula dell'*actio pigneraticia in personam* subordinava il dovere di restituzione del creditore all'avvenuta soddisfazione del creditore medesimo³⁰⁸. 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*³⁰⁹.

Siamo in tema di Senatoconsulto Macedoniano. Questo — come è noto — aveva proibito i mutui ai *filiis familias*: al mutuante, il *filius* convenuto avrebbe potuto opporre, di regola, l'*exceptio senatus consulti Macedoniani*. Il caso di

specie è tuttavia tale che il Senatoconsulto non trovava applicazione, perchè 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* (e quale *pro filia* del fr. 7.2 possono interpretarsi nei due sensi). E' sottinteso che, per l'adempimento di questa *promissio dotis*, il *filius* sia corretto a contrarre mutuo. A garanzia, egli dà in pegno al mutuatario una *res* del padre. Ebbene, poichè 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* nè è (almeno, nella specie) per altro verso legittimato a costituirla in pegno.

Ora, nel fr. 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*)³¹⁰. Se questa però viene esercitata dal *filius* prima del-

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*, perchè la relativa *condemnatio* era subordinata all'avvenuta soddisfazione del creditore.

³⁰⁸ Cfr. LENEL, *Ed.* 3, 255.

³⁰⁹ Letteratura sul passo presso KASER, *In bonis esse*, in ZSS, 78 (1961), 212 nt. 122.

l'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.

Infine, questo passo ci attesta — assieme ad altri che per brevità mi sono limitato a richiamare in nota³¹¹ — la legittimazione passiva del creditore pignoratizio alla rivendica esercitata dal debitore³¹². 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*³¹³, non in virtù di *exceptio doli*. L'*exceptio doli*, che nel fr. 7.2 si oppone alla rivendica, ha pertanto una sola giustificazione: che l'azione è esercitata personalmente dal debitore prima ancora dell'adempimento³¹⁴.

³¹¹ *Supra*, nt. 307.

³¹² Non varrebbe invocare contro — come fa invece SIBER, 120s. — D.20.1.2 (Papin. 3 *resp.*): Papiniano, poichè 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., 25 eod., 31.1 eod.; CI.8.13.9 e CI.8.15.1, citati *supra*, nt. 307.

PARTE II

DOLO DESINERE POSSIDERE LITI SE OFFERRE UNUS CASUS

56. - In alcuni passi giurisprudenziali dei *Digesta* e in una costituzione, attribuita ad Alessandro Severo³¹⁵, 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 perchè *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 Giustiniano³¹⁶.

³¹⁵ I testi sono citati più avanti, nt. 322.

³¹⁶ Cfr. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in *Grünhut's Zeitschrift*, 37 (1910), 534ss.; MARRONE, in *IVRA*, 6 (1955), 323s.; KASER, *RPR*, 2, 212 e ivi nt. 17; TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in *Studi Cagliari*, 43 (1964), 160. Presso questi Autori, ulteriore bibliografia.

L'assunto convince. I giureconsulti del principato, una volta affermata la necessità del possesso nel convenuto ai fini della legittimazione passiva alla rivendica³¹⁷, discussero se tale possesso dovesse sussistere al tempo della *litis contestatio* e della sentenza o soltanto al tempo dell'una o dell'altra³¹⁸. 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 responsabilità del convenuto che *post litem contestatam dolo (aut culpa?) desiit possidere*³¹⁹.

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*³²⁰ 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 rivenderla, 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 pre-

³¹⁷ Cfr. *supra*, § 14.

³¹⁸ Non si trattava d'una questione di legittimazione passiva: cfr. *supra*, nt. 21. Sul tema accennato nel testo, v. letter. cit. presso MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*² (Palermo 1965), 117 nt. 59; *adde* TALAMANCA, *op. cit.*, 163.

³¹⁹ Cfr. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in ZSS, 51 (1931), 109ss.; *Restituere als Prozessgegenstand* (München 1932), 68.

³²⁰ E' 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, § 24.

tore 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)³²¹: 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, anzichè 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 c.d. *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 dalle precedenti considerazioni³²². Si vedano, ad es., D.6.1.36 pr. e CI.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.*

³²¹ Su tutto ciò, *supra*, § 7. E' 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*.

³²² Cfr., oltre D.6.1.36 pr. e CI.4.34.1, citati più avanti, anche D.6.1.25 (Ulp. 70 *ad ed.*), 52 eod. (Iul. 55 *dig.*), 27.3 eod. (Paul. 21 *ad ed.*), su cui LENEL, *op. cit.*, 535ss.; KASER, *RPR*, 2, 212 nt. 17.

A mostrare il carattere insitico delle parole *vel dolo desiit possidere*³²³, 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*.

CI.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*³²⁴.

Questa costituzione dell'imperatore Alessandro ci è giunta in doppio esemplare, non solo cioè attraverso il *Codex Justinianus*, ma anche attraverso una raccolta pregiustiniana, la *Romanarum et Mosaicarum legum Collatio* (o *lex Dei*). Ebbene, nel testo della *Collatio* (10.8) la stessa c., 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*

desiit possidere, che compare nel testo della c. così come è riprodotta nel *Codex Just.*, 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 sè e per sè 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 potè sussistere inalterato³²⁵; chè, 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* scomparire, l'*actio ad exhibendum*, nel suo impiego contro il *possessor*, è piegata ad altre funzioni³²⁶. Ma questi rimedi, nel diritto classico, reprimevano anche il comportamento di chi *dolo desiit possidere*³²⁷. Che allo stesso fine, nel diritto del *Corpus iuris*, fosse volta la rivendica, è, per quanto premesso, del tutto logico e naturale: anzi, in

³²³ Cfr. LENEL, *op. cit.*, 535; KASER, *l.c.*

³²⁴ Non importa qui che nel testo del Cod., e in quello corrispondente della *Collatio*, le parole *sed et in rem vindicatio* (prima di *competit*), siano glossate: cfr. *supra*, nt. 161.

³²⁵ Cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AP*, 26 (1958), 606s.

³²⁶ Cfr. MARRONE, *op. cit.*, 613ss.

³²⁷ Cfr. *supra*, nt. 321.

ordine agli immobili, necessario, essendo venuto meno, come si è ricordato, l'*interdictum quem fundum*.

57. - Altra ipotesi di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, che compare in testi attribuiti a giureconsulti classici³²⁸, è quella di chi *liti se optulit*, del non possessore³²⁹, 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 *clausola doli* della *cautio iudicatum solvi*³³⁰. La *cautio iudicatum solvi* si imponeva — quando si agiva per

³²⁸ D.6.1.7 (Paul. 11 *ad ed.*), 25 *eod.* (Ulp. 70 *ad ed.*), 27 *pr. cod.* (Paul. 21 *ad ed.*). V. anche D.5.3.45 (Celsus 4 *dig.*), 13.13 *eod.* (Ulp. 15 *ad ed.*), D.7.6.6. (Paul. 21 *ad ed.*), sebbene relativi alla *hereditatis petitio* (i *frr.* 45 e 13.13) e alla *vindicatio usus fructus* (il *fr.* 6).

³²⁹ Anche a questo proposito, mette appena conto di rilevare che si parla di "possesso" nel senso precisato *supra*, nt. 320.

³³⁰ Cfr., del resto, D.4.3.39 (Gai. 27 *ad ed. prov.*).

formulam petitoriam — ad ogni convenuto con azioni reali³³¹. Il convenuto prometteva, in forma di *stipulatio*, tra l'altro e per quanto qui rileva, *dolum malum abesse afuturumque esse*³³². Era, questa, la c.d. *clausola 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, perchè non possessore.

Questa tesi, proposta per la prima volta dal Beseler nel 1910³³³ e subito dopo ripresa ed esegeticamente approfondita dal Lenel³³⁴, è stata da uno studioso francese, il Maria³³⁵, e da altri Autori sulla sua scia³³⁶, corretta come segue. Poichè 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 nè 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 at-

³³¹ Cfr. Gai. 4.88-91.

³³² Cfr. D.46.7.19 *pr.* (Venul. 9 *stip.*).

³³³ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1 (Tübingen 1910), 28 *nt.*

³³⁴ LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum cit.*, 532ss.

³³⁵ MARIA, *Observations sur la possessio du défendeur à la rei vindicatio*, in *Études Girard*, 2 (1913), 223ss.

³³⁶ Soprattutto KASER, *Besitz und Verschulden cit.*, 101ss.; v. anche, dello stesso A., *RPR*, 1, 364; 2, 212 *nt.* 17; altra letteratura presso TALAMANCA, *op. cit.*, 134 *nt.* 5.

teggimento 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 *clausola 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 Talamanca³³⁷, 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)³³⁸. 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

³³⁷ TALAMANCA. Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem cit.*, 133ss.

³³⁸ *Supra*. § 14.

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 su³³⁹ circa il riferimento di D.6.1.9 all'attività non del *praetor*, ma del *iudex*. Se il fr. 9, 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 rivendica³⁴⁰.

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.

³³⁹ *Supra*, §§ 13-14.

³⁴⁰ In maniera analoga, brevemente: TALAMANCA, *op. cit.*, 177 nt. 168.

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 visto, pensa di sì: secondo questo Autore, sarebbe stato Celso il primo a sostenere tale tesi, in ciò seguito da alcuni tra i giureconsulti 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 isolato³⁴¹. D'altro canto, si tratta di passi rimaneggiati; in alcuni di essi, inoltre, sembra certo che originariamente fosse parola della *clausola doli* della *cautio iudicatum solvi*³⁴². 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)³⁴³. Questo principio appare saldissimo presso i classici³⁴⁴. 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*³⁴⁵. Gli sarebbe mancato, per ciò, un qualsiasi appiglio nella formula. In un solo modo, secondo me, Celso avrebbe potuto affermare il dovere del *iudex* della rivendica di condannare *qui liti se optulit*, operando cioè con una finzione giuridica, si 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*³⁴⁶.

In sintesi, dapprima *qui liti se optulit* era responsabile solo in virtù della *clausola doli* della *cautio iudicatum solvi* (e pertanto con l'*actio ex stipulatu*): in sede di rivendica. invece, il *iudex* non avrebbe potuto che assolverlo. E' 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

³⁴³ Cfr. *supra*, § 14, § 24.

³⁴⁴ Cfr. *supra*, § 18 e *ivi* nt. 65.

³⁴⁵ E' quanto, invece, pensa il TALAMANCA. *op. cit.*, 156ss.

³⁴⁶ V. anche D.7.6.6, cit. *supra*, nt. 328.

³⁴¹ Cfr. D.5.3.45 e 13.13 *eod.*, citati *supra*, nt. 328.

³⁴² Cfr. LENEL, *l.c.*: v. anche *Index Interp.*, a proposito dei singoli passi.

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. - 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 la 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 Chloros³⁴⁷, secondo la quale l'*unus casus* sarebbe addirittura inesistente: i compilatori delle *Institutiones* avrebbero fatto riferimento ad una nota 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 pressochè contemporaneamente (il

21 novembre 533 le *Istitutiones*, 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*. Nè è possibile superare la 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 *Istitutiones* e quella del *Digesto* intercorsero pochi giorni). I compilatori del *Digesto* conoscevano bene le *Istitutiones*; tra essi v'erano i tre autori delle *Istitutiones* (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 *Istitutiones*. Ebbene, se vi fossero stati motivi del genere, essi si sarebbero prospettati loro già prima della pubblicazione delle *Istitutiones*; e, in queste, sarebbe stato omissso il rinvio allo *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 necessario³⁴⁸. 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

³⁴⁷ CHLOROS, *Unus casus und die Digesten*, in ZSS, 74 (1957), 373ss.

³⁴⁸ Vedine una compiuta rassegna presso CHLOROS, *l.c.*

vero; ma, da un canto il fatto che il suo ammontare (*litis 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 accennato³⁴⁹ — 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 alto³⁵⁰ — 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, quale di essi ne sia in effetti il possessore, si pro-

cede prima con l'*interdictum uti possidetis* (per le cose immobili: *res soli*) o con l'*interdictum utrubi* (per le cose mobili), sì 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 — costituisce una ulteriore conferma di quanto affermato, dello 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 (I.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 possesso³⁵¹. 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 es., con il possesso rilevante ai fini della legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. Era, questo, un possesso *sui generis*.

³⁴⁹ *Supra*, § 6.

³⁵⁰ *Supra*, § 14.

³⁵¹ Cfr. *supra*, § 24 e ivi nt. 114.

Difatti, secondo quanto si è avuto modo di osservare ampiamente più in alto³⁵², 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 es., 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 parte³⁵³.

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, del tutto rientrante nella norma, di rivendica del non possessore contro il possessore. Ciò perchè — 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 es., 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 I.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 classico³⁵⁴. E' assai verosimile, pertanto, che fosse questo l'*unus casus*, cui fa riferimento I.4.6.2.

³⁵² *Supra*, § 24.

³⁵³ Su ciò *supra*, § 15.

³⁵⁴ Cfr. *supra*, § 50; v. anche D.7.9.7. pr., cit. *supra*, note 277-278. Peraltro, la prevalente dottrina, pure con diversa impostazione del problema e diversa valutazione dei fr. 12 e 7 pr. citt., ritiene appunto che l'*unus casus* fosse quello della rivendica del nudo proprietario contro l'usufruttuario.

CONCLUSIONI

59 - 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, pure 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. Cosicché 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 dai più 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 *fili familias* e *res* date in deposito, non direttamente documentate per quanto riguarda *res* concesse in precario (nonchè 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 principii 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 principii — 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 I.4.6.2.

INDICE - SOMMARIO

PREMESSE

1. La rivendica, in generale. La c.d. natura "petitoria" della rivendica	Pag. 5
2. La rivendica nella <i>legis actio sacramenti in rem</i>	» 8
3. La rivendica e l' <i>agere per sponsionem</i>	» 10
4. La rivendica nel processo <i>per formulas</i> . La fase <i>in iure</i> . La formula	» 12
5. Il <i>iudex</i> e la formula	» 16
6. La fase <i>apud iudicem</i> della rivendica formulare	» 17
7. I mezzi contro l' <i>indefensio</i> nel processo formulare	» 19
8. "Legittimazione" attiva e passiva. La legittimazione attiva nella <i>rei vindicatio</i> formulare	» 22
9. La legittimazione passiva nella <i>rei vindicatio</i> formulare: la struttura della formula e lo stato delle fonti	» 24

PARTE I

POSSESSORE, DETENTORE E LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA RIVENDICA

10. Struttura della formula e legittimazione passiva alla <i>rei vindicatio</i>	» 27
---	------

CAPITOLO I

La rivendica del dante causa contro il proprio detentore o possessore e il concorso tra rei vindicatio e altri rimedi rei persecutori

11. La tesi del Siber	» 33
12. Il principio, per il quale il <i>iudex</i> formulare era vincolato ai termini della formula, non subì deroghe	» 36

13. Egesi di D.6.1.9. Il passo riguardava l'attività del <i>iudex</i>	Pag. 42
14. Continua. Significato del contesto di D.6.1.9. Le dottrine di Pegaso e di Ulpiano riguardavano, fondamentalmente, la rivendica del terzo	» 47
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	» 51
16. L'assunto circa la legittimazione passiva del detentore alla rivendica del dante causa va riferito al detentore esclusivo	» 53
17. La questione di genuinità dell'elenco dei detentori in D.6.1.9	» 54
18. Non vale, contro l'assunto proposto, la circostanza che nelle fonti, la rivendica sia data generalmente contro il <i>possessor</i>	» 57
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	» 58
20. Non ha nessun fondamento la tesi, che esclude la rivendica del dante causa contro i c.d. 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	» 60
21. Non ha fondamento la tesi, per la quale, contro il detentore o possessore <i>nomine actoris</i> , il pretore avrebbe denegato la rivendica	» 61
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	» 63

CAPITOLO II

Le teorie di Pegaso e di Ulpiano

23. Giustificazione della dottrina di Pegaso. Non hanno fondamento certe diverse spiegazioni proposte al riguardo dagli studiosi	Pag. 67
24. La dottrina di Ulpiano. Genuinità della chiusa di D.6.1.9	» 73
25. L'impiego della rivendica contro il possessore con <i>animus domini</i>	» 81
26. L'impiego della rivendica nelle ipotesi, in cui chi era in una qual certa relazione di fatto con il bene rivendicato non aveva <i>animus domini</i> : quali di tali ipotesi saranno oggetto di indagine	» 82

La rivendica contro i *filiifamilias*

27. La rivendica contro i <i>filiifamilias</i> , negata da Pegaso e dai <i>quidam</i> di D.6.1.9, fu ammessa dai classici successivi	» 83
28. Per quali casi Ulpiano e quanti condividevano il suo punto di vista circa la legittimazione passiva alla rivendica ammisero la convenibilità del <i>filiusfamilias</i>	» 88
29. Considerazioni conclusive sulla legittimazione passiva dei <i>filiifamilias</i> alla rivendica	» 91

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 <i>quidam</i> 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	» 97

32. Ipotesi testuali di rivendica del terzo contro il depositario non possessore interdittale, ma con <i>facultas restituendi</i> . D.16.3.31.1	Pag. 99
33. Continua. CI.3.42.8 pr.	» 104
34. Considerazioni conclusive sulla rivendica del terzo in ordine a <i>res</i> date in deposito	» 107
35. La rivendica del deponente contro il depositario	» 107

La rivendica della res commodata

36. Le soluzioni relative alla rivendica della <i>res commodata</i> furono analoghe a quelle relative alla rivendica della cosa depositata	» 110
--	-------

La rivendica della res locata

37. Il problema della rivendica della <i>res locata</i> non può essere posto unitariamente	» 112
38. La concessione di <i>agri vectigales</i> . La rivendica del terzo	113
39. La rivendica del concedente contro il concessionario di <i>agri vectigales</i>	» 117
40. I coloni e la loro posizione possessoria	» 117
41. Gli inquilini e la loro posizione possessoria	» 126
42. La rivendica del terzo nel caso di immobili locati a coloni e inquilini	» 130
43. La rivendica del <i>locator</i> contro coloni e inquilini	» 132
44. La rivendica della <i>res locata</i> nelle altre ipotesi di locazione	» 133

La rivendica dei beni oggetto di missio in possessionem

45. Le <i>missiones in possessionem</i>	» 135
46. La rivendica del terzo	» 138
47. La rivendica dello stesso debitore	» 142

La rivendica della res fructuaria

48. La posizione possessoria del nudo proprietario	» 143
49. Continua. Argomenti in favore dell'assunto	» 147

50. La rivendica del proprietario contro il preteso usufruttuario di immobili e servi	Pag. 151
51. La rivendica del proprietario contro il preteso usufruttuario di beni diversi da immobili e servi	» 153
52. La rivendica della <i>res fructuaria</i> da parte di un terzo	» 154

La rivendica dei beni oggetto di pegno, sequestro e precario

53. Il possesso di creditore pignoratizio, sequestratario e precarista	» 156
54. La rivendica del terzo	» 165
55. La rivendica dello stesso dante causa	» 167

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 desitit possidere</i>	» 173
57. La questione della legittimazione passiva alla <i>rei vindicatio</i> di chi <i>liti se optulit</i>	» 178
58. L' <i>unus casus</i> di I.4.6.2	» 184
59. CONCLUSIONI	» 191

Finito di stampare presso la I. G. E. S.

Palermo, Marzo 1970