



SCUOLA DI DOTTORATO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO BICOCCA

Dipartimento di
SCIENZE GIURIDICHE

Dottorato di Ricerca in SCIENZE GIURIDICHE Ciclo XXIX

Curriculum in DIRITTO ROMANO E DIRITTI
DELL'ANTICHITÀ

PROFILI DELLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALL'AZIONE DI RIVENDICA

Cognome PORETTI
Nome DARIO
Matricola 787831

Tutore: Chiar.mo Prof. ALBERTO MAFFI

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa MARGHERITA RAMAJOLI

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

Textus crescit cum legente

Ai miei genitori

SOMMARIO

Introduzione	3
--------------------	---

CAPITOLO 1

1. Il diritto di proprietà, le proprietà	7
1.1. L'età arcaica	9
1.2. La nozione classica di proprietà	12
1.3. Paralipomeni	15
2. La protezione quiritaria della proprietà	16
2.1. <i>Agere lege</i>	18
2.2. <i>Agere per sponsionem</i>	25
2.3. <i>Agere per formulam petitoriam</i>	27
2.4. <i>Excursus: la rei vindicatio nella cognitio extra ordinem</i>	30
3. La formula petitoria	31
3.1. <i>Iudicis nominatio</i>	33
3.2. <i>Intentio</i>	34
3.3. <i>Arbitratus de restituendo</i>	41
3.4. <i>Condemnatio</i>	47

CAPITOLO 2

4. La legittimazione	53
5. La legittimazione passiva alla <i>rei vindicatio</i>	70
6. L'analisi testuale del passo	81
7. La versione di Ulpiano	84

8. Verifica della legittimazione e tenore letterale della formula.....	92
--	----

CAPITOLO 3

9. La ricostruzione del pensiero pegasiano	105
10. Detenzione per conto di un terzo o derivante dall'attore	107
11. La casistica di esclusi dalla rivendica	114
12. Quale possesso per la rivendica?	117
13. Il concorso tra <i>rei vindicatio</i> e <i>actio in personam</i>	123
14. <i>Facultas restituendi</i>	134
Conclusioni	149
Bibliografia	155

INTRODUZIONE

Il tema della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* si presenta affatto vasto e complesso¹: il presente lavoro non

¹ La letteratura a riguardo è vasta: G. W. WETZELI, *Der römische Vindication Prozess*, Leipzig, 1845; H. LAST, *Rei vindicatio*, in *Grunuth zeitschrift*, XXXVI, 1909, p. 433 ss; O. LENEL, *Rei vindicatio*, in *Grunuth zeitschrift*, XXXVII, 1910, p. 515 ss; W. LEONHARD, *Rei vindicatio*, in RE, IAI, Leipzig, 1914, p. 557 ss; H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, Leipzig, 1907; P. MARIA, *Observation sur la possession du défendeur à la 'rei vindicatio'* in *Études Girard*, II, Parigi, 1913, p. 227 ss; A. BEACHET, *Rei vindicatio*, in DS, IV, Parigi, 1918, p. 828 ss; O. LENEL, *Das edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, 185; A. R. HERDLITCZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindicationsfklägten im klassischen römischen Recht*, in ZSS, II, 1929, p. 304 ss; M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in ZSS, LI, 1931, p. 92; H. LÉVY-BRUHL, *La formule vindicatoire*, in RHD, XI, 1932, p. 205 ss.; A. BERGER, *Vindicatio*, in *Encyclopedic Dictionary of roman law*, Oxford, 1932, p. 766 ss; R. DÜLL, *Vom 'vindex' zum 'Vindex'*, in ZSS, LIV, 1934, p. 101 ss.; F. SENN, *La leçon de la Rome antique sur la notion de 'vindicatio'*, in RHD, XV, 1936, p. 401 ss.; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto soggettivo*, Milano, 1939, p. 358 ss.; P. NOAILLES, *'Vindicta'*, in RHD, XIX-XX, 1940-41, p. 1 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947, p. 338 ss; R. FEENSTRA, *Reclame en Reivindicatie*, Haarlem, 1949; M. KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in ZSS, LXVIII, 1951, p. 131 ss; E. LEVY, *West Roman vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 202 ss.; E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva*, in *Il Filangieri*, XXXX, 1951, p. 321 ss.; G. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 103; G. PUGLIESE, *Sentenza di rivendicazione ed acquisto della proprietà in diritto romano*, in RIDA, III, 6, 1959, p. 347 ss.; G. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di 'actio in rem per sponsionem'*, in *Studi Albertario*, I,

si prefigge, per ovvie ragioni, di compierne una ricognizione esaustiva, quanto piuttosto di concentrarsi su alcuni aspetti che si rilevano dall'esegesi di D. 6.1.9. Trattandosi del principale mezzo di tutela del diritto di proprietà, cioè l'azione attraverso cui l'attore -affermando di essere proprietario della *res litigiosa*- mirava alla restituzione della disponibilità possessoria, s'è ritenuto necessario premettere un inquadramento storico sia in merito al diritto stesso, che una visione diacronica degli strumenti atti a tutelare tale diritto: in particolare

Milano, 1959, p. 167 ss.; G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, I, Roma, 1962, p. 75, p. 357; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1966, p. 205; R. ASTOLFI, *Rei vindicatio*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 366 ss.; M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*, Monaco, 1968, M. MARRONE, *La facultas restituendi di D.6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.)*. *Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica in Studi Scaduto*, III, Padova 1970, p. 536 ss; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1971, p. 229 ss.; M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi Scherillo*, I, Milano, 1972, p. 341 ss.; G. PROVERA, *'Indefensio' e legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, p. 213 s.; M. MARRONE, *La rivendica contro i filii familias* in *Studi Grosso*, VI, Torino 1974, p. 293 ss; G.W. THÜR, *'Vindicatio' und 'Deductio' in frühromischen Grundstückstreit*, in *ZSS*, LXXXIV, 1977, p. 293 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, p. 294; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 71; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1990, p. 312 ss.; J.F. STURM, *La nature juridique de la 'rei vindicatio'*, in *Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam, 1995, p. 505 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1996, p. 407; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1999, p. 318 ss.

concentrando l'attenzione sulla formula petitoria, rimedio tipico dell'età classica secondo il sistema formulare. Ulteriore attenzione sarà dedicata alla nozione di legittimazione che, seppur sconosciuta alle fonti romane, risulta tuttavia categoria funzionale alla descrizione delle condizioni che dovevano essere recensite al fine di individuare il soggetto che fosse convenibile in giudizio. L'opponibilità *erga omnes* del diritto di proprietà, infatti, non permetteva di esperire l'azione avverso qualsiasi soggetto: sarebbe stato infatti necessario che fosse chiamato in giudizio l'individuo all'uopo legittimato, non solo per ragioni di economia processuale, quanto per l'efficacia stessa dell'attività giurisdizionale.

Avvicinandosi al passo emerge certamente un'eterogenea pluralità di questioni: anzitutto la controversia tra le posizioni di Pegaso e di Ulpiano, nonché la questione se tale divergenza riguardasse anche il caso della rivendica avverso un convenuto che derivasse il possesso o la detenzione dall'attore o solamente quello di detenzione e possesso derivante da terzi, ma anche la spettanza al pretore o al giudice dello scrutinio in merito alla titolarità di legittimazione passiva in capo al convenuto, che incideva sull'esperimento di *interrogatio in iure*. Sarebbero stati da indagare gli effetti di una *indefensio* del convenuto, la suddivisione degli oneri probatori, la responsabilità per il danneggiamento o il perimento della *res litigiosa ante litem contestatam*, o la legittimazione del soggetto *qui liti se optuli*.

Nelle pagine che seguono ho cercato di focalizzare l'attenzione essenzialmente su tre quesiti, che mi pare emergano con chiarezza dal testo, la cui disamina potrebbe condurre ad una ricostruzione più chiara di alcuni profili, a mia idea essenziali, inerenti la legittimazione passiva all'azione di rivendica. Un primo interrogativo verte

sull'opinione di Pegaso, con particolare attenzione ai limiti che questo giurista riteneva sussistere nel poter convenire in giudizio il detentore. In secondo luogo sul caso del detentore convenuto in giudizio dal proprio dante causa e sulla di lui legittimazione passiva. Inoltre riguardo all'opinione di Ulpiano, ci si deve domandare che cosa avrebbe concretamente significato il rimando alla *facultas restituendi*.

CAPITOLO 1

1. IL DIRITTO DI PROPRIETÀ, LE PROPRIETÀ

Con il termine “proprietà” si è soliti descrivere il più ampio diritto che un privato possa vantare su di un bene². Il diritto romano lo conobbe sin dai tempi più remoti, seppur non univocamente, ma sotto nomi differenti, in epoche diverse³. Alla differenza onomastica corrispondeva, evidentemente, anche una diversità nel contenuto del diritto stesso, influenzato dalle contingenze economiche, non meno che dall’evoluzione antropologica della società⁴.

“*Proprietas*” è lemma che appare solo in età imperiale, eppure il contenuto essenziale di tale diritto trova riscontro sia nelle fonti di diritto romano classico, che in quelle giustinianee, da cui trae origine la definizione moderna⁵. In punto è necessario sgomberare il campo da un pericoloso equivoco: il diritto romano non conosceva una vera e propria definizione univoca della proprietà,

² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. rom.)* in ED, XXXVII, Milano, 1988, p. 218 ss; F. SITZIA, *Le proprietà moderne e le proprietà romane* in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 218 ss.

³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 291.

⁴ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 291.

⁵ Il termine *proprietas* emerge con riferimento all’usufrutto, che la comprimeva, parlando in proposito di *nuda proprietas*, cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 447.

paragonabile a quelle diffuse nelle moderne codificazioni⁶. Ci si limitava ad enumerare le facoltà che spettavano al titolare del diritto⁷: *utendi*, *i.e.* il diritto di utilizzare il bene; *fructuendi*, *i.e.* il diritto di percepirne i frutti, civili e naturali; *abutendi*, *i.e.* il diritto di disporre liberamente della cosa e, quindi, poterla vendere, donare, distruggere⁸. Al contempo, per assicurare il godimento del diritto, i Romani avevano conferito al titolare alcuni diritti processuali: anzitutto il diritto di respingere ogni atto di ingerenza, attraverso l'*actio negatoria*⁹, ma anche di ottenere ristoro se un terzo avesse danneggiato il bene, grazie all'*actio legis Aquiliae*¹⁰. Soprattutto al titolare della proprietà era garantito il diritto di rivendicare la cosa contro chiunque la possedesse:ciò attraverso lo strumento processuale della *rei vindicatio*, che conferiva al titolare un vero e proprio diritto c.d. “di seguito”¹¹.

⁶ Basti ricordare in proposito Giavoleno che affermava “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*” D. 50.17.202 Iav. 11 *epist.*;

⁷ D. 7.6.5.pr Ulp. 17 *ad ed.*

⁸ A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 187 ss.

⁹ P. C. ES, *De actio negatoria: een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, Nijmegen, 2005, p. 58 ss.

¹⁰ A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova, 2008, p. 10 ss.

¹¹ C. A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 399; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 441 ss; A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 657; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 473 ss; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1988, 215 ss; J. D. HARKE, *Römisches recht*, Monaco, 2008, p. 218; M. KASER, *Das Römische privatrecht*, I, Monaco, 1971, p. 432 ss; M. KASER, *Das Römische privatrecht*, II, Monaco, 1975, p. 261 ss; M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, Monaco, 2005, p. 137; T. MAYER-MALY, *Römisches Recht*, Vienna/New York, 1999, p. 82 ss; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Parigi, 2000, p. 221; R. MONIER, *Manuel élémentaire de*

La proprietà è il diritto reale per eccellenza, il più ampio. Esso si contrappone sia al possesso, come mera situazione di fatto rilevante ai fini del diritto, sia ai diritti reali c.d. “limitati”. Infatti questo diritto, pieno ed assoluto per sua natura e nella sua origine, poteva essere oggetto di restrizioni secondo diverse forme prestabilite dal *ius civile*¹². Ciò significava che il proprietario poteva concedere ad un terzo il godimento del proprio bene con limiti di diversa natura: o costituendo dei veri e propri diritti reali limitati, *e.g.* una servitù rustica, o costituendo delle obbligazioni, *e.g.* locando il bene¹³. Al cessare di tali restrizioni, il proprietario riotteneva il pieno ed intero dominio sul bene, secondo il c.d. principio di elasticità del dominio¹⁴. Infatti la proprietà costituiva un potere assoluto, che non conosceva altri limiti se non quelli dati dalla sua estensione nello spazio ed era considerata perpetua, cioè illimitata nel tempo, ed opponibile *erga omnes*¹⁵. Altri limiti, cui la proprietà poteva essere sottoposta, trovavano il loro fondamento nel diritto consuetudinario, nel diritto sacro, nel diritto pubblico o in alcune limitazioni di diritto privato riguardanti specialmente i rapporti di vicinato¹⁶. Il modello che abbiamo fin qui descritto, riferibile all’età classico-giustiniana, è il frutto di una lunga evoluzione storica¹⁷.

droit romain, Parigi, 1977, p. 354 ss; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1929, p. 277.

¹² M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 400;

¹³ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 303 – 305.

¹⁴ Inst. 2.4.4

¹⁵ A. PITOIS, *Droit romain*, Parigi, 1923, p. 148 ss.

¹⁶ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 449 ss.

¹⁷ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 293 ss.

1.1 L'età arcaica

La nozione più antica, propria dello *ius civile vetus*, è quella di *mancipium*: tale era il complesso dei poteri domestici del *paterfamilias*, *patria potestas* sui figli, *manus* sulla moglie e *potestas* sui *liberi in mancipio*, esercitati non diversamente dalla proprietà sulle cose¹⁸. *Mancipium* era qualcosa di diverso -e più ampio- del diritto di proprietà. Nel vocabolario giuridico arcaico, non abbiamo fonti che isolino un sostantivo destinato ad indicare il potere sulle cose: ciò lascia presumere che tale diritto fosse inteso, semplicemente, come una forma peculiare della signoria che si esercitava nei confronti delle persone sottoposte¹⁹.

Rispetto al concetto classico di proprietà, quello di *mancipium* risultava non solo più esteso, ma anche meno specifico, in quanto includeva in sé anche i precursori dei diritti reali cc.dd. limitati, né permetteva di identificare una chiara distinzione tra proprietà e possesso, in quanto la proprietà era concepita semplicemente come una forma di possesso qualificato²⁰.

Presupponendo questa scarsa chiarezza dogmatica, risulta altrettanto vero che, agli albori della civiltà quiritaria, l'unico diritto reale riconosciuto nelle sue peculiarità sembrerebbe essere stato quello di proprietà. Infatti, prendendo ad esempio le servitù rustiche, la dottrina ha affermato che esse fossero concepite non già come un autonomo diritto reale limitato, diverso dalla proprietà,

¹⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1976, p. 349 ss.

¹⁹ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 628.

²⁰ M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 116.

quanto piuttosto come una cessione di parte della proprietà, che si restringeva per la funzione di servitù. Così si potrebbe dire del sequestro, che precedette storicamente il pegno, altro non fosse che una forma di proprietà²¹. Ma ancor più è doveroso notare come la proprietà non fosse chiaramente distinta dal possesso, ma concepita semplicemente come “miglior diritto” a possedere nei confronti di altri oppositori²².

Si discute, inoltre, se in antico la proprietà fosse riservata ai soli beni mobili poiché sui beni immobili, essenzialmente il suolo, esisteva solamente un potere collettivo delle *gentes*²³. La struttura con cui si svolgevano *mancipatio* e *vindicatio*, che presupponevano la necessaria apprensione fisica del bene, lascia pensare che questi atti giuridici fossero stati creati per beni mobili²⁴. Anche sotto l’aspetto semantico, l’antico nome dell’intera proprietà sui beni domestici “*familia pecuniaque*”, non esprime richiami alla terra²⁵. Nonostante ciò, è sicuro che il riconoscimento della proprietà della terra a ciascuna famiglia avvenne abbastanza presto²⁶: nota è infatti la vicenda metastorica per cui Romolo assegnò a ciascun cittadino “*bina iugera*” di territorio a titolo di *heredium*, mentre gran parte del suolo rimase a disposizione della collettività, c.d. *ager publicus (i.e. populicus)*²⁷.

²¹ M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 402.

²² E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 294.

²³ E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 392 ss.

²⁴ G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, p. 9.

²⁵ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 485 ss.

²⁶ M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 119.

²⁷ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 293 ss.

Da ultimo, risulta necessario osservare come in età antica non si soppesassero i beni, che ne sono l'oggetto, nell'ottica della proprietà privata, quanto piuttosto per il ruolo da essi svolto in seno alla compagine familiare²⁸. In tale guisa era fondata la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*: le prime, *res pretiosiores*, godevano di una particolare posizione e, per il loro valido trasferimento, l'ordinamento richiedeva che fosse posto in essere un atto solenne e formale di *ius civile*, in *iure cessio* o *mancipatio*²⁹, la quale, per esempio, poneva il compratore in una posizione migliore, rispetto ad altri metodi per il trasferimento della proprietà, in virtù della garanzia, c.d. *auctoritas*, cui era sottoposto il venditore³⁰.

1.2. La nozione classica di proprietà

La nozione di *dominium ex iure Quiritium* andò formandosi scindendo dal *mancipium* alcune potestà reali, di godere e disporre di cose e schiavi. Le trasformazioni economico-sociali permisero alla nozione di dominio di acquisire specificità, estromettendo i poteri che ordinavano le relazioni tra i membri nelle *familiae*, in favore del riconoscimento della proprietà sulle *res nec Mancipi*, invece escluse dal *mancipium*, seppure con significative differenze rispetto alle *res Mancipi*³¹.

La transizione al concetto classico di proprietà avvenne sia grazie all'evolversi della scienza giuridica, che attraverso

²⁸ A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 293.

²⁹ O. BEHRENS, *La Mancipatio nelle XII tavole* in IURA, XXXIII, 1982, p. 46

³⁰ P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Ginevra, 2008, p. 466.

³¹ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 628.

alcuni mutamenti intervenuti nella procedura civile. Tuttavia non si addivenne ad un unico concetto di proprietà, quanto piuttosto a diverse tipologie di proprietà, che trovavano fondamento in diverse situazioni di appartenenza³².

“*Dominium*” in senso proprio indicava la proprietà di *ius civile* il c.d. *dominium ex iure quiritium*, riservato ai cittadini romani, avente ad oggetto solo beni mobili ed il suolo Italico³³. Tale situazione di appartenenza, per essere valida ed efficace, postulava la coesistenza di un pluralità molto articolata di requisiti, retaggio delle antiche formalità di *ius civile*.

Poteva quindi accadere che il Pretore fosse chiamato ad intervenire per riconoscere e proteggere la proprietà, correggendo o emendando *ius civile*. Si osservi il caso di colui che avesse ricevuto una *res Mancipi* da un proprietario quiritario, ma attraverso una semplice *traditio*, se costui si fosse visto convenire in giudizio di *rei vindicatio*, prima dello scadere dei termini necessari alla *usucapio*, si sarebbe visto accordare una *exceptio*, che avrebbe paralizzato l’azione di diritto civile. Gaio ci dice che questa forma di appartenenza era definita “*in bonis*”³⁴ ed era pertanto conosciuta come dominio bonitario o proprietà pretoria³⁵. Infine, per ovvie ragioni, se il possesso fosse stato acquistato *a non domino*, non sarebbe stato sorretto dalla tutela del Pretore³⁶.

Com’è noto, sussistevano persino situazioni in cui un soggetto fosse ad un tempo proprietario civile e

³² A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 297.

³³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 298 ss.

³⁴ Gai 1.54.

³⁵ A. D’ORS, *Derecho privado*, cit., p. 189.

³⁶ Gai 2.40 ss.

proprietario bonitario: in tali casi si parlava di *duplex dominium*³⁷, onde si riceveva tutela sia per diritto civile che per diritto pretorio. In punto è bene considerare che, seppur in via di principio la proprietà civile si imponesse sulla proprietà pretoria, ogni volta che il proprietario bonitario avesse ricevuto per giusta causa la cosa dal proprietario civile, si sarebbe visto garantire dal Pretore la protezione offerta dall'*actio Publiciana*. Il proprietario civile avrebbe ben potuto utilizzare l'*exceptio iusti dominii*, ma se costui avesse effettivamente venduto e trasferito la cosa, al proprietario bonitario sarebbe stato permesso di inserire nella formula una *replicatio rei venditae et traditae*, che gli permettesse di conservare il possesso³⁸. Il possesso che perdurasse per il tempo prescritto dallo *ius civile* avrebbe prodotto l'acquisto del *dominium ex iure Quiritium*, grazie al meccanismo della *usucapio*³⁹.

Possiamo dunque arguire come se da un lato certamente l'obiettivo mediato fosse quello del conseguimento del *dominium ex iure Quiritium*, l'immediatezza della tutela pretoria, garantisse al dominio bonitario una forza affatto peculiare, specie in sede processuale.

Infine l'ordinamento conosceva un terzo tipo di appartenenza, relativo ai fondi provinciali⁴⁰. Questi non godendo di *ius italicum*, non avrebbero potuto essere oggetto di *dominium ex iure Quiritium*. Fino alla tarda Repubblica i terreni delle province erano considerati di

³⁷ Gai. 1.54; Gai. 2.40; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, Milano, 1989, p. 49 ss.

³⁸ M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 403.

³⁹ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 210; A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 651; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 421 ss; M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 418.

⁴⁰ A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 296.

proprietà dello Stato, cui era necessario pagare una rendita per il godimento⁴¹. Successivamente porzioni degli stessi vennero assegnate ai privati, nelle più varie forme di *uti, frui, habere, possidere*: manifestandosi in forma simile a quella della vera e propria proprietà quiritaria, la c.d. proprietà provinciale iniziò ad essere protetta dalla giurisdizione del Pretore, in proposito si parlava di *possessio vel usufructus*⁴². Questa tripartizione venne meno con il diritto giustiniano che uniformò la nozione di proprietà come “*plena in re potestas*”⁴³, che è quella che ancora oggi conosciamo.

1.3 Paralipomeni

Per concludere e comprendere l’importanza che assumeva la difesa del diritto di proprietà, possiamo così sintetizzare le funzioni che esso rivestiva all’interno della compagine sociale del popolo Romano: anzitutto la proprietà costituiva un modo di assicurare stabilità ai fondamenti politici dello Stato, nella misura in cui essa era in grado di garantire la concordia sociale tra le classi, come i rapporti tra gli individui. Tale diritto assolveva pertanto ad una funzione ordinatrice: “*suum cuique tribuere*”⁴⁴.

Essa inoltre concretizzava una posizione protetta *erga omnes*, anche nei confronti dello Stato, il quale doveva solo impegnarsi a garantirne il pacifico godimento, senza discutere riguardo alla distribuzione dei beni stessi. La

⁴¹ E. CANTARELLA, *Diritto romano*, cit., p. 394 ss.

⁴² Gai 2.7

⁴³ Inst. II, IV, 4;

⁴⁴ Cic. *de off.* II,22,78.

proprietà romana è infatti individuale e poggia esclusivamente su atti di natura privata⁴⁵.

In sintesi possiamo, quindi, affermare che la nozione romana di proprietà possedesse una fisionomia ambivalente: caratterizzata da un marcato individualismo poiché privata, cioè di pertinenza esclusiva del singolo, ma al contempo assolveva ad una funzione di ordine sociale⁴⁶.

2. LA PROTEZIONE DELLA PROPRIETÀ QUIRITARIA

L'ordinamento garantiva diversi mezzi a protezione del diritto dominicale, sia rispetto all'altrui impossessamento che all'indebita asserzione di titolarità del diritto medesimo.

L'archetipo degli strumenti a difesa e tutela della proprietà era la *rei vindicatio*. A questa si affiancavano ulteriori strumenti tra i quali è bene ricordare l'*interdictum quem fundum* e l'*actio ad exhibendum*⁴⁷, l'*actio negatoria* e l'*exceptio iusti domini*⁴⁸. Erano previste, inoltre, delle azioni di carattere penale: è di tutta evidenza come il furto pregiudicasse il *dominium*, per tale ragione erano esperibili l'*actio furti*, l'*actio legis Aquiliae*, nonché la *condictio furtiva*⁴⁹.

⁴⁵ B. SCHMIDLIN/C.A. CANNATA, *Droit privé romain*, I, Losanna, 1988, p. 177.

⁴⁶ W. SIMSHÄUSER, *Sozialbindungen des spätrepublikanisch-klassischen Privateigentums in Festschrift H. Coing*, Monaco, 1984, p. 329 ss.

⁴⁷ M. LEMOSSE, *Ad exhibendum in Iura*, XXXIV, 1983, p. 67.

⁴⁸ A GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 657.

⁴⁹ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 276

Tuttavia, nell'ordinamento di *ius civile*, la *rei vindicatio* costituiva il principale mezzo di tutela della proprietà: era l'azione che, in diritto romano classico, spettava al *dominus ex iure quiritium*, il quale non si fosse trovato nel possesso del bene, contro il possessore non proprietario. Essa aveva un duplice fine: riconoscere il diritto di proprietà in capo all'attore ed ottenere la restituzione della cosa⁵⁰, ovvero, in taluni altri casi, la condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro⁵¹.

Se, come dicevamo, la *rei vindicatio* risulta essere stato il prototipo degli strumenti a tutela della proprietà, è altrettanto vero che al proprietario spossessato sarebbe stata accordata dal Pretore anche la tutela per il fatto possessorio stesso, che spesso sarebbe risultata più celere e di assai più facile soluzione. Ad esempio gli sarebbe spettata l'*actio Publiciana*, tramite cui, giovandosi della propria buona fede, avrebbe raggiunto il tempo necessario ad usucapire. Questa procedura, affatto più semplice, avrebbe avuto un peso decisivo nelle scelte difensive, in quanto avrebbe sgravato il proprietario del gravoso onere probatorio⁵² che accompagnava ogni domanda di *rei vindicatio*.

A prescindere da considerazioni di economia processuale, resta il fatto che la tutela della proprietà si ottenesse in

⁵⁰ In proposito si noti che, almeno fino al Basso Impero, la *rei vindicatio* si presenta sotto l'aspetto di un'azione puramente reale, nel senso che essa appariva diretta contro la cosa stessa, oggetto del diritto di proprietà contestato, e non, invece, contro un individuo in particolare.

⁵¹ M. KASER, *Das Römische*, cit., p. 126 ss.

⁵² G. LONGO, *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *IURA*, XI, 1960, p. 149 ss.; M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Milano, 1956, p. 200.

primo luogo attraverso il giudizio di *rei vindicatio*, che assunse diversa ritualità con i regimi delle *legis actiones*, delle *formulae* e della *cognitio extra ordinem*.

2.1 *Agere lege*

La forma più antica di rivendica, ascrivibile al periodo della codificazione decemvirale, fu quella della *legis actio sacramento in rem*: essa prevedeva che entrambe le parti affermassero il proprio diritto di proprietà e che l'azione si risolvesse in una semplice dichiarazione su quale dei due fosse il vero ed unico proprietario⁵³.

La prima fase del processo, quella *in iure*, si svolgeva davanti ad un magistrato e presupponeva la presenza fisica delle parti litiganti con la *res litigiosa*. Alcuni ritengono che quest'ultimo requisito sia probabilmente dovuto al fatto che tale procedura fosse stata creata in un'epoca in cui gli immobili, consistenti quasi esclusivamente nei fondi terrieri, non potevano essere alienati⁵⁴. Altri ritengono, invece, che fosse il pretore stesso a recarsi presso l'immobile conteso⁵⁵. Altri ancora ritengono che venisse tradotto in giudizio una parte dell'immobile a puro titolo simbolico, a significare la presenza in giudizio della cosa contesa⁵⁶.

⁵³ G. NICOSIA, *Agere lege*, in *Silloge*, vol. II, Catania, 1998, p. 431 ss.

⁵⁴ C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. I Le legis actiones*, Torino, 1980, p. 13.

⁵⁵ G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, Torino, 1980, p. 112.

⁵⁶ G. SCHERILLO/F. GNOLI, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, 2003, p. 289.

Il procedimento viene descritto da Gaio nelle Istituzioni⁵⁷: prendiamo ad esempio il caso in cui Tizio si affermi proprietario di uno schiavo e lo rivendichi da Caio, che ne sia possessore.

Tizio, mettendo la mano sulla cosa, cioè sullo schiavo, recitava la solenne formula rituale, c.d. “*vindicatio*”⁵⁸: “*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam;*” - con ciò dichiarandosi il proprietario del bene - “*sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui*”⁵⁹, quindi imponeva sul servo la *festuca* o *vindicta* - stilizzazione di una lancia - in segno di autorità, ma anche di autodifesa. Caio, se avesse voluto *rem defendere*, avrebbe dovuto compiere una *contravindicatio* sovrapponibile, ma opposta alla prima, utilizzando la stessa formula e compiendo gli stessi gesti⁶⁰.

Si noti come non si tratti di una domanda proposta dall’attore cui risponde una difesa del convenuto⁶¹, ma in realtà di due affermazioni: entrambi si dichiaravano proprietari e mettevano mano sulla *res*, c.d. *manus conserere*⁶². Più che parte attrice e parte convenuta, si è in

⁵⁷ Gai 4.16

⁵⁸ *Vim dicere*, cioè esprimere una forza legale: privata, ma civile, in quanto esercitata solo simbolicamente, per il tramite della festuca, ma soprattutto dichiarata oralmente.

⁵⁹ Gli interpreti non sono concordi sulla collocazione della punteggiatura ed il senso delle parole è dai più ritenuto oscuro.

⁶⁰ G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino, 1997, p. 68 ss.

⁶¹ Come invece avveniva nella *legis actio sacramenti in personam*.

⁶² Varro, *De l. L.* 7,64; Cic., *p. Mur.* 12,26; Gell., *N.A.* 20,10.

presenza di un *prior vindicans* e di un *adversarius*, i quali pronunciano la medesima *vindicatio*⁶³.

Risulta opportuno compiere anche qualche osservazione circa le parole ed i gesti. L'affermazione del *meum esse* poteva stare ad indicare sia che colui che rivendicava ne avesse conseguito la proprietà secondo le regole di *ius civile*, ma poteva anche voler significare la volontà di acquistare il pieno dominio quiritario attraverso una forzosa apprensione materiale, di cui l'imposizione della festuca avrebbe potuto essere simbolo⁶⁴. Questa non sarebbe stato segno della contesa sulla *res litigiosa*, quanto piuttosto l'affermazione unilaterale della forza esercitata su di una cosa sottratta al nemico, con l'aiuto di una lancia, c.d. *hasta*, di cui la *festuca* sarebbe stata simbolo⁶⁵. In proposito è bene notare il parallelismo sussistente con i cerimoniali di *ius fetiale*, che costituivano una forma per la dichiarazione di guerra, rivendica collettiva del popolo romano⁶⁶.

Quindi il magistrato ordinava alle parti di astenersi da ogni altro atto di ingerenza sul bene, con il noto comando "*mittite ambo hominem*"⁶⁷. Tale comando aveva natura di

⁶³ C.A. CANNATA, "*Qui prior vindicaverat*": la posizione delle parti nella "*legis actio sacramento in rem*" in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, p. 79 ss.

⁶⁴ A. SCHIAVONE, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2010, p. 88 ss.

⁶⁵ La lotta simbolica, messa in scena dalle parti, era definita "*vis festucaria*" in opposizione alla violenza propriamente detta; cfr. Gell. N.A. 20,10,10.

⁶⁶ G. LURASCHI, s.v. *foedus* in *Enciclopedia virgiliana*, II, Roma, 1985, p. 546 ss; C. SAULNIER, *Le rôle de prêtres fetiaux et l'application du ius fetiale à Rome* in *Revue historique de droit français set étranger*, LVIII, Parigi, 1980, p. 171 ss.

⁶⁷ Per gli immobili la procedura era differente, cfr. Cic., *p. Mur.* 12,26; Gell., N.A. 20,10

ordine ed era immediatamente esecutivo, tuttavia insufficiente a dirimere il conflitto possessorio. Allora Tizio avrebbe domandato alla controparte di dichiarare su quale diritto si fondasse la di lui proprietà, “*postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris*”, e costui rispondendo: “*ius feci, sicut vindictam imposui*”⁶⁸, avrebbe affermato di rivendicare legittimamente.

Una volta che Tizio avesse addotto gli elementi fondanti il suo diritto di proprietà, Caio avrebbe potuto seguire diverse strategie di difesa.

Se l’acquisto fosse stato realizzato a titolo originario oppure per usucapione Caio sarebbe stato garantito nel diritto di proprietà dall’antica regola dell’*usus auctoritas* prescritto dalle XII tavole⁶⁹. Se avesse invece acquistato a titolo derivativo, attraverso una *mancipatio*, sarebbe stato protetto dalla garanzia per evizione⁷⁰: il dante causa sarebbe stato chiamato nel procedimento come garante, che avrebbe dovuto difendere il bene in luogo di Caio.

Quindi se il dante causa del primo trasferimento, o di un trasferimento precedente, avesse dato prova del proprio titolo proprietario, per acquisto a titolo originario o per *usucapio*, il procedimento si sarebbe risolto in favore di Caio, ponendo così termine all’azione.

Viceversa se Caio non avesse voluto assumere la difesa o piuttosto non fosse stato in grado di dare prova del proprio titolo di proprietà, Tizio sarebbe stato dichiarato quale proprietario. Caio, se avesse ricevuto tramite un negozio

⁶⁸ “La formula accenna, ma non spiega [...] È probabile che siano da ritenere stilizzazioni, cioè eco ormai insignificante di un dibattito che era effettivo in origine”, P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004, p. 171 n.12.

⁶⁹ XII Tab. 6. 3

⁷⁰ C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Messina, 1996, p. 227 ss.

con causa onerosa, sarebbe stato però nella posizione di esperire l'*actio auctoritatis*⁷¹, per il doppio del prezzo di acquisto, contro il proprio dante causa.

Se Caio avesse acquistato in altro modo, ad esempio per donazione, per dote, attraverso una *in iure cessio* o per *traditio*, avrebbe comunque dovuto esercitare una difesa, individuando prove a sostegno del proprio diritto di proprietà e/o anche di quello del proprio dante causa⁷².

Tizio replicava all'affermazione di Caio, negandola, e sfidandolo a pagare una somma di denaro nel caso in cui il giudice gli avesse dato torto. Questa era la solenne pronuncia del *sacramentum*. Ciascuno dei contendenti accusava la propria controparte di aver mentito e la invitava a provare la veridicità della propria affermazione attraverso un giuramento: "*quando tu injuria vendicaveris, D aeris sacramento te provoco*" - "*Et ego te*". Il *sacramentum* consisteva, quindi, nella promessa di versare una somma di denaro in caso di soccombenza, essa ammontava a 50 assi per le cose di minore importanza o a 500 assi per le cose il cui valore superasse i 1.000 assi⁷³. Questa quantità di argento veniva in origine versata *ad pontem*, cioè presso il ponte Sulpicio, il più antico ponte di Roma sul Tevere. Ciò significava in realtà che tale denaro veniva versato ai Pontefici, cioè alla cassa pubblica, e più tardi, semplicemente promessa, poiché la cauzione, i cc.dd. *praedes sacramenti*, se ne fecero garanti⁷⁴.

⁷¹ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 652 ss.

⁷² L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica in Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, p. 369 ss.

⁷³ M. KASER, *Zur legis actio sacramento in rem in ZSS, CIV*, 1987, p. 53 ss.

⁷⁴ A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, p. 231.

Il magistrato doveva decidere riguardo la sorte temporanea della *res litigiosa*, poiché l'aveva sottratta alla disponibilità di entrambi, prima di affidare al giudice il compito di giudicare.

Il possesso poteva essere mantenuto dalla parte che già ne disponeva, oppure il giudice poteva scegliere un possessore interinale, tra le parti, che offrì idonee garanzie all'avversario, c.d. "*praedes litis et vindiciarum*"⁷⁵, affinché la parte che risultasse vittoriosa potesse conseguire il possesso effettivo della *res*. Il possessore era responsabile nei confronti della parte vittoriosa per il conseguimento della disponibilità del bene stesso e per i frutti, a pena di *vindicia falsa* per il doppio dell'ammontare dei frutti indebitamente percepiti (*fructus duplio*) così come stabilito nelle XII tavole⁷⁶.

In tema di garanzie era necessario che le parti adducessero anche dei *praedes sacramenti* per essere certi che la parte soccombente in giudizio pagasse la *summa sacramenti*, promessa al magistrato e destinata alla cassa pubblica⁷⁷.

Quindi il pretore nominava il giudice per la decisione della lite: in origine ciò avveniva immediatamente, ma con la *lex Pinaria* fu procrastinata di trenta giorni⁷⁸. Alla nomina seguiva la *comperendinatio*, cioè l'ordine dato alle parti di comparire davanti al giudice dopo tre giorni⁷⁹.

Purtroppo non sappiamo molto di cosa avvenisse nella fase *in iudicio*⁸⁰, se il giudice agisse come un arbitro, o

⁷⁵ Garanti della cosa e dei frutti, Gai. 4,16. *Lis* e *vindiciae* rappresentano una ripetizione, entrambe stanno a significare la cosa oggetto della controversia.

⁷⁶ XII Tab. 12.3.

⁷⁷ Gai. 4,13.

⁷⁸ Gai. 4, 15

⁷⁹ Cic., II, *in verr.*, 1.

⁸⁰ C. A. CANNATA, *Profilo*, cit., p. 21 s.

piuttosto come una giuria composta da una sola persona, con la funzione di dichiarare semplicemente il *sacramentum iustum* o *iniustum*, cioè fondato o infondato. Questa decisione infatti non avrebbe avuto altro valore che quello di un ordine a colui che lo avesse dovuto eseguire. Se, infatti, fosse stato ritenuto fondato il *sacramentum* di colui a cui era stato attribuito anche il possesso interinale, costui avrebbe mantenuto il possesso; mentre se fosse invece stato riconosciuto fondato il *sacramentum* del non possessore, avrebbe dovuto far valere le garanzie processuali, affinché queste assicurassero la restituzione a cui si erano impegnati personalmente i garanti. Era tuttavia possibile anche che il giudice li avesse ritenuti entrambi infondati, la cosa sarebbe rimasta pertanto nella disponibilità del possessore, che per la regola *bis de eadem rem non sit actio*, avrebbe trovato così una protezione assoluta.

Per concludere possiamo dire che il giudice fondava il proprio apprezzamento sulle prove addotte a giustificare una causa di acquisto, che essa fosse originaria o derivativa. Neppure si occupava di indagare se un terzo avesse un diritto preferibile, ma si limitava a concedere la cosa a colui che tra i due litiganti in giudizio avesse mostrato un titolo preferibile, rispetto a quello del contendente. In questo senso, peculiare e limitato, potremmo dire che la proprietà possedesse le caratteristiche di un diritto relativo⁸¹, perché sarebbe stato

⁸¹ “La bilateralità della *vindicatio* è il più forte argomento a favore dell’ipotesi della proprietà relativa. Dato che non poteva esimersi dal riconoscere fondato – *ustum* – il *sacramentum* dell’una o dell’altra parte (e quindi l’affermazione di proprietà cui esso si riportava), il giudice si sarebbe trovato in difficoltà, se il *meum esse aio* fosse riferito ad una proprietà assoluta, nel caso nessuno

possibile che un terzo si fosse dichiarato successivamente proprietario incardinando così un nuovo procedimento per l'attribuzione della proprietà nei confronti di un soggetto già risultato vincitore in un precedente scrutinio giudiziario⁸².

2.2 Agere per sponsionem

In un'epoca successiva, difficile da precisare, ma da collocarsi al crepuscolo delle *legis actiones*, la *rei vindicatio* poteva essere esperita *per sponsionem*. Questa procedura semplificava notevolmente la *legis actio sacramento in rem*, accentuando il suo carattere di scommessa⁸³.

Con la *sponsio*, infatti, l'attore faceva promettere al convenuto di versargli una certa somma di denaro per l'ipotesi in cui l'attore fosse stato dichiarato in giudizio proprietario della *res litigiosa*⁸⁴.

Secondo quanto descritto da Gaio⁸⁵ avveniva una prima *sponsio* c.d. *preiudicialis* in cui l'attore domandava al convenuto: “*si res qua de agitur ex iure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes?*”. Ed il convenuto con il proprio “*spondeo*” si obbligava a pagare venticinque sesterzi all'attore che fosse stato giudicato proprietario della *res litigiosa*.

dei contendenti vantasse un tale diritto”, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 443.

⁸² M. KASER, *Das römische*, I, cit., p. 124.

⁸³ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1996, p. 105 ss.

⁸⁴ F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1992, p. 368.

⁸⁵ Gai. 4. 93-94

Pertanto, a seguito di tale promessa, la questione della proprietà veniva decisa in via preliminare: l'azione reale veniva così ad assumere l'aspetto di un'azione personale, ove era in gioco una somma di denaro puramente simbolica, la cui sola ragione era permettere di investire l'autorità giudiziaria della lite che oppone le parti, come afferma Gaio "*ut per eam de re iudicetur*"⁸⁶. Infatti l'obbligazione nascente dalla *sponsio* era protetta dall'ordinamento attraverso l'*actio ex sponsione* onde il convenuto sarebbe stato tenuto al pagamento dei venticinque sesterzi qualora l'attore fosse stato giudicato proprietario della *res*. Quest'ultimo era il vero obiettivo: scrutinare l'effettiva titolarità del bene in capo all'attore. Vindice di ciò è anche il fatto, riportato da Gaio, che la somma promessa nella *sponsio* nemmeno veniva esatta⁸⁷. La decisione circa la spettanza della somma era latrice, in via incidentale, di una pronuncia riguardante la titolarità del bene. A differenza che nella *legis actio in rem* propriamente detta, qui c'è un vero e proprio attore, che rivendica la cosa, ed un convenuto, che è il possessore del bene⁸⁸. Mentre il fatto possessorio non riveste grande importanza nella procedura della *legis actio sacramento in rem*, dove entrambe le parti sono chiamate a dare prova del proprio diritto, nella procedura *per sponsionem*, l'onere di dare prova della proprietà incombe solo sull'attore, dandosi che si discute dell'appartenenza della cosa all'attore, non al convenuto⁸⁹.

Infine la procedura *per sponsionem* apporta una novità significativa relativa alla fase dell'esecuzione, nel caso in

⁸⁶ Gai. 4. 94.

⁸⁷ Gai. 4. 94 "*Non tamen haec summa sponsionis exigitur*".

⁸⁸ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 400 ss.

⁸⁹ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 447.

cui l'attore veda accogliere la propria rivendicazione. Infatti, alla prima seguiva una seconda *sponsio* indiretta (c.d. *pro praede litis et vindiciarum*) con la quale, il convenuto si obbligava *verbis*, a consegnare direttamente il bene all'attore, come sarebbe stato un tempo con le garanzie *litis et vindiciarum*, se questi fosse stato dichiarato il proprietario. Il convenuto prometteva *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, cioè di soddisfare la decisione come avrebbe fatto una cauzione⁹⁰. Tuttavia costui manteneva il *commodum possessionis*, non dandosi luogo per opera del giudice ad un assegnazione provvisoria del possesso, che rimarrà al convenuto, avendo il giudizio per oggetto il diritto di proprietà dell'attore di cui quest'ultimo doveva dare prova⁹¹.

2.3 Agere per formulam petitoriam

L'antico regime delle *legis actiones* rappresentava la via seguita dalla *Civitas* per incanalare l'inveterata abitudine alla difesa privata all'interno di modelli rigidi in cui l'intervento del Pretore poneva fine alla lotta, per quanto essa fosse ormai puramente simbolica. Tuttavia il formalismo eccessivo si rivelò inadeguato all'evoluzione della società e del diritto⁹². La ragione del tramonto del

⁹⁰ A. GUARINO, *Diritto romano*, cit., p. 663.

⁹¹ M MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 343.

⁹²I paradossi che l'ossequio formale nella pronuncia dei *certa verba* rischiava di provocare è ben descritto da Gaio nell'episodio del proprietario che avendo sopportato il taglio del proprio vigneto rischiava di perdere la lite per il mancato rispetto del previsto formalismo. Gai, Inst., 4, 11 *Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII*

regime delle *legis actiones* è quindi da individuarsi nella loro desuetudine⁹³.

L'attività giurisdicente del Pretore pose le basi di un nuovo ordinamento, che finì per essere riconosciuto anche dallo *ius civile*, con la *lex Aebutia* del II sec. a.C. e con le *leges Iuliae iudicariae*, del 17 d.C.⁹⁴ Con l'introduzione della procedura formulare, la *rei vindicatio* iniziò ad esperirsi *per formulam petitoriam*⁹⁵, con cui si passò dalle formule orali alla formula scritta. Tale procedura fece la propria comparsa alla fine della Repubblica. Questa era comunque già conosciuta da Cicerone nel 70 a.C., così come ne discute nelle *Verrine*⁹⁶.

Formula è il “piccolo scritto”⁹⁷ tratto dai modelli sanciti nell'editto del Pretore, con cui le parti si accordavano circa i termini della controversia: pur essendo l'attore a domandare la formula, di cui intendeva servirsi per far valere il proprio diritto, era necessario che il convenuto partecipasse alla redazione del documento su cui si sarebbe formata la decisione del giudice privato⁹⁸.

Nella procedura formulare il rivendicante si prefiggeva l'obiettivo sia di un giudizio circa la titolarità del diritto di proprietà, che del ripristino della disponibilità materiale della *res litigiosa*. Occorre precisare che benché tale procedimento fosse caratterizzato dalla condanna al pagamento di una somma, risulta evidente che, per la

tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

⁹³E. BETTI, *Diritto romano*, II, Padova, 1935, p. 489.

⁹⁴Gai. 4,30; *lex irnit.* 91

⁹⁵Gai. 4, 92

⁹⁶Cic. *In Verr.* II,2,31

⁹⁷M. A. BETHMANN HOLLWEG, *Der Römische Civilprozeß*, 2. *Formulae*, Bonn, 1864, p. 189, 192.

⁹⁸A. CORBINO, *Diritto privato romano*, Padova, 2012, p. 751.

natura reale di tale azione, all'attore fosse caro di rientrare nel pieno godimento del bene. Per questa ragione l'azione era arbitraria: il giudice che avesse accertato la proprietà della cosa in capo all'attore avrebbe emesso una *pronuntiatio* a scopo declaratorio ed avrebbe intimato al convenuto la restituzione in natura del bene, c.d. *iussum de restituendo*. Se costui avesse adempiuto a tale ordine sarebbe stato assolto alla fine del giudizio. Differentemente sarebbe stato condannato al pagamento di una somma di denaro fissata in una dichiarazione giurata dell'attore sul valore della cosa stessa, c.d. *iusiurandum in litem*. L'importo così individuato, sovente sarebbe risultato maggiore rispetto a quanto avrebbe stabilito una pronuncia giudiziale⁹⁹.

Come già premesso nell'introduzione, il presente lavoro ha per oggetto lo studio della legittimazione passiva all'azione di rivendica con riferimento alla procedura formulare.

Lo scrutinio diretto in merito alla titolarità del diritto di proprietà, che come abbiamo detto caratterizzava questa azione, impegnava la parte convenuta alla *satisfactio iudicatum solvi*, cioè al pagamento dell'ammontare della somma cui si veniva condannati in caso di soccombenza¹⁰⁰. Anzitutto il *reus* era chiamato a difendersi nel processo, il che costituiva già una novità, poiché nell'ambito delle azioni reali non si era tenuti a difendere che la cosa¹⁰¹. Un secondo aspetto cui la parte

⁹⁹ F. SCHULZ, *Classical*, cit., p. 369 ss.

¹⁰⁰ A. GUARINO, *Diritto romano*, cit., p. 665.

¹⁰¹ M. KASER, *Das römisches*, I, cit., p. 128 ss.

convenuta doveva prestare la massima attenzione era l'astensione da qualsiasi forma di dolo¹⁰².

2.4 *Excursus: la rei vindicatio nella cognitio extra ordinem*

A fianco del procedimento formulare sorse per iniziativa del principe un nuovo ordinamento processuale, noto come *cognitio extra ordinem*, che divenne la procedura esclusiva a partire dalla metà circa del III sec. d. C. La svolta più significativa stava nell'unificazione della figura giudicante, organo dello Stato che conduceva il processo dall'inizio alla fine, superando l'antichissima divisione tra fase *in iure* e *in iudicio*, senza potere di scelta in capo alle parti. Quanto di più lontano dalla indipendenza del *iudex privatus*, non subalterno al potere statale¹⁰³.

Questa nuova procedura modificò totalmente lo svolgersi della rivendica: la condanna era *ad ipsam rem*, cioè alla cosa stessa, che andava restituita. Il pagamento di una determinata somma di denaro in caso di soccombenza restava per i casi di perimento del bene o di una sua distruzione dolosa¹⁰⁴.

Tale evoluzione rese totalmente inutile l'arbitrarietà della formula petitoria. La restituzione poteva essere compiuta

¹⁰² J.F. BRÉGI, *Droit romain. Le biens et la propriété*, Parigi, 2009, p. 81.

¹⁰³ A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, p. 119 – 120.

¹⁰⁴ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, p. 630 s.

anche coattivamente “*etiam manu militari*”¹⁰⁵, se il convenuto fosse tenuto e si fosse rifiutato di consegnare. Infine il giudice adito per l’azione di rivendica avrebbe dovuto regolare in maniera completa anche i rapporti patrimoniali sorti tra le parti, solitamente per compensazione, in seguito al possesso della cosa, più o meno lungo, da parte del convenuto. Nel diritto giustiniano l’azione di rivendica non è più quindi puramente reale, ma assume dei tratti misti, che non sanzionano unicamente la proprietà della cosa, ma anche di liquidare debiti e crediti.

3. LA FORMULA PETITORIA

Veniamo dunque all’analisi della formula petitoria e del suo impiego a livello procedurale. Un buon numero di fonti ha permesso alla scienza romanistica di ricostruirla in questi termini:

*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 erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret absolvito*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Interpolazione inserita dai compilatori in D. 6.1.68 Ulp. 51 *ad ed.*, cfr KASER – HACKL, cit., p. 610 ss.

¹⁰⁶ O. LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 185; KASER – HACKL, *Das römische*, cit., p. 355; M. MARRONE, *Rivendicazione (diritto romano)* in ED, XLI, Milano, 1989, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, p. 37 s.; p. 37; C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 400.

Il Pretore procedeva con la nomina del giudice cui sarebbe spettato l'ufficio di scrutinare la titolarità del *dominium* in capo all'attore secondo il diritto dei Quiriti. Laddove esistente, avrebbe dovuto intimare la restituzione al legittimo proprietario, che diversamente avrebbe avuto diritto al pagamento di una somma di denaro pari al valore della cosa al momento della sentenza. Ovviamente se non fosse stato riconosciuto sussistere il titolo proprietario, il *reus* avrebbe dovuto essere mandato assolto.

Dal tenore letterale della formula possiamo dedurre i tre obiettivi perseguiti dal giudizio: anzitutto la constatazione della proprietà in capo all'attore, "*Si paret ... ex iure Quiritium Auli agerii esse*"; in secondo luogo la restituzione della cosa all'attore, "*neque ea res restituetur*"; infine, la valutazione della cosa e la condanna al pagamento di tale somma per il caso di mancata restituzione, "*quanti ea res erit, tantam pecuniam*"¹⁰⁷.

Nella pluralità di passi a disposizione per la ricostruzione della formula petitoria, la dottrina ha offerto più d'una soluzione. Tra queste risulta prudente soffermarsi su quella offerta dal Talamanca¹⁰⁸:

Si paret rem qua de agitur Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque ea res arbitrio tuo Aulo Agerio a Numerio Negidio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

Questa versione assume in maniera più incisiva la natura di ordine che il Pretore indirizzava al *iudex privatus*, pur

¹⁰⁷ J.F. BREGLI, *Droit romai*, cit., p. 84.

¹⁰⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 445 ss.

mantenendo la struttura e lo svolgimento che abbiamo descritto per la prima versione proposta.

Una testimonianza affatto unica, quanto problematica, è quella proposta da Cicerone nelle Verrine:

Cic., *In Verr.* II, 2, 31

“L. Octavius iudex esto: si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur: non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum quem non oporteat?”

Al giudice L. Ottavio era stata sottoposta una controversia fra P. Servilio che si affermava *dominus* secondo il diritto dei Quiriti del fondo Capenate, contro Q. Catulo che lo possedeva.

Pienamente sconfessata dal Lenel¹⁰⁹, è stata oggetto di critica da parte della dottrina, in quanto prodotto della *vis* retorica dell'autore al fine di suffragare l'accusa mossa contro Verre ed i suoi seguaci di stravolgere il diritto al fine di perpetrare prevaricazioni. Infatti dal tenore letterale dell'enunciato parrebbe che venisse ordinato al giudice di intimare al vero proprietario la restituzione della *res* ad un soggetto non proprietario. Mantovani ha ipotizzato che tale resoconto potrebbe assumere valore per il periodo repubblicano, in cui il modello formulare astratto, in virtù delle sue “clausole in bianco”, riusciva ad imporsi sulle peculiarità della singola controversia¹¹⁰.

¹⁰⁹ O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum in Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, 37, 1910, p. 515 ss.

¹¹⁰ D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 38 n. 9.

Veniamo ora all'analisi delle singole *partes formularum*.

3.1. *Iudicis nominatio*

“*Titius iudex esto*”.

L'esordio della formula era dedicato all'individuazione del giudice: a seguito della chiamata in giudizio del convenuto da parte dell'attore dinnanzi al Pretore, si procedeva alla nomina del giudice, c.d. *iudicis nominatio*¹¹¹.

Ciò era prodromico alla vera e propria formula, ove però era contenuto l'ordine, *iussum iudicandi*, dato al giudice privato di giudicare secondo i criteri esposti nella formula stessa¹¹².

La natura di ordine è rinvenibile nei verbi *condemnato* ed *absolvito*, entrambi all'imperativo futuro¹¹³. Il giudice risulta così fortemente legittimato, in quanto l'accordo trovato tra le parti nella compilazione viene recepito ed avallato dal Pretore redigendo la formula¹¹⁴.

3.2 *Intentio*

“*si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse*”.

¹¹¹ J. MAZEAUD, *La nomination du iudex unusus la procédure formulaire à Rome*, Parigi, 1933, p. 122.

¹¹² M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Vienna, 1921, p. 132.

¹¹³ C. A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 401.

¹¹⁴ *Cic. de or.* 1, 37, 168.

L'*intentio* è quella parte della formula in cui “*actor desiderium suum concludit*”¹¹⁵, cioè il luogo in cui l’attore enuncia la propria pretesa. Occorre precisare che in questa sede l’attore non domandava un provvedimento al giudice, *i.e.* il *petitum* del giudizio. Nell’*intentio* si adduceva la situazione giuridica posta a fondamento della domanda, cioè la *c.d. causa petendi*, ossia il rapporto dedotto in giudizio. Essa, sviluppata in forma ipotetica, sarebbe stata oggetto dell’accertamento giudiziale¹¹⁶.

Nella formula petitoria l’*intentio* indica in maniera oggettiva ed impersonale, poiché redatta dal Pretore, la pretesa dell’attore di essere il *dominus ex iure Quiritium* di una determinata *res*.

Essendo l’oggetto del giudizio determinato nella specie l’*intentio* viene definita, secondo una categoria elaborata dalla romanistica, come “*certa*”¹¹⁷. Non era quindi necessario l’inserimento nella formula di una *demonstratio*, clausola destinata ad esplicitare i fatti da cui era nata la controversia e la ragione per cui si domandava il provvedimento¹¹⁸.

L’*intentio certa* aggravava gli oneri in capo all’attore, in quanto costui era chiamato ad individuare con precisione il bene che andava rivendicando: qualora avesse dichiarato l’appartenenza a sé di qualcosa di più rispetto a quanto effettivamente gli spettava, avrebbe commesso *pluris petitio*, perdendo la lite e così anche quanto gli sarebbe potuto spettare, senza possibilità di intentare nuovamente il giudizio¹¹⁹.

¹¹⁵ Gai. 4, 41;

¹¹⁶ A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 92.

¹¹⁷ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 288.

¹¹⁸ A. D’ORS, *Derecho*, cit., p. 119 – 121.

¹¹⁹ G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, Torino, 1960, p. 12 ss.

L'*intentio certa* ci permette anche di annoverare la *rei vindicatio* tra le azioni di stretto diritto, che si contrappongono a quelle con *intentio incerta*, dove il potere del giudicante è più ampio, e ai *iudicia bonae fidei*, dove tale ampiezza è ancora più marcata¹²⁰.

Dal tenore della *intentio* emerge anche la natura di *actio in rem*: manca, infatti, qualsivoglia riferimento a parte convenuta. Tra le parti non sussisteva alcun rapporto obbligatorio, né il possesso esercitato da uno tra i litiganti poteva incidere sul diritto del vero proprietario di recuperare la signoria materiale sul bene. Inoltre, scorrendo il testo della formula, si può notare, invece, che il nome del convenuto appare unicamente nella clausola della *condemnatio*. La ragione è semplice: gli effetti della pronuncia sarebbero ricaduti su di un soggetto preciso¹²¹, ma i fatti oggetto di giudizio, dedotti nell'*intentio* e alla cui veridicità era subordinata la *condemnatio*, potevano e dovevano essere verificati a prescindere dalla persona del convenuto¹²².

È nella *intentio* che il Pretore enuclea i tratti fondamentali del rapporto che l'attore ha posto quale oggetto del giudizio, a sostegno delle proprie pretese¹²³. Altresì era questa la sede in cui veniva individuata con precisione la *res litigiosa*, "*res qua de agitur*": avrebbe potuto essere

¹²⁰ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 202 ss.

¹²¹ Tale era il soggetto legittimato passivamente, colui che si sarebbe visto destinatario del provvedimento di merito del giudice privato. La dottrina discute riguardo al momento in cui venisse verificata tale legittimazione, se cioè tale fosse compito del Pretore nella fase *in iure*, oppure se fosse rimesso al *iudex privatus*.

¹²² G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 288 ss.

¹²³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 308 s.

qualsiasi bene suscettibile d'essere oggetto di dominio quiritario¹²⁴.

Sempre in questa prima clausola della formula petitoria l'attore si affermava non già genericamente proprietario, ma più precisamente *dominus ex iure Quiritium*, proprietario in forza delle norme di *ius civile*. Lungo la formula non vengono in rilievo ulteriori requisiti qualificanti il titolo proprietario. Essa è quindi *in ius concepta*, cioè scritta in termini di diritto, fondata sulle norme di *ius civile*: ciò significa che i fatti posti a fondamento dell'azione risultavano presentati in termini di diritto¹²⁵.

L'affermazione dell'attore di essere proprietario per diritto dei Quiriti ci dimostra che, con l'introduzione del processo formulare, non era più sufficiente che l'attore avesse un diritto preferibile a quello del convenuto, come avveniva nella procedura *per legis actiones*, quanto piuttosto era necessario che l'attore desse prova di essere proprietario del bene secondo *ius civile*¹²⁶. Il tenore della formula, in questo senso, è molto chiaro "*si paret*", cioè "se risulterà provato che". Cosa avrebbe dovuto essere provato? Il titolo per cui l'attore affermava d'essere proprietario di diritto civile. Che avesse acquistato a titolo originario o derivativo, se l'attore non fosse stato in grado di mostrare un valido titolo di proprietà secondo *ius civile*, il giudice non avrebbe potuto fare altro che assolvere il convenuto¹²⁷. Restava, tuttavia, per l'attore la possibilità di esperire la medesima azione contro altre persone, o nuovamente contro lo stesso convenuto, ma per altri fatti. Ciò attiene al

¹²⁴ A. D'ORS, *Derecho*, cit., p. 80 ss.

¹²⁵ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 202.

¹²⁶ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 343 s.

¹²⁷ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 402 s.

carattere di *ius in rem*, che permette al proprietario di far valere il proprio diritto all'infinito ed avverso ogni terzo¹²⁸. La disamina del tenore letterale della formula petitoria ci porta anche a registrare l'evoluzione impressa alla nozione del diritto di proprietà, cui si accennava precedentemente. Se, infatti, nell'antica procedura per *legis actiones* le parti affermavano entrambe “*meum esse*”, nella procedura formulare tale espressione generica andò qualificandosi “*ex iure Quiritium*”. Il giudice non era più chiamato a scegliere quale delle due istanze fosse da preferirsi, ma doveva constatare l'esistenza di un potere esclusivo sulla cosa secondo le regole di *ius civile*. Ne discendeva che solo l'attore invocasse il diritto di proprietà, pertanto solo lui era tenuto a dimostrare la fondatezza della propria pretesa. Il “*si paret*” dell'*intentio* è, infatti, riferito all'affermazione dell'attore che rivendica il bene. La proprietà veniva così ad assurgere a diritto assoluto, riconosciuto una volta per tutte dall'ordinamento giuridico¹²⁹.

Abbiamo avuto modo di notare che nella *intentio* della formula petitoria non si invocasse un vero e proprio diritto di proprietà, quanto piuttosto si rivendicava l'appartenenza - “*meum esse*” - di una *res*, seppure precisando *ex iure Quiritium*: si verificava uno “scambio” tra *res* e proprietà della stessa¹³⁰. Si affermava d'essere proprietario, ma non era ben chiara la distinzione tra diritto e oggetto della proprietà. Tuttavia la terminologia impiegata nella formula, con l'introduzione del riferimento al diritto dei Quiriti, cominciò a segnare un punto di svolta: si iniziò a parlare di *dominium*, come appartenenza esclusiva ad una

¹²⁸ P. PICHONNAZ, *Les fondements*, cit., p. 292.

¹²⁹ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 401 ss.

¹³⁰ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 446.

sola persona, *i.e. dominus*. Eppure, anche in questa età, i giuristi romani non avevano ancora identificato la proprietà come un diritto distinto dalla cosa¹³¹. Il diritto era considerato invece come coesistente alla cosa: non si aveva un diritto sulla *res*, se ne era proprietari. La relazione tra persona e cosa era talmente stretta che le fonti affermano: *eum habere dicimus qui rei dominus est*¹³². La proprietà non era ancora stata individuata come una delle facoltà che il soggetto vanta su di un bene¹³³.

In età classica emerse, quindi, una nozione più legata alla natura patrimoniale della proprietà: essa venne separata dal novero dei rapporti familiari, dei quali mantenne salda l'opponibilità *erga omnes*. In punto è bene segnalare la posizione del Kaser che concentrandosi sulla natura di *actio in rem*, di cui la *rei vindicatio* rappresenta l'archetipo, afferma che doveva prestarsi attenzione al fatto che il possessore non fosse considerato responsabile per la restituzione della cosa sulla base di un diritto assoluto, propriamente detto, ma semplicemente il proprietario aveva il diritto di rimpadronirsi della cosa ovunque essa si trovasse e chi la possedesse non avesse ragioni per farlo. Il Kaser non riconosce quindi un carattere di diritto assoluto alla proprietà, quanto piuttosto, in guisa della struttura della *legis actio sacramento in rem*, afferma che dovesse riconoscersi una relatività della proprietà, poiché come nella fase antica le parti dovevano solo presentare un miglior titolo e non vi era un vero e proprio giudizio sul diritto, così con l'*agere per sponsionem* e con la formula petitoria il formarsi del

¹³¹ F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 2006, p. 322.

¹³² D. 45, 1, 38, 9 Ulp.

¹³³ G. GROSSO, *I problemi*, cit., p. 90 ss.

giudicato non impediva che altri rivendicassero il medesimo bene¹³⁴. In proposito osserva giustamente il Pugliese che sia necessario comprendere se sia stata la natura del diritto di proprietà ad informare la struttura delle varie fasi della procedura di rivendica, oppure se, al contrario, l'evoluzione del processo abbia dispiegato i propri effetti anche sulla qualificazione della proprietà¹³⁵. Pugliese reimposta il problema concentrando l'attenzione sulla *possessio*, come controllo di fatto del bene. Al tempo delle *legis actiones* essa non riceveva un'autonoma tutela, invece successivamente gli interdetti realizzarono una protezione *ad hoc*. Quindi mentre in antico la rivendica era l'unico modo per conservare il proprio possesso, l'introduzione degli strumenti interdittali *retinendae* o *recuperandae possessionis* portò ad un esercizio preliminare di questi ultimi rispetto alla rivendica. Infatti colui che avesse visto attribuirsi il possesso interdittale dal Pretore, sarebbe stato convenuto in giudizio di rivendica, sottraendosi dunque dall'onere probatorio, ormai in capo al solo attore. Se questi non fosse stato in grado di dare una piena prova, avrebbe conservato il possesso al convenuto e l'attore avrebbe dovuto sottostare al principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, nota Pugliese, qualsiasi altro terzo avrebbe potuto agire in rivendica, la pronuncia di cui sopra non avrebbe avuto un valore assoluto, in questo senso sarebbe meglio parlare di absolutezza o relatività della natura della *res iudicata*¹³⁶. La peculiarità di un'*actio in rem* è quella di essere diretta verso la cosa e non verso il possessore, a differenza di quelle *in personam*, azioni dirette verso dei soggetti, quale *e.g.* un debitore insolvente. Dato che non

¹³⁴ M. KASER, *Das römische*, I, cit., p. 128 ss.

¹³⁵ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 447.

¹³⁶ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 448.

esisteva un vero e proprio diritto assoluto, il convenuto in un'azione reale, era libero di abbandonare il processo, consegnando la cosa all'attore. Altrettanto l'attore non poteva costringere il possessore a *rem defendere*¹³⁷. Se il convenuto rifiutasse di difendersi, cioè rifiutasse di prendere parte alla stesura della formula finalizzata alla definizione della *litis contestatio*, la *rei vindicatio* non avrebbe potuto essere esperita. Ovviamente il Pretore garantiva all'attore altre vie per soddisfare la propria istanza: se il bene fosse stato presente in giudizio, nel caso di cose mobili, il giudice avrebbe pronunciato *iussum duci vel ferri rem ab actore*. Se invece il bene mobile non fosse stato tradotto in giudizio, veniva concessa l'*actio ad exhibendum*¹³⁸, di natura personale, esperibile contro qualsiasi possessore, per cui il convenuto sarebbe stato condannato al pagamento di una somma di denaro se non avesse esibito la cosa. Infine, nel caso in cui il convenuto avesse rifiutato di difendere la rivendica di beni immobili, all'attore sarebbe stato concesso l'*interdictum quem fundum*, interdetto restitutorio concesso "*a quo fundus petetur, si rem nolit defendere*"¹³⁹ In entrambi i casi tali rimedi erano concessi senza verificare l'effettiva titolarità del diritto di proprietà in capo all'attore.

¹³⁷ D. 6.1.80 Fur. 1 *ad ed. In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.*

¹³⁸ M. KASER, *Die 'formula' der 'actio ad exhibendum'* in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, Roma, 1969, p. 545 ss.

¹³⁹ O. LENEL, *Das edictum*, cit, p. 248

2.3. *Arbitratus de restituendo*

“neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur”

Seguiva la parte della formula nota come clausola arbitraria: *“neque ea res restituetur”*, la condanna era “condizionata”¹⁴⁰, o meglio posta in subordine alla mancata restituzione della *res*, vero obiettivo dell’attore. Infatti, come abbiamo già brevemente premesso e si andrà sviluppando nel paragrafo successivo, uno dei principi che informano la struttura stessa del processo formulare è la possibilità di una condanna unicamente pecuniaria¹⁴¹. Risulta evidente come nel caso della rivendica l’obiettivo fosse quello di ricongiungere al titolo proprietario anche l’effettivo esercizio del diritto, cioè il ritorno allo stato dei fatti precedente all’evento lesivo. Perciò le fonti ci testimoniano come venne introdotto l’espedito della clausola arbitraria con cui il convenuto veniva invitato a restituire la cosa controversa per evitare il giudizio¹⁴². A prescindere che vi fosse riferimento, caso per caso, all’*arbitrium iudicis*¹⁴³, una volta che il giudice avesse accertato che l’attore fosse il proprietario, erano date al

¹⁴⁰ L’*arbitratus de restituendo* assumeva la forma di una “condizione negativa” G. CERVENCA, *Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna, 1983, p. 75.

¹⁴¹ C. A. CANNATA, *Profilo*, cit., p. 98 ss.

¹⁴² Gai. 4, 114; Gai. 4, 163 in proposito M. KASER, *Das römisches*, I, cit., p. 518.

¹⁴³ La dottrina è divisa riguardo al fatto che la formula petitoria contenesse menzione dell’espressione “*arbitrio iudicis*”, in proposito M. DE BERNARDI, *L’officium iudicis nell’azione arbitraria di rivendica. Appunti dalle lezioni*, Milano 1997, p. 85 ss.

convenuto due alternative: o restituiva la cosa, oppure avrebbe dovuto pagare una somma di denaro per l'ammontare del valore stimato del bene¹⁴⁴. Resta da chiarire cosa si intendesse per *restituere*. Si noti che il senso peculiare di questo verbo non è semplicemente quello di una restituzione materiale, quanto piuttosto: “restaurare la situazione precedente la violazione del diritto dedotto in giudizio”¹⁴⁵. Infatti la restituzione non riguardava semplicemente la sola cosa in sé, ma anche i frutti, o il loro equivalente in denaro, le spese, i danni. Ciò stava a significare una sorta di risarcimento del danno, volta a ristorare il detrimento arrecato alla situazione patrimoniale subita per la perdita della cosa. Altra cosa è il *reddere* menzionato in altre formule, e.g. nell'*actio depositi*, ove il significato originario era quello di restituzione, tanto è vero che la condanna pecuniaria era misura del valore oggettivo del bene. Successivamente anche in questo ambito si considerò come obiettivo quello di riottenere la *res integra*, perciò risarcendo anche i danni cagionati¹⁴⁶. Pertanto una volta scrutinata l'ipotesi formulata nell'*intentio*, alla luce delle prove presentate *in iudicio*, se il diritto azionato dall'attore fosse stato ritenuto fondato, il giudice avrebbe pronunciato un provvedimento interlocutorio in cui avrebbe invitato parte convenuta a restituire all'attore la *res litigiosa*, con ristoro per i frutti e le spese¹⁴⁷.

Il problema della restituzione dei frutti, civili o naturali, prodotti dalla *res litigiosa*, prima o dopo la *litis*

¹⁴⁴ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 205.

¹⁴⁵ C. A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 403; cfr. D. 50.16.35

¹⁴⁶ F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1992, p. 516.

¹⁴⁷ V. ARANGIO – RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 132 s.

contestatio, dipendeva dal fatto che il convenuto avesse posseduto in buona o mala fede. Infatti i frutti percepiti prima della contestazione appartenevano al possessore di buona fede, mentre dovevano essere restituiti al proprietario dal possessore in mala fede¹⁴⁸. Altresì questi avrebbe dovuto risarcire il proprietario per i frutti non percepiti, ma che avrebbero potuto esserlo¹⁴⁹ se la cosa fosse stata gestita in maniera prudente ed accorta. Successivamente alla *litis contestatio* tutti i frutti, *percepti* o *percipiendi*, dovevano essere restituiti al proprietario o in natura o in denaro¹⁵⁰. In tale frangente, per ovvie ragioni, non rilevava più la buona o mala fede nel possesso, in quanto si conosceva la pendenza della lite sulla *res* e la concreta possibilità di essere obbligati a restituire il bene con i relativi frutti. Altro problema sarà quello delle spese, c.d. *impensae*¹⁵¹. Nel caso di spese necessarie al mantenimento della *res*, il proprietario le avrebbe comunque dovute sostenere e pertanto sarebbe stato chiamato a rimborsarle al possessore sia di buona che di mala fede. Se invece le spese sostenute dal possessore fossero state utili, cioè che avessero aumentato il valore della cosa, sarebbe stato meritevole di ristoro economico il solo possessore di buona fede, salvo lo *ius tollendi*, valido per ogni possessore rispetto ad aggiunte separabili¹⁵².

¹⁴⁸ M. KASER, *Restituere*, cit., p. 9 ss

¹⁴⁹ *Fructus qui percipi honeste potuerunt*, D. 6.1.33.

¹⁵⁰ M. KASER, *Restituere*, cit., p. 116 ss

¹⁵¹ M. KASER, *Restituere*, cit., p. 99 ss

¹⁵² D. 6.1.38 Cels. 3 *Dig. In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur,*

Mentre per le spese puramente voluttuarie, che cioè non avessero apportato alcun valore al bene, ma lo avessero semplicemente abbellito, non vi sarebbe stato trattamento diverso fra possessore di buona o mala fede: entrambi non avrebbero avuto alcun diritto a vedersi rimborsare le spese, ma solamente avrebbero potuto esercitare lo *ius tollendi*¹⁵³. Inoltre il convenuto sarebbe stato responsabile per la perdita del possesso o il deterioramento del bene: anche in questo caso sarebbe venuta in rilievo la scansione temporale, *pre* o *post litis contestatio*, e la buona o mala fede del possessore. Prima che venisse instaurato il giudizio il possessore di buona fede che avesse perso o deteriorato il bene, non avrebbe subito alcunché, in quanto non avrebbe avuto alcun obbligo nei confronti del proprietario. Differentemente il possessore di mala fede sarebbe stato chiamato a rispondere a titolo di colpa, secondo quanto previsto dalla *Lex Aquilia*. A seguito della *litis contestatio*, invece, non sarebbero sorte distinzioni rispetto alla *fides* del possessore, che avesse perso o deteriorato la cosa controversa: sarebbe sempre stata riconoscibile una responsabilità o colposa o dolosa¹⁵⁴. Tale trattamento veniva riservato anche al possessore che

laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

¹⁵³ M. KASER, *Das römisches*, I, cit., p. 436 s.

¹⁵⁴ M. KASER, *Restituere*, cit., p. 211 ss.

avesse utilizzato in maniera pericolosa il bene¹⁵⁵. Da taluni autori è stato ritenuto, persino, che il possessore avesse anche una responsabilità per il caso fortuito, cioè senza sua colpa, ma questo orientamento non trova generale accoglimento. Dirimente in tal senso era sapere dove la cosa si fosse trovata e che tutto si fosse svolto correttamente¹⁵⁶.

In forza dell'*arbitratus de restituendo* il giudice, compiuto l'accertamento sulla titolarità della proprietà in capo all'attore, dichiarava la fondatezza o meno del diritto, c.d. *pronuntiatio "de iure"*. Se l'attore non avesse dimostrato di essere il proprietario, il giudice avrebbe assolto il convenuto. Se, invece, l'attore fosse stato riconosciuto quale legittimo proprietario della res litigiosa, il giudice avrebbe pronunciato il c.d. *iussum de restituendo*, cioè avrebbe fissato la forma, il tempo e il luogo per la restituzione con quanto sarebbe spettato all'attore se la cosa fosse stata riconsegnata al tempo della *litis contestatio*¹⁵⁷. Il convenuto che avesse adempiuto a tale ordine sarebbe stato assolto. Se invece non avesse restituito, sarebbe stato condannato al "*quanti ea res erit*".

¹⁵⁵ D. 6.1.15.3 Ulp. 16 *ad ed. Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.*

¹⁵⁶ D. A. MUSCA, *Da Traiano a Settimio Severo: "senatusconsultum" o "oratio Principis"?*, in *Labeo*, XXXI, 1985, p. 29.

¹⁵⁷ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 218 ss.

È importante sottolineare sin d'ora come la possibilità materiale e giuridica¹⁵⁸ di restituire il bene fosse dirimente non solo per individuare il soggetto passivo della *rei vindicatio*, ma rilevasse anche ai fini della clausola restitutoria cui avrebbe dovuto sottostare il convenuto soccombente.

2.4 *Condemnatio*

“quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito”

Seguiva la *condemnatio*, che Gaio definisce come *“ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas tribuitur”*¹⁵⁹, veniva cioè conferita al giudice privato una *potestas* di condannare o assolvere a seconda che *in iudicio* fosse verificata o meno l'ipotesi formulata nell'*intentio*. La condanna poteva essere unicamente pecuniaria: *“Iudex, si condemnat, certam pecuniam condemnare debet”*¹⁶⁰.

Nella *rei vindicatio* le opposte pretese dei litiganti erano sottoposte al vaglio del giudice: se l'attore fosse stato riconosciuto proprietario della cosa litigiosa, e non fosse stata restituita dal convenuto, quest'ultimo veniva condannato al pagamento di una somma di denaro in favore dell'attore.

¹⁵⁸ D. 6.1.9 Ulp. 16 *ad ed.* *“qui tenent et habent restituendi facultatem”*.

¹⁵⁹ Gai. 4. 43.

¹⁶⁰ Gai. 4, 52.

Per tutta l'età classica l'attore non avrebbe potuto esigere la condanna del convenuto alla restituzione della cosa¹⁶¹, né avrebbe potuto impadronirsene *manu militari*. Accadeva quindi che se il *reus* non avesse ottemperato all'ordine di restituzione, doveva essere compiuta la *litis aestimatio*, cioè la quantificazione del valore attribuito al rapporto litigioso, "*quanti ea res erit*", ed interveniva una pronuncia di condanna al pagamento di tale somma. Ovviamente con ciò l'ordinamento scoraggiava il convenuto a non restituire la cosa attraverso la condanna pecuniaria che veniva stabilita *arbitrio iudicis*¹⁶², egli per evitare un procedimento di stima lungo ed oneroso, poteva affidare la stima del valore all'attore attraverso la procedura del *iusiurandum in litem*, onde era l'attore a dichiarare solennemente il valore della cosa, spesso eccedendo il valore intrinseco dell'oggetto¹⁶³. L'unico limite a ciò risiedeva nella sanzione di spergiuro, che sarebbe stata di natura squisitamente religiosa-sociale e non giuridica¹⁶⁴, qualora l'attore avesse dichiarato un valore spropositato¹⁶⁵, violando così la *deorum iniuria diis curae*¹⁶⁶. Resta pacifico il fatto che fosse comune

¹⁶¹ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 372.

¹⁶² A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, p. 49.; G. NICOSIA, *Giudice nel processo privato*, cit., p. 606 – 607.

¹⁶³ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 267.

¹⁶⁴ D. 12.3.11, ma Ulpiano in D. 12.3.4.3 ci dice invece che il giudice avrebbe potuto condannare ad una somma minore o persino assolvere.

¹⁶⁵ D. 12.4.3.2. "*arrepta occasione in immensum iuretur*".

¹⁶⁶ A. WATSON, *The State, Law and Religion: Pagan Rome*, Athens, 1992, p. 48.

l'indicazione di un valore superiore a quello oggettivo del bene, seppur non spropositato¹⁶⁷. Invece nei casi in cui la restituzione fosse risultata impossibile per causa non imputabile al convenuto, era il giudice che procedeva alla *aestimatio* del valore della *res*. Altresì se il convenuto avesse pagato la somma cui era stato condannato, non avrebbe potuto essere soggetto ad una nuova domanda di rivendica ad opera dello stesso attore. Ci si è chiesti quindi se a seguito di tale pronuncia il convenuto fosse divenuto il proprietario del bene. L'opinione della maggior parte degli autori¹⁶⁸ depone in senso favorevole, riconoscendola come proprietà *pretoria*, quindi si sarebbe trattato di possesso *ad usucapionem*, e l'attore come proprietario espropriato. Con più precisione possiamo dire che il pagamento della *litis aestimatio* costituisse una *iusta causa usucapionis*¹⁶⁹. Tuttavia, se così fosse stato, il convenuto avrebbe tenuto presso di sé la cosa, ma non avrebbe potuto farne alcun uso. Per esempio, se la cosa fosse stata mobile avrebbe potuto l'attore intentare un'*actio furti*, ma ciò sarebbe risultato inaccettabile: il convenuto che avesse pagato la pena pecuniaria avrebbe dovuto ricevere ogni tutela pretoria contro l'attore della rivendica. Diversamente la condanna pecuniaria non avrebbe avuto alcun senso.¹⁷⁰ Invece risulta ovvio che pagando la *litis aestimatio* è come se il convenuto avesse acquistato dall'attore il diritto che aveva formato l'oggetto del processo¹⁷¹, quasi si fosse in presenza di una *emptio-venditio*.

¹⁶⁷ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 474 s.

¹⁶⁸ Tra essi può essere citato Beseler che propende per la costituzione *ipso iure* del diritto di proprietà a seguito del provvedimento di condanna, c.d. *pronuntiatio* del giudice.

¹⁶⁹ D. 41. 3. 27 Ulp. 31 *ad Sab*.

¹⁷⁰ F. SCHULZ, *Classical*, cit., p. 370 – 371.

¹⁷¹ C. A. CANNATA, *Istituzioni*, p. 428.

L'ordine di assolvere era anch'esso contenuto nella *condemnatio*: “*si non paret absolvito*”, cioè se il diritto vantato dall'attore e riassunto nell'*intentio*, all'esito dell'istruzione probatoria dinnanzi al giudice, non fosse risultato debitamente provato, omesso l'invito a restituire poiché non dovuto, il giudice stesso avrebbe dovuto pronunciare sentenza di assoluzione del convenuto. Altresì il convenuto sarebbe stato mandato assolto anche in caso di ottemperata restituzione dovuta a seguito della pronuncia interlocutoria: avvenuta la restituzione il giudice avrebbe pronunciato sentenza di assoluzione¹⁷².

Il Pretore, nella fase *in iure*, sintetizzava nella formula il rapporto fatto valere dall'attore e le eventuali eccezioni mosse dal convenuto e la consegnava all'attore che la leggeva al convenuto, onde costui la accettasse. Una volta raggiunto l'accordo tra le parti, prendeva inizio la fase *apud iudicem* in cui si celebrava il vero e proprio processo, ove le parti erano tenute a dare evidenza di quanto vantato e al cui esito il giudice pronunciava la propria decisione¹⁷³.

In questa seconda fase spettava all'attore di dare prova del diritto che invocava. Per dimostrare di essere proprietario secondo *ius civile*, colui che assumeva l'iniziativa processuale, doveva anzitutto poter provare un valido titolo di acquisto¹⁷⁴. Qualora avesse acquistato a titolo originale, *e.g.* per occupazione, sarebbe bastata una testimonianza del semplice fatto materiale. Se invece l'acquisto fosse stato realizzato a titolo derivativo, per esempio attraverso *emptio-venditio*, l'attore avrebbe dovuto provare – in teoria – la regolarità non solo del proprio titolo, ma anche quello di tutti i proprietari

¹⁷² A. D'ORS, *Derecho*, cit., p. 120.

¹⁷³ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 215.

¹⁷⁴ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 448.

precedenti. Infatti non è detto che il venditore fosse il proprietario del bene o che magari non ne potesse disporre, in tal caso, in virtù del principio *nemo plus iuris ad eum transferre potest, quam ipse haberet*¹⁷⁵, l'acquirente non sarebbe divenuto proprietario. Pertanto all'attore che avesse acquistato a titolo derivativo, sarebbe stato richiesto di dare prova della risalenza nel tempo della trasmissione della proprietà, almeno fino a raggiungere un proprietario che avesse acquistato a titolo originario. La natura di tale onere è stato giustamente definito, nel Medioevo, come *probatio diabolica*, per le evidenti difficoltà pratiche che avrebbe presentato. Tali difficoltà vennero sanate grazie al meccanismo dell'*usucapio*. Infatti se avesse usucapito la cosa, o uno dei suoi dante causa, l'attore si sarebbe messo al riparo dalla dazione di una prova pressoché impossibile¹⁷⁶. Per opporvisi, sarebbe stato il convenuto a dover dimostrare che non erano maturati i tempi necessari ad usucapire, con l'evidente difficoltà che richiede una prova di siffatta portata. Ma se anche così fosse stato, cioè se non si fosse ancora raggiunto il tempo necessario ad usucapire, l'attore avrebbe potuto domandare la tutela pretoria dell'*actio Publiciana*¹⁷⁷, come avrebbe potuto fare nel caso in cui non fosse stato in grado di dare la prova della proprietà. Nella *rei vindicatio* l'onere della prova risultava particolarmente gravoso: perciò il proprietario poteva cercare di recuperare il possesso attraverso un interdetto possessorio. In caso di successo, non avrebbe avuto più alcuna ragione di intentare una *rei vindicatio*.

¹⁷⁵ D. 50. 17. 54 Ulp. 46 *ad ed.*

¹⁷⁶ H. KIEFNER, *Klassizität der "probatio diabolica"?* in ZSS, XXXLI, 1964, p. 212 ss.

¹⁷⁷ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 237.

Allora per recuperare il bene sarebbe spettato all'avversario di agire in rivendica, assumendosi anche i relativi oneri probatori.

CAPITOLO 2

4. LA LEGITTIMAZIONE

Anzitutto occorre subito chiarire come la nozione di legittimazione possa assumere diverse inflessioni¹⁷⁸. Quella che in questa sede interessa è intesa nell'accezione processuale di *legitimatio ad causam*¹⁷⁹, di cui andremo discorrendo, che non è mai stata elaborata dai giuristi romani. Tale espressione venne formandosi per opera dei giureconsulti medioevali nella sistematica della dottrina del diritto comune e moderno, che pur traevano il loro solido fondamento nelle fonti romanistiche¹⁸⁰.

Alla luce di questa prima osservazione parrebbe, quindi, improprio operare una ricostruzione storica del diritto romano attraverso questa categoria ad esso sconosciuta. Al

¹⁷⁸ P. RESCIGNO, *Legittimazione (diritto sostanziale)* in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 716 ss; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, p. 53; A. GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Milano, 1979, p. 7.

¹⁷⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1936, p. 239; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, p. 180 s; E. BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1, p. 763; E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 1, p. 961; E. T. LIEBMAN, *Difetto di legittimazione passiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 638; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2007, p. 147 ss.

¹⁸⁰ J. J. W. VON PLANCK, *De legitimatione ad causam*, Gottinga, 1837, p. 8; M. MARRONE, *La legittimazione passiva*, cit., p. 6.e

contrario il Betti ci conforta “nell’uso della dogmatica in funzione storica”¹⁸¹: infatti il compito di chi svolge lo studio storico del diritto non può limitarsi ad una ricostruzione della nozione che gli antichi davano agli istituti per essi vigenti¹⁸². Invero l’utilizzo di categorie dogmatiche, rappresentative del fenomeno giuridico¹⁸³, sorreggono il lavoro di chi si avvicina alle fonti storiche, permettendo di individuare subitaneamente i problemi di maggior importanza¹⁸⁴. Allo stesso tempo nessun rilievo assume il fatto che una determinata nomenclatura non sia mai stata utilizzata dagli antichi o piuttosto che certi concetti e distinzioni non siano mai stati formulati¹⁸⁵: quello che preme è che negli istituti antichi sia rinvenibile quella stessa logica giuridica¹⁸⁶ che informa le nostre categorie di diritto positivo¹⁸⁷. Né attenzione deve essere rivolta alla percezione che i giuristi antichi avevano del diritto che applicavano, quanto piuttosto alla coerenza dei fini e alla logica che caratterizzavano l’istituto¹⁸⁸, che

¹⁸¹ E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, I, Milano, 1990, p. 581

¹⁸² L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012, p. 77.

¹⁸³ M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 116.

¹⁸⁴ G. GROSSO, *Problemi e visuali del romanista* in *JUS*, I 3-4, 1950, p. 321 ss.

¹⁸⁵ P. BONFANTE, *Corso diritto romano. III I diritti reali*, Milano, 1963, p. 5.

¹⁸⁶ E. BETTI, *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, p. 90 ss.

¹⁸⁷ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 10 ss.

¹⁸⁸ K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 16.

possiamo ricostruire attraverso la nostra dogmatica, per mettere in luce analogie e differenze rispetto al modello storico¹⁸⁹.

Tanto premesso, possiamo ora ricostruire la *legitimatio ad causam*, secondo quanto descritto dalla dottrina moderna, come la posizione propria dell'attore che gli permette di chiedere, e quella del convenuto, nei confronti del quale può essere reclamato, il provvedimento di cui alla domanda attorea, con riferimento al rapporto giuridico per il quale è sorta la lite¹⁹⁰.

È bene distinguere, invece, la nozione di *legitimatio ad processum*¹⁹¹, i.e. legittimazione processuale, che costituisce la capacità di agire nel processo. Non può essere in alcun modo fraintesa con la *legitimatio ad causam*, di cui sopra, che rappresenta, invece, una delle condizioni dell'azione. Quest'ultima non è una condizione di fondatezza della domanda, ma incide sulla trattabilità della causa nel merito: in questo senso ne è una condizione, poiché la mancanza di legittimazione attiva o passiva determina il rigetto della domanda¹⁹². Essa individua quali soggetti possano essere i destinatari della

¹⁸⁹ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 582.

¹⁹⁰ M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva*, cit., p. 8.

¹⁹¹ F. CARNELUTTI, *Legge regolatrice della legittimazione processuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, p. 33; E. CIACCIO, *Legittimazione ad causam e titolarità del rapporto sostanziale*, in *Giust. Civ.*, 1966; I, p. 132; A. CERRI, *Intervento 'iussu iudicis' e legittimazione ad agire e contraddire*, in *Foro Italiano*, 1972, I, p. 486; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale*, cit., p. 88; C. MADRIOLI, *Diritto processuale civile: I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2016, p. 374.

¹⁹² G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, p. 159 ss. in senso parzialmente difforme vedi E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 149 ss.

pronuncia di merito, in ordine alla controversia dedotta in giudizio, relativa all'esistenza -o meno- di un dato rapporto giuridico¹⁹³. Risulta necessario operare un'ulteriore distinzione, distinguendo la legittimazione a contraddire¹⁹⁴: essa spetta a chiunque per il semplice fatto obiettivo di essere stato chiamato in giudizio. Tale legittimazione è latrice di ogni più ampio diritto di difesa, volto a contrastare la domanda dell'attore, per ottenerne il rigetto, anche nel caso di carenza di legittimazione passiva¹⁹⁵. Come dicevamo, tornando all'accezione processuale che qui importa, la legittimazione attiva spetta a colui che possa domandare -in nome proprio- al giudice di pronunciarsi su una determinata questione, mentre la legittimazione passiva spetta a colui nei confronti del quale la decisione di merito possa essere richiesta¹⁹⁶. Più semplicemente la legittimazione attiva indicava l'attitudine ad occupare la posizione di attore, mentre quella passiva la posizione di convenuto¹⁹⁷. Resta pur vero che, nel caso in cui l'organo decidente non avesse dato seguito alla domanda, in quanto avesse riconosciuto carenza di legittimazione in capo a parte attrice o convenuta, tale

¹⁹³ L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 256

¹⁹⁴ F. IVREA, *Azione ed interesse*, in *Riv. Dir. e Proc. Civ.*, 1928, I, p. 329; E. BETTI, *Diritto processuale*, cit., p. 92; E. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 843; E. T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 148.

¹⁹⁵ F. CALASSO, *Legittimazione ad agire* in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 1958, p. 73.

¹⁹⁶ P. CALAMANDREI, *Sulla legittimazione passiva all'azione di accertamento* in *Riv. Dir. proc. civ.*, 194, p. 43.

¹⁹⁷ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p. 147.

pronuncia nulla avrebbe accertato sull'esistenza o meno del rapporto giuridico controverso¹⁹⁸.

Poniamo dunque mente alla nozione di legittimazione attiva¹⁹⁹. Essa si configura in maniera assai più stringente, in quanto risulta necessario accertare l'appartenenza del diritto soggettivo vantato dall'attore, non semplicemente di una sua astratta esistenza, ma declinato concretamente rispetto ad un soggetto determinato²⁰⁰. Occorre preliminarmente sgombrare il campo da un equivoco onde potrebbe ascriversi la titolarità della legittimazione ai soggetti nella cui sfera giuridica ricadrebbe il provvedimento giurisdizionale. Ciò non è possibile: infatti diversi sono i casi in cui ad un terzo è permesso di agire per un rapporto giuridico altrui²⁰¹.

In particolare, con riferimento alla *rei vindicatio*, è chiaro che il legittimato attivo è il soggetto che pretende di essere *dominus ex iure quiritium* e non avente il possesso del bene²⁰². Mentre per la legittimazione passiva il discorso risulta un poco più complesso, poiché individua colui che dovrà subire una eventuale condanna pecuniaria²⁰³.

¹⁹⁸ M. TALAMANCA, *La legittimazione*, cit., p. 11.

¹⁹⁹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, p. 311.

²⁰⁰ A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 115.

²⁰¹ M. WLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio: Eine rechtshistorische Untersuchung*, Jena, 1879; L. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 82 ss; M. KASER – K. HACKL, *Das römische*, cit., p. 209 s; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997.

²⁰² C. A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 414.

²⁰³ C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano. Note critiche e spunti ricostruttivi*, Milano, 1947, p. 47ss; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1996, p. 372.

L'attenzione deve essere rivolta, anzitutto, alla struttura bifasica del processo formulare romano²⁰⁴: anche per esso viene in rilievo una nozione di legittimazione che postula la necessaria identità fra le parti del giudizio ed i soggetti del rapporto giuridico dedotto²⁰⁵, la quale consente di assumere tra le parti del procedimento la decisione sul merito della lite²⁰⁶. Come dicevamo, le fonti non impiegano una terminologia precipua, che descriva la specifica nozione di legittimazione, eppure, là dove si concentrano sull'*actio*²⁰⁷, sulla sua sussistenza e sulle sue condizioni, emerge una determinata “direzione soggettiva”²⁰⁸ dell'*actio* stessa, che inerisce -nella sua ampiezza concettuale- anche a quelli che la nostra dogmatica ricondurrebbe a problemi inerenti la legittimazione. Per quanto attiene a quella attiva abbiamo espressioni quali *actionem competere*, *actionem dari* o *rem petere posse*. Invece dal fronte passivo abbiamo *in eum actionem competere* o *dari*, *actionem teneri* o *di rem ab eo*

²⁰⁴ Gai 4. 11. 29 in proposito M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl*, cit., p. 247; E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore urbano* in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, p. 118 n. 5; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 35 ss; M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten Zivilprozeßverfahrens* in *Festschrift für L. Wenger*, I, Monaco, 1944, p. 106 ss; L. WENGER, *Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse* in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 48 ss; E. BETTI, *Processo civile* in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1100 ss.; M. TALAMANCA, *Processo civile* in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, p. 22 n. 148;

²⁰⁵ E. T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 288.

²⁰⁶ M. TALAMANCA, *La legittimazione*, cit., p. 11.

²⁰⁷ B. WINDSCHEID - T. MUTHER, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, p. 205 s.

²⁰⁸ M. TALAMANCA, *La legittimazione*, cit., p. 11 n. 23.

*peti posse*²⁰⁹. Risulta necessario quindi comprendere se lo scrutinio in merito alla legittimazione fosse spettante al *praetor* o al *iudex privatus*.

Come noto, nella fase introduttiva del processo formulare le parti esponevano al magistrato i fatti di causa, c.d. *causae cognitio*²¹⁰ e sotto la sovrintendenza di quest'ultimo, collaboravano alla redazione della formula²¹¹. In questa porzione del giudizio venivano espletate diverse attività, quali e.g. l'interrogazione formale del convenuto²¹² o il deferimento di un giuramento decisorio all'avversario²¹³. Inoltre era possibile che il magistrato assumesse decisioni inerenti alla possibilità di

²⁰⁹ M. TALAMANCA, *La legittimazione*, cit., p. 11.

²¹⁰ R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960; A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 121;.

²¹¹ C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 142 ss; I. BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 292 ss.

²¹² C. SANFILIPPO, *Interrogatio in iure*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, Napoli, 1955, p. 631 ss; D. MEDICUS, *Zur Funktion der "interrogatio in iure"*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, 1971, p. 439 ss; M. LEMOSSE, *Actiones interrogatoriae*, in *LABEO*, 34, 1988, p. 7 ss; H. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, Monaco, 1994.

²¹³ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 431 ss; H. STIEGLER, *Marcell. D. 37.10.10. und die Drittwirkung des Eides*, in *ZSS*, LIIIV, 1968, p. 394 ss; F. STURM, *Der Eid im Dienst von Abtretung und Schuldübernahme*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, 1972, p. 515 ss; B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma, 1970; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana*, Milano, 1998.

agire: quindi che pronunciasse una *denegatio actionis*²¹⁴, piuttosto che una *datio iudicii*²¹⁵.

In particolare, sempre *in iure*, il pretore verificava la sussistenza di alcuni requisiti, una volta che l'attore avesse espresso la propria *postulatio actionis*:²¹⁶ si trattava di esaminare delle vere e proprie questioni preliminari, da cui dipendeva la possibilità di continuare il processo²¹⁷. Si pensi ad esempio alle problematiche inerenti la competenza del magistrato²¹⁸, oppure alla capacità delle parti, o ancora alla legittimazione processuale. La verifica di quest'ultima poteva avvenire attraverso *interrogatio in iure*. Se invece fosse stata scrutinata una carenza dei presupposti processuali a causa dell'attore, costui si sarebbe visto denegare l'*actio*, che avrebbe potuto intentare davanti allo stesso od altro pretore. Risulta opportuno porre altresì attenzione alla natura contrattuale della *litis contestatio* romana²¹⁹: per addivenirvi era

²¹⁴ A. METRO, *Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi*, in *BIRD*, IILV, 1972, p. 133 ss; H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in *ZSS*, CII, 1985, p. 453 s.

²¹⁵ C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 163; M. KASER – K. HACKL, *Das römische*, cit., p. 288 s.

²¹⁶ A. D'ORS, *Derecho*, cit., p. 138 s; A. CORBINO, *Diritto privato*, cit., p. 750.

²¹⁷ V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., p. 219 ss.; O. BULOW, *Die Lehre Von Den Prozesseinreden Und Die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, p. 214 ss; M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel: mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Vienna, 1924, p. 199 ss.

²¹⁸ L. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 60 ss; G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, p. 139 ss; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 158 ss.

²¹⁹ Secondo l'orientamento della dottrina maggioritaria la *litis contestatio* avrebbe natura contrattuale, è bene tuttavia osservare

necessaria la collaborazione delle parti, la reticenza del convenuto avrebbe inficiato l'intervento del pretore. Tra questi presupposti un ruolo assai centrale era rivestito dalla legittimazione processuale delle parti. Risulta quindi opportuno far luce sulle qualità necessarie per poter stare in giudizio di *rei vindicatio*, in particolare in posizione di *is cum quo agitur*.

Per poter prendere parte alla lite era necessario anzitutto essere *persona* in senso giuridico, cioè possedere la capacità giuridica la quale altro non è che l'idoneità ad essere titolari di diritti e doveri giuridici²²⁰. Infatti il prendere parte ad una lite è esso stesso un atto giuridico, che postula necessaria la capacità di agire, in carenza della quale poteva darsi luogo a rappresentanza per tramite d'altri²²¹.

A ben vedere queste due nozioni non sono espressamente rinvenibili nelle fonti romane, risulta quindi più opportuno parlare di *status libertatis*²²², imprescindibile punto di partenza per la titolarità e l'esercizio dei diritti, e dello *status civitatis*, in virtù del quale ed alla luce del principio

che altra autorevole dottrina, seppur minoritaria, non condivide tale assunto.

²²⁰ B. ALBANESE, *Persona (diritto romano)*. ED, XXIII, Milano, 1983, p. 169 ss; R. ASTOLFI, *La lex iulia et Papia*, Milano, 1996; E. CANTATRELLA, *Famiglia romana e demografia sociale, Spunti di riflessione critica e metodologica*, in IURA, XLIII, 1992, p. 99 ss; P. CATALANO, *Diritto e persone, Studi su origine ed attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990; W. FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in O. Behrends, *Festschrift für Franz Wieacker zum 70*, Gottinga, 1978, p. 340 ss; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica, dall'età arcaica al Principato*, Torino, 2004;

²²¹ V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., p. 185

²²² J. GAUDEMET, *Membrum, persona, status*, in SDHI, LXI, 1995, p. 1 ss.

di personalità del diritto romano, la tutela giudiziaria era, almeno in origine, garantita ai soli *cives romani*.

Il godimento di tali *status* era quindi imprescindibile per poter esperire la *rei vindicatio*, essi erano infatti necessari per essere riconosciuti come proprietari per diritto quiritario, la qual cosa era necessaria per poter partecipare alla lite in posizione di attore²²³. Il tema dello scrutinio in ordine alla legittimazione delle parti assume, invece, una ricca pluralità di ricostruzioni, dovute all'estrema importanza che esso rivestiva nel determinare non solo l'esito della lite, ma anche il suo *incipit*. Infatti a seconda che essa fosse recensita dal pretore o dal giudice privato comportava una diversa conduzione dell'attività processuale.

Il Pugliese colloca la legittimazione tra i requisiti soggettivi ascrivibili a ciascuna parte: essa riguarda in generale gli atti giuridici, ma assume dei connotati peculiari in ambito processualistico. Dopo averla distinta dalla capacità giuridica, che ne rappresenta il risvolto statico, la legittimazione viene descritta come "l'attitudine concreta a compiere un atto avente efficacia in una determinata sfera giuridica"²²⁴ rispetto a cui il soggetto occupa una determinata posizione. Tale attitudine, in ambito processuale, diveniva spettante a chi poteva essere parte, poiché avente una peculiare relazione con la controversia stessa, e facultizzava a compiere atti giuridici in un determinato procedimento. Se la legittimazione attiva importava per comprendere chi potesse addivenire alla *litis contestatio* in luogo di attore o per compiere altri determinati atti, la legittimazione passiva individuava

²²³ A. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 354 s.

²²⁴ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 311.

l'avversario dell'attore, contro cui venivano indirizzate le pretese di quest'ultimo e che quindi era titolato a resistere nel processo²²⁵. Pugliese precisa come la qualifica di *reus* si assumesse a seguito dell'iniziativa di controparte e non sulla base di un proprio atto. La *vocatio in ius* compiuta dall'attore fondava la facoltà di resistere alle pretese di quest'ultimo, ponendo in essere atti processuali. Con particolare riferimento alle *actiones in rem*²²⁶ la titolarità passiva dell'azione spettava non solo in ragione del diritto vantato dall'attore, ma anche dalla peculiare relazione esistente tra il convenuto e la *res* avverso cui l'*actio* esperita era rivolta, in carenza della quale l'azione non avrebbe condotto al risultato sperato²²⁷. Non bastava, quindi, che l'attore si affermasse titolare del diritto, il convenuto doveva contemporaneamente trovarsi in una relazione di fatto con il bene: entrambi erano presupposti della legittimazione passiva e dovevano essere vagliati in giudizio ancor prima che l'esistenza del diritto invocato²²⁸. Tant'è che il Pretore permise all'attore di non sperperare attività processuale premettendo lo scrutinio dei presupposti della legittimazione, attraverso la c.d. *interrogatio in iure*. Si anticipava così dinnanzi al pretore la verifica dei presupposti della legittimazione, pur mantenendo al *iudex privatus* la decisione sul giudizio di

²²⁵ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 311.

²²⁶ E. ALBERTARIO, *In tema di classificazione delle azioni – actiones in rem e actiones in personam*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1928, I, p. 185; in parziale dissenso G. SEGRÉ, *Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto romano classico* in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1933, p. 81 ss; M. KASER, *Das römische zivilprozessrecht*, cit., p. 35.

²²⁷ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 314

²²⁸ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 315.

merito che statuiva in merito alla fondatezza della pretesa attorea²²⁹.

Diversamente il Talamanca ritiene che la verifica della legittimazione dovesse essere rimesso al *iudex privatus*²³⁰: partendo dalla qualificazione dell'*actio* nel c.d. modo concreto, così come descritta dal Pugliese stesso²³¹, essa rappresentava una condizione del provvedimento di merito. Pertanto, mentre il Pretore poteva ammettere l'azione provvisoriamente rispetto al suo contenuto, era il giudice privato a dover verificare la titolarità attiva in capo all'attore contro il convenuto che avessero preso parte alla *litis contestatio*. La critica che Talamanca muove al Pugliese parte dalla qualificazione che quest'ultimo offre della legittimazione come individuazione delle parti facoltizzate a prendere parte alla *litis contestatio*: parrebbe trascurare che se lo scrutinio sulla legittimazione fosse stato esercitato dal Pretore avrebbe avuto ad oggetto la titolarità attiva e passiva di addivenire alla *litis contestatio*, mentre se fosse stato svolto *in iudicio* si sarebbe risolto in una verifica circa l'effettiva sussistenza dell'*actio*²³². Per il Talamanca la legittimazione passiva non potrebbe essere correttamente definita come la condizione di colui che possa resistere alla domanda dell'attore, non potrebbe essere una questione di forma degli atti come parrebbe sostenere il Pugliese, quanto piuttosto come soggezione all'azione da cui trae origine il potere di resistere in giudizio, assumendo la *defensio*. A suffragio della propria tesi il Talamanca adduce anche degli argomenti esposti

²²⁹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 316.

²³⁰ M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione*, cit., p. 11

²³¹ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 343 ss.

²³² M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva*, cit., p. 13 n. 27.

dallo stesso Pugliese nella sua opera sul processo formulare, ove distingue tra chi sia disposto ad assumere la *defensio* e il legittimato passivo la cui negata adesione alla lite comporta delle sanzioni che non sarebbero comminabili ad un *defensor* non legittimato passivamente, quindi non tenuto a sottostare all'*actio*. Infatti il Talamanca ritiene che le problematiche inerenti alla legittimazione potessero essere risolte accertando la titolarità, sia sul versante attivo che su quello passivo, dell'*actio*²³³. Come dicevamo poc'anzi tale autore riteneva che fosse compito del giudice privato, che interveniva solo in seguito alla *litis contestatio* per il cui addivenire era necessaria la cooperazione del *reus*. Se costui se ne fosse sottratto avrebbe subito ripercussioni, operate attraverso strumenti di diritto pretorio a carattere sanzionatorio, che erano orientate a soddisfare la richiesta dell'attore, senza che fosse compiuto l'accertamento del diritto vantato da quest'ultimo, inibito dall'astensione del convenuto stesso. È chiaro che se fosse stato l'attore a non accettare la formula, magari per la forza di un'eccezione proposta dal convenuto, il giudizio non avrebbe avuto seguito. Ma, come dicevamo, anche il convenuto poteva non collaborare alla redazione della formula, rifiutandosi di *rem defendere*. In proposito le fonti sono chiare: *in rem actionem pati non compellimur* (D. 6. 1. 80. F. F. Anth. 1 *ad ed.*) e *invitus nemo rem cogitur defendere* (D. 50 .17. 156. pr Ulp. 70 *ad ed.*). A riguardo si osservi come parte della dottrina riconduca la dicotomia *actiones in personam* e *in rem* proprio all'obbligo, o meno, di *accipere*

²³³ M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva*, cit., p. 12.

*iudicium*²³⁴. Il convenuto avrebbe pertanto potuto permettere all'attore di prendere possesso della *res*, verificandosi così un'immediata *traslatio possessionis*. Sebbene nell'ambito delle *actiones in rem* i provvedimenti pretori, a censura di chi si fosse rifiutato di *rem defendere* e avesse dismesso il possesso, non possano essere qualificati come coattivi, tuttavia concretavano una sanzione²³⁵. I possibili destinatari di un tale provvedimento ci permetterebbero di sorprendere i soggetti che avrebbero potuto essere chiamati ad aderire alla *litis contestatio* sia dal lato attivo che da quello passivo. Costoro sarebbero stati i destinatari delle sanzioni pretorie per *indefensio*²³⁶: pertanto il pretore avrebbe scrutinato la legittimazione attiva e passiva non in concreto, come avrebbe potuto fare il giudice privato pronunciando sull'*actio*, ma l'avrebbe valutata alla luce del portato asserito dall'attore, verificandola come le altre condizioni dell'azione. In carenza di essa avrebbe denegato l'*actio*²³⁷. Si realizzava quindi un controllo provvisorio sulla legittimazione ad opera del Pretore che veniva esaminata nel caso concreto solo dopo la *litis contestatio*, nella fase *apud iudicem*. Nella prima fase della procedura formulare, infatti, venivano esaminate le affermazioni fondanti la domanda attorea e se queste fossero in grado di dare legittimazione alle parti in punto di diritto. Al giudice privato era invece

²³⁴ F. SITZIA, *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977, p. 17; G. PUGLIESE, *Actio e diritto*, cit., p. 385.

²³⁵ A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 108.

²³⁶ G. PUGLIESE, '*Actio*' e diritto, cit., p. 358 ss; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 52; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 168 ss; G. I. LUZZATO, *Vecchie e recenti prospettive*, cit., p. 12 n.9

²³⁷ H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in ZSS, CII, 1985, p. 453 ss.

rimesso di scrutinare la corrispondenza tra i fatti costitutivi il rapporto giuridico controverso e i soggetti aderenti alla *litis contestatio*²³⁸.

Le due ricostruzioni della legittimazione passiva ora esposte rappresentano i maggiori orientamenti della romanistica: l'uno che la indica quale facoltà e possibilità di assumere il ruolo di convenuto nel giudizio, mentre l'altro come obbligo di contestare la lite, munito di sanzioni giuridiche per il caso di comportamenti omissivi²³⁹.

Il Glück nel suo commentario alle Pandette afferma che la *rei vindicatio* si esercitava contro il possessore che neghi il diritto di proprietà in capo all'attore, qualificando tale possesso come gerito a proprio vantaggio ed in nome proprio²⁴⁰. A riguardo pone attenzione al fatto che non è necessario per essere legittimato passivamente che il convenuto eccepisca di essere il *dominus*, bastava semplicemente che negasse il diritto dominicale vantato dall'attore, che ha l'onere della dazione della prova. E quindi richiamando l'assunto del noto giurista Furio Anthiano il convenuto poiché “*in rem actionem pati non compellimur*” poteva dichiarare *se non possidere*, rifiutando così l'azione che non lo avrebbe riguardato, ma essendo tenuto ad indicare il vero possessore²⁴¹. In tal guisa appare sostanzialmente corretta al Glück l'affermazione pegasiana “*eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in*

²³⁸ M. KASER, *Zum Formproblem der litiscontestatio*, in ZSS, LXXXIV, 1967, p. 1 ss.

²³⁹ G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976, p. 36.

²⁴⁰ F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, VI, Milano, 1888, p. 169.

²⁴¹ F. GLÜCK, *Commentario*, cit., p. 171.

interdicto uti possidetis vel utrobi”, della convenibilità in giudizio solo del possessore e non invece del detentore, che non è smentita da Ulpiano con la chiusa avversativa al passo in cui riporta l'idea del giurista proculiano. Semplicemente riterrebbe che il convenuto affermandosi possessore di una *res* solo detenuta oppure rifiutando o mancando di indicare *in iure* per conto di chi possedesse, avrebbe per tale ragione acquisito la posizione di colui *qui liti se offert*. Pertanto il Glück ritiene che anzitutto il Pretore dovesse sottoporre ad *interrogatio in iure* il convenuto, essa poteva essere svolta anche dall'attore, diversamente era il pretore che doveva procedere anche d'ufficio²⁴².

Il Marrone ritiene invece che la legittimazione attiva fosse strettamente connessa all'affermazione del dominio Quiritario pronunciata dall'attore, così come dichiarata nel tenore letterale della formula petitoria, seppure oggetto di uno scrutinio preliminare nella fase *in iure*: la concessione dell'azione recensiva unicamente l'assenza di elementi ostativi, non risolveva positivamente la questione della legittimazione. Dinanzi al giudice veniva assunta la decisione circa la titolarità del diritto di proprietà, che legittimava attivamente all'azione²⁴³. Per quello che concerne la legittimazione passiva ritiene invece che oggetto di disamina nella fase *in iure* fosse la possibilità giuridica e materiale di restituire, che seppur non menzionata nella compilazione della formula e benché le fonti conoscano casi di legittimazione di detentori, costituiva una regola di legittimazione passiva che il Pretore avrebbe dovuto verificare e la cui assenza avrebbe

²⁴² F. GLÜCK, *Commentario*, cit., p. 172.

²⁴³ M. MARRONE, *La legittimazione passiva*, cit., p. 23.

portato il giudice ad una pronuncia assolutoria²⁴⁴. Il Cannata ritiene, invece, che fra le questioni preliminari da affrontare prima che venisse concessa la formula, dovevano essere verificate sia la sussistenza della legittimazione attiva in capo all'attore, così come quella del convenuto sul fronte passivo a resistere contro la pretesa attorea. Infatti il Pretore avrebbe denegato l'azione qualora il chiamato in giudizio avesse mostrato di essere inidoneo ad occupare la posizione di convenuto²⁴⁵. La mancanza di tali presupposti avrebbe infatti reso irricevibile la domanda proposta dall'attore, per carenza di legittimazione. Resta tuttavia possibile che la carenza di legittimazione, sia attiva che passiva, fosse riscontrata *in iudicio*: in tal caso è evidente che il convenuto sarebbe stato mandato assolto dal giudice. In entrambe le ipotesi l'azione non sarebbe stata consumata, ma avrebbe potuto essere intentata nuovamente tra i soggetti titolari della legittimazione²⁴⁶. Anche il Lenel ritiene che la questione della legittimazione passiva sarebbe stata risolta *in iure*²⁴⁷: se il convenuto avesse negato di possedere nella maggioranza dei casi si sarebbe quindi rifiutato di *rem defendere*, dovendo così subire i rimedi previsti in caso di *indefensio*. Inoltre arriva anche a prospettare il caso, affatto teorico, in cui un convenuto che si fosse dichiarato non possessore avesse tuttavia accettato di *rem defendere*: in tal caso il pretore non avrebbe potuto far altro che denegare l'azione, piuttosto che lasciarla proseguire nella certezza dell'assoluzione del convenuto per mancanza di

²⁴⁴ M. MARRONE, *La legittimazione passiva*, cit., p. 32.

²⁴⁵ C. A. CANNATA, *Istituzioni*, p. 414.

²⁴⁶ C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 146.

²⁴⁷ O. LENEL, *Rei vindicatio*, cit., p.529.

legittimazione passiva²⁴⁸. Ancora diversamente se il mancato possesso fosse emerso solo nella fase *apud iudicem*: evasa la necessità probatoria a suo carico, il convenuto sarebbe stato assolto²⁴⁹.

5. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALLA REI VINDICATIO NELLE FONTI

Dopo aver ricostruito i concetti giuridici prodromici alla comprensione e disamina della formula petitoria, anche in prospettiva diacronica, possiamo ora concentrarci sulla ricostruzione della legittimazione passiva a tale azione. L'esperibilità di ogni azione è regolata da principi della relativa legittimazione²⁵⁰: abbiamo osservato che la *rei vindicatio* è un'azione *stricti iuris*, *rei persecutoria*, *in rem*, ed abbiamo potuto distinguere la legittimazione attiva, che potremmo sintetizzare col brocardo medioevale *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*²⁵¹, da quella passiva, verso la quale rivolgiamo ora la nostra attenzione.

La funzione della *rei vindicatio* è recuperatoria²⁵²: l'attore che avesse dimostrato all'esito del giudizio il proprio diritto di proprietà avrebbe visto il convenuto condannato ad una pena pecuniaria, qualora non avesse ottemperato all'ordine di restituzione contenuto nella clausola

²⁴⁸ O. LENEL, *Rei vindicatio*, cit., p.541.

²⁴⁹ O. LENEL, *Rei vindicatio*, cit., p. 550.

²⁵⁰ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, p. 311.

²⁵¹ L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, III, Torino, 2012, p. 57.

²⁵² C. SANFILIPPO, *Istituzioni*, cit., p. 227.

arbitraria²⁵³. In linea teorica, quindi, avrebbe potuto stare in posizione antagonista al proprietario che agisse in rivendica chiunque fosse nella possibilità di restituire. Ma la romanistica non è univoca in punto, tutt'altro. L'individuazione dei soggetti convenibili nel giudizio petitorio non è affatto pacifica e le fonti si presentano assai limitate. In particolare la ricostruzione del tema sarà fondata su un passo del commentario all'editto ulpiano.

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 commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Da una prima analisi letterale del testo possiamo capire che questo passo abbia a fondamento un quesito in ordine alla prova all'interno della *rei vindicatio*. Ulpiano riteneva che il compito del giudice in questa azione fosse quello di verificare il possesso del convenuto. Non avrebbe assunto

²⁵³ M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in ED, XXXVI, Milano, 1987, p. 66 ss; A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., p. 97.

rilevanza il titolo del possesso. Infatti, una volta provata la proprietà, il possessore avrebbe dovuto restituire, a meno che non avesse un'eccezione da opporre. È quindi presentata una tesi, ascrivibile a Pegaso ed altri giuristi, i quali ritenevano che nel passato, per l'esercizio di questa azione, assumesse rilievo solo quel possesso utile agli interdetti *utrubi* e *uti possidetis*. Vengono portati degli esempi in cui sarebbe stato impossibile rivendicare: così per un deposito, per un comodato, per una locazione o per altre situazioni in cui il possesso fosse proveniente da un decreto del pretore. Ma da questa tesi Ulpiano sembra smarcarsi, dichiarando che a sua opinione la cosa avrebbe potuto essere domandata a tutti coloro che avessero presso di sé la cosa ed avessero la possibilità di compierne la restituzione.

Vengono quindi in contrasto le opinioni dei due giuristi. Pegaso è giurista del I secolo d.C. noto per essere stato il successore di Proculo alla guida della scuola da questi fondata²⁵⁴. *Consul suffectus* sotto Vespasiano e *Praefectus Urbi* ancora con Vespasiano e poi con Domiziano²⁵⁵, è giurista di spicco dell'età classica: dei suoi scritti non ci resta nulla purtroppo²⁵⁶. Nome che esclude la provenienza dalla classe senatoria²⁵⁷, viene citato da Giovenale nella IV satira²⁵⁸, con l'appellativo dispregiativo di *vilicus*²⁵⁹, cioè

²⁵⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 553.

²⁵⁵ W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 2001, p. 133.

²⁵⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsia 1889, 9 ss.

²⁵⁷ E. CHAMPLIN, *Pegasus* in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 32, Bonn, 1978, p. 272.

²⁵⁸ Tale è nota come satira del consiglio dei quattro: Crispino era reo di molte colpe, ma anche Domiziano era noto per la sua ingordigia: lapesca di un pesce eccezionale comporta una vera e propria riunione dei vertici dello stato per stabilirne il destino, cioè

‘fattore’, e successivamente dai commentatori di Giovenale viene descritto come

*“filius trierarchi, ex cuius Liburnae parasemo nomen accepit, iuris studio gloriam memoria meruit, ut ‘ liber’ vulgo, non homo doceretur. Hic functus omni honore cum provinciis plurimis praefuisset, urbis curam administravit. Hinc est ‘Pegasianum’ scilicet ius, quod iuris peritus fuerat.”*²⁶⁰.

Il tratto descrittivo di questo testo deve restare contestualizzato quale annotazione ad una satira, quindi v’è connaturata una certa goliardia, ad esempio nel riferire il nome del giurista, mutuato dal mitologico cavallo alato, alla barca paterna. Eppure ne viene chiaramente riconosciuta la preparazione giuridica e l’impegno politico ed amministrativo. La vicenda di Pegaso ci mostra come la carriera in ambito legale fosse ragione di mobilità sociale: ebbe infatti origini molto umili, ma raggiunse la prefettura urbana sotto Vespasiano²⁶¹. La citazione che ne viene fatta in questo passo, come in altri frammenti di Ulpiano, non parrebbe essere di prima mano, ma piuttosto da citazioni apprese da Pomponio²⁶² e Giuliano²⁶³. Il testo in esame rappresenta anche una particolarità, infatti solitamente Pegaso è citato a fianco di altri giuristi, e.g. Trebazio²⁶⁴,

il modo di cucinarlo. L’andamento della satira oscilla tra l’indignazione per le azioni scellerate e il riso per atteggiamenti comici.

²⁵⁹ Iov. *Sat.* IV v. 77.

²⁶⁰ Schol. *ad IV.* 77.

²⁶¹ T. A. M. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 2002, p. 150.

²⁶² D. 7.1.12.2 Ulp. 17 *ad Sab.*

²⁶³ D. 7. 1. 25. 7 Ulp. 17 *ad Sab.*

²⁶⁴ D. 41. 1 . 41 Ulp. 9 *ad ed.* “*Statuas in civitate positas civium non esse, idque Trebatius et Pegasus [...]*”

Labeone²⁶⁵, Sabino²⁶⁶, Proculo²⁶⁷, Cassio²⁶⁸, mentre nel nostro caso la sua opinione è generalmente associata a quella di ignoti *quidam*. Per questa ragione è stato ipotizzato che Pegaso avesse realizzato una raccolta di responsi di giuristi, cui avrebbe aggiunto sue proprie notazioni²⁶⁹.

Ulpiano²⁷⁰, com'è noto, giurista dell'età dei Severi, nacque tra il 163 e il 170 d. C.²⁷¹ a Tiro²⁷², in Fenicia, città famosa

²⁶⁵ D. 33. 7 .12. 3 Ulp. 20 *ad Sab.* “[...]et Labeo et Pegasus recte negaverunt [...]”

²⁶⁶ D. 12. 5. 4. pr Ulp. 26 *ad ed.* “[...]cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt”.

²⁶⁷ D. 15. 1. 30. pr. Ulp. 29 *ad ed.* “[...] Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt [...]”

²⁶⁸ D. 7. 1. 12. 2 Ulp. 17 *ad Sab.* “[...] et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat [...]”

²⁶⁹ T. A. M. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 151.

²⁷⁰ A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzungsberichte der Berl. Akad. d. Wissensch.*, 1885; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften der römischen Juristen*, Halle, 1908, p. 99 ss.; P. KRUEGER, *Geschichte der Quellen u. Liter. des römischen Rechts*, Monaco-Lipsia, 1912, p. 197; V. ARANGIO-RUIZ, *Sul liber singularis regularum*, in *BIRD*, XXX, Milano, 1921, p. 178 ss.; E. ALBERTARIO, *Tituli ex corpore Ulpiani*, in *BIRD*, XXXII, Milano, 1922, p. 73 ss.; F. SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani*, Bonn, 1926, . 8 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II, Roma, 1929, p. 367 ss; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Roma, 1934, I, p. 393 ss; W. FELGENTRÄGER, *Die Literatur zur Echtheitsfrage der römischen Juristenschriften*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1933, p. 357 ss.; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 153 ss; . T. A. M. HONORÉ, *The Severan Lawyers: a Preliminary Survey*, in *SHDI*, 28, Roma, 1962, 162 ss; P.FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in *SHDI*, XXXIV, Roma, 1968, p. 363 ss; B. SANTALUCIA, *I libri opinionum di Ulpiano*, Milano, 1971, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Gottinga, 1975, p.

342; C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus* in ANW, II.15, Berlino, 1981, p. 671 ss; G. CRIFÒ, *Ulpiano Esperienze e responsabilità del giurista* in ANW, II.15, Berlino, 1981, p. 708 ss; P. FREZZA, *La persona di Ulpiano*, in SHDI, XLIX, Roma, 1983, p. 412 ss; D. MANTOVANI, *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del "de officio proconsulis"* in BIRD, 96-97, Milano, 1993-1994, p. 203 ss; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli, 2000; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale, cit.*, p. 245 ss; W. SIMSHÄUSER, *Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtscheinhaftung him klassischen römischen Recht*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli, 2001, p. 487 ss; T. A. M. HONORÉ, *Ulpian*, cit.; M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e Paolo intorno al 'certum dicere' nell'«edictum 'generale' de iniuriis»*, Lecce, 2002; G. NEGRI, *Appunti sulle «antologie casistiche» nella letteratura giuridica dell'età dei Severi. I libri disputationum di Ulpiano*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002, p. 263 ss; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in SHDI, LIIX, Roma, 2003, p. 3 ss; M. CHRISTOL, *Entre la cité et l'empereur: Ulpian, Tyr et les empereurs de la dynastie sévérienne*, in F. CHAUSSON, È. WOLFF, *Consuetudinis amor. Fragments d'histoire romaine (II - IV siècles) offerts à Jean-Pierre Callu*, Roma, 2003, p. 163 ss; G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1.)* in AUPA, ILIX, Palermo, 2004, p. 41 ss; A. MARCONE, *La prosopografia dei giuristi severiani* in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, ser IX, 15, 2004, p. 735 ss.

²⁷¹ T. A. M. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 207.

²⁷² Che in D. 50.15.1.pr Ulp. 1 *de cens.* definisce “*splendidissima colonia*”, ricordando la concessione del *ius italicum* ad opera di Settimio Severo.

per essere un vitale centro culturale di studi filosofici, sia neoplatonici che della filosofia cristiana²⁷³. Come altri giuristi severiani fu un burocrate con un'importante carriera nell'amministrazione imperiale: assessore del Prefetto del Pretorio Papiniano²⁷⁴, poi *magister libellorum*²⁷⁵, quindi Prefetto dell'Annona -sotto Alessandro Severo- e infine Prefetto del Pretorio. In questo ambito se è pur vero che l'aver ricoperto cariche pubbliche recava lustro ai giuristi, è altrettanto vero che essi venivano chiamati a rivestire tali *honores* proprio per l'apprezzamento che avevano riscosso quali giusperiti²⁷⁶. Morì per mano dei pretoriani nel 228 d.C.²⁷⁷ Fu autore affatto prolifico, spaziando tra i più diversi generi della letteratura giuridica: commentari all'editto, monografie che raccoglievano norme per gli amministratori imperiali, testi per l'insegnamento e di carattere casistico²⁷⁸. Alcuni studiosi tendono a ridimensionare la sua *vis* creativa, rispetto a Labeone o Giuliano²⁷⁹. Altri non gli riconoscono

²⁷³ L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2008, p. 87.

²⁷⁴ W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., p. 245.

²⁷⁵ G. CRIFÒ, *Ulpiano*, cit., p. 745 n. 228.

²⁷⁶ M. BRETONNE, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari, 1965, p. 78 ss.

²⁷⁷ F. MERCOGLIANO, *La fine di Ulpiano in Labeo*, XXXIX, 1993, p. 400 ss, ma in senso contrario J. MODRZEJEWSKI - T. ZAWADZKI, *La date de la mort d'Ulpian et la prefecture du prétoire au debut du règne d'Alexandre Sévère* in RHD, ILV, 1967, p. 565 ss che collocano la data della morte di Ulpiano nel 223 d.C.

²⁷⁸ M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982.

²⁷⁹ A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., p. 506.

l'acribia di Papiniano²⁸⁰, eppure la chiarezza del suo lavoro ha fornito il materiale per compilare quasi un terzo del Digesto²⁸¹, che era stato strutturato, per la maggior parte, secondo l'ordine dei *Libri ad edictum*²⁸². La sua figura oscilla tra un giudizio di complicato sofista, non per nulla Ateneo di Naucrati²⁸³ lo colloca tra i protagonisti del suo "Banchetto dei sofisti"²⁸⁴, e la stima per le sue qualità di illustre giurista, ammesso tra i più importanti frequentatori del circolo di Giulia Domna²⁸⁵, l'imperatrice filosofa, moglie di Settimio Severo, l'imperatore giurista²⁸⁶. Certamente egli apportò innovazioni legate alle proprie prese di posizione, ma realizzò al contempo una completa sistemazione dell'illustre tradizione normativa che la scienza giuridica romanistica aveva tramandato lungo i secoli²⁸⁷, il suo lavoro non offriva pertanto solamente un punto di vista privilegiato sullo stato dell'arte giuridica nell'età dei severi, ma permetteva anche di comprendere le epoche precedenti. Il passo - esso stesso - ci dimostra

²⁸⁰ E. ALBERTARIO, *Tituli ex corpore*, cit., p. 76; P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 78.

²⁸¹ T. A. M. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 113.

²⁸² J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Parigi, 1967, p. 762 n.5.

²⁸³ Ateneo è uno scrittore greco egiziano, vissuto nel II sec d.C, D. LENFANT, *Athénée et les fragments d'historiens*, Parigi, 2007.

²⁸⁴ G. CRIFÒ, *Ulpiano*, cit., p.734, ATENEO, *I deipnosofisti – i dotti a banchetto*, L. CANFORA (a cura di), Roma, 2001.

²⁸⁵ D. NOERR, *Ethik und Jurisprudenz in Sachen Schatzfund* in *BIDR*, XXLV, 1973, p. 28 ss.

²⁸⁶ M. HAMMOND, *Septimius Severus, Roman Bureaucrat*, *Harvard studies in class. Phil.*, LI, 1940, 151 ss.

²⁸⁷ C.A. MASCHI, *Diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966, p. 137 ss.

come non solo la citazione dei giuristi del passato²⁸⁸ ma, più in generale, la disamina delle questioni giuridiche in una prospettiva storica fosse uno degli argomenti più innovativi e solidi utilizzati da Ulpiano²⁸⁹. La sua opera giuridica muoveva su più fronti: anzitutto era orientata ad informare la struttura burocratica del nuovo stato²⁹⁰, ma anche a far sì che la giurisprudenza riconducesse a giustizia i provvedimenti che l'Imperatore andava assumendo sempre più frequentemente²⁹¹. Ancor più l'espansione dell'impero esigeva che i giuristi si adoperassero per affermare maggiormente l'universalità del diritto romano²⁹². La chiusura di una stagione di forte creatività, la predisposizione di materiali per gli operatori, la raccolta della produzione di diritto svolta dal Principe segna l'età dei giuristi severiani, ma in particolar modo la produzione di Ulpiano, che si fa interprete e divulgatore del nuovo corso che la scienza giuridica andava intraprendendo²⁹³. L'importanza del suo lavoro fu tale che il suo nome figura tra i giuristi della "legge delle citazioni", costituzione emanata nel 426 d.C. dall'imperatore d'Occidente Valentiniano III²⁹⁴: in

²⁸⁸ L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi in Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*, Padova, 2006, 129 ss.

²⁸⁹ G. CRIFÒ, *Ulpiano*, cit., p. 713.

²⁹⁰ V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, cit., p. 85.

²⁹¹ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989.

²⁹² L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., p. 89; A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 210.

²⁹³ L. DE GIOVANNI, *Istituzioni*, cit., p. 89.

²⁹⁴ A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero, I. La legge delle citazioni*, in *Studi senesi*, LIII, 1939, p. 406 ss; A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, p. 201-225; G.

un'epoca di decadenza della cultura giuridica si era resa necessaria la razionalizzazione della possibilità di allegare in giudizio gli scritti dei giuristi. Questi erano divenuti vere e proprie fonti del diritto, ma la loro pluralità di soluzioni non giovava all'amministrazione della giustizia, spesso affidata a funzionari non preparati in punto di diritto. Fu stabilito che nella prassi dei tribunali fosse possibile utilizzare solo le opere di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino²⁹⁵; nell'ipotesi di difformità di giudizio prevaleva il parere della maggioranza, in caso di parità prevaleva il parere di Papiniano²⁹⁶. Pertanto nonostante il c.d. *ius novum*, espressione del potere normativo imperiale, andasse assumendo sempre maggiore importanza, e gli *iura*, cioè gli scritti dei giuristi classici, continuavano a costituire il cuore del c.d. *ius vetus*, non

SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge della citazioni di Valentiniano III* in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, p. 155 ss; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni* in *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli, 1994, p. 416 ss; D. MANTOVANI, *Sulle consolidazioni giuridiche tardo antiche*, in *Labeo*, XLI, 1995, p. 251-267; G. FALCONE, *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in P. DI LUCIA - F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti*, Napoli, 2006, p. 71-100; A. CENDERELLI, *Fonti del diritto in diritto romano* in C. BUZZACCHI (a cura di) *Scritti romanistici*, Milano, 2011, p. 394 ss.

²⁹⁵ C.Th. 1.4.3 *Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. ad Senatum urbis Rom(ae): Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus.* [...]

²⁹⁶ C.Th. 1.4.3. [...] *Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentisingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus.* [...]

persero un fondamentale ruolo creativo i giuristi attraverso le loro *sententiae ed opiniones*²⁹⁷.

Il passo di cui ci stiamo occupando è tratto dall'opera di Ulpiano di commento all'editto: ponderoso lavoro di ottantatré libri, scritti probabilmente al tempo di Caracalla²⁹⁸, appartiene a quello che può essere considerato un vero e proprio genere letterario²⁹⁹ dell'età classica, in ragione del ruolo sempre maggiore rivestito dall'editto nel sistema delle fonti. Insieme a questo, i più famosi sono certamente quello di Gaio, di Pomponio e di Paolo: gli autori commentavano ogni singola clausola dell'editto, spesso soffermandosi anche su singole parole, ma non con metodo esegetico, quanto piuttosto riportando la ricca casistica che conoscevano per via della propria o dell'altrui esperienza di giuristi, consultati per la soluzione di controversie pratiche³⁰⁰. Il sedicesimo libro di commento all'editto è dedicato da Ulpiano, insieme al diciassettesimo, alla *rei vindicatio*: nella sua ricostruzione il Lenel lo impiega alla rubrica 69 “*de rei vindicatione*”³⁰¹, così come alcuni passi potrebbero essere letti in confronto al libro ventunesimo del commentario all'editto di Paolo. Come per la maggior parte dell'opera di Ulpiano, l'utilizzo fattone dai compilatori risulta affatto limitato e succinto. Il confronto tra i passi riportati dal Digesto e quelli reperibili in altre collezioni dimostra come il riferimento ai giuristi

²⁹⁷ Gai. *Inst.* 1.7. in proposito M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico* in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, a cura di I. PIRO, Soveria Mannelli, 1999, p. 142 ss.

²⁹⁸ C. 7. 49. , in proposito vedi T. HONORÈ, *Ulpian*, cit., p. 162.

²⁹⁹ C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana*, I, Torino, 1976, p. 56.

³⁰⁰ C.A. CANNATA, *Lineamenti*, cit., p. 57.

³⁰¹ O. LENEL, *Das edictum*, cit., p. 158.

classici, e alle loro opinioni, fosse compiuto in maniera ben più completa ed esaustiva. Ma Ulpiano non si limitava certo ad essere compilatore della tradizione giuridica precedente. Non di rado, come nel passo in esame, egli si discosta dalle opinioni dei giuristi del passato, in questo caso di Pegaso, aprendo a nuove prospettive. Il portato innovativo del suo lavoro è stato, invece, spesso accolto dai compilatori giustiniane³⁰². Costoro oltre ad operare delle sintesi delle opere di Ulpiano, si adoperarono in veri e propri rimaneggiamenti di carattere interpolatorio: discussi in dottrina, andiamo ora a renderne conto.

6. L'ANALISI TESTUALE DEL PASSO

Per quanto concerne il portato testuale il passo in esame è stato oggetto delle più diverse critiche. Certamente alcune espressioni iniziali non appaiono del tutto coerenti: *in hac actione in hoc erit ut; officium autem iudicis... in hoc erit ut*; sono espressioni che il Kubler³⁰³ ascriveva già all'intervento dei compilatori. Questo perché avrebbero sostituito l'originale riferimento di Ulpiano al pretore che presiedeva alla fase *in iure*, con il *iudex unus* della procedura *extra ordinem*, cui spettava il compito di verificare se il convenuto possedesse o meno. Anche il Cannata osserva che nel passo non si parla più di pretore³⁰⁴ poiché la procedura formulare era da tempo caduta in disuso con la sua distinzione di fasi *in iure* e *apud iudicem*,

³⁰² G. CRIFÒ, *Ulpiano*, cit., p.756.

³⁰³ B. KÜBLER, *H. Siber, Die Passivlegitimation*, cit., p. 487.

³⁰⁴ Come abbiamo visto precedentemente il Cannata riteneva che lo scrutinio in tema di legittimazione dovesse svolgersi nella fase *in iure*.

pertanto i compilatori interpolarono il passo assegnando l'*officium* al giudice della *cognitio*³⁰⁵.

Nello stesso senso si attesta il Lenel³⁰⁶ per il quale non il giudice privato avrebbe dovuto esaminare la situazione di possesso, infatti una volta che il convenuto avesse aderito alla lite non sarebbe stato più necessario per l'attore dimostrare il possesso di questi. Tuttavia se il convenuto avesse provato allo stesso giudice privato di non essere più nella situazione di possesso che aveva portato alla *datio actionis*, sarebbe stato impossibilitato ad ottemperare all'ordine restitutorio³⁰⁷. Il Siber ritenne totalmente interpolato il passo da *ubi enim probavi* a *qui non obiecit aliquam exceptionem*, così come l'inciso *necesse habebit restituere* darebbe conto della possibilità, solo giustiniana, di esercitare una restituzione coattiva, c.d. *manu militari*, totalmente esclusa dalla procedura formulare³⁰⁸. Certamente presenta delle incongruenze la casistica elencata nel passo: così è dubbio che vi fosse riferimento nel commentario di Ulpiano del comodato vicino al deposito³⁰⁹, così non parrebbe autentico il riferimento al *missus ventris nomine*³¹⁰ e nemmeno al

³⁰⁵ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 415.

³⁰⁶ O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in *Grunuth zeitschrift*, XXXVII, 1910, p. 15.

³⁰⁷ O. LENEL, *Rei vindicatio*, cit., p. 16.

³⁰⁸ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 26 ss.

³⁰⁹ R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIRD*, XIX, 1907, p. 54 ss

³¹⁰ S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1937, 19 ss

*missus dotis nomine*³¹¹. Tanto premesso può ben valere come sintesi la ricostruzione del Seckel³¹²

denique ait ab eo [apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut] qui (rei servande vel) legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui (quis?) damni infecti nomine non [cavebatur] (cautum esset?) [quia hi omnes non possident], vindicari non posse.

Anche la chiusa del passo “*puto autem*” è stata sospettata di interpolazione in particolare il Siber l’attribuiva o ai compilatori o ad un glossatore postclassico³¹³, mentre a buon diritto pare essere autentica espressione in prima persona dell’opinione di Ulpiano³¹⁴. In particolare il Marrone ritiene che *puto* non rispecchi l’usuale incisività dei compilatori giustinianeï, che avrebbero impiegato espressioni ben più incisive, sulla scorta della loro autorità legislativa³¹⁵. Invero è bene segnalare che sia stata prospettata anche la lezione “*peti <non> posse*” da alcuni autori antichi, che però non trova riscontro in alcuna edizione del Digesto³¹⁶, né nel testo dei basilici (XV.1.6), tanto da non essere nemmeno presa in considerazione dalla dottrina moderna, salvo che dal Glück –sempre con

³¹¹ H. SIBER, *Römisches Recht*, II, Berlino, 1928, p. 98.

³¹² H. HEUMAN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958, s.v. *vindicare*

³¹³ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 27.

³¹⁴ M. MARRONE, *La facultas restituendi*, cit., p. 5.

³¹⁵ M. MARRONE, *La facultas restituendi*, cit., p.543.

³¹⁶ H. DONELLO, *Commentarii de iure civili*, Norimberga, 1822, 20.3.3.

riscontro negativo— nella sua opera di commento alle Pandette³¹⁷.

7. LA VERSIONE DI ULPIANO

Il passo in esame costituisce una testimonianza in tema di legittimazione passiva alla *rei vindicatio* che nel Digesto non ha purtroppo altri univoci riscontri. L'assenza di un *tertium comparationis* tra le tesi di Ulpiano e Pegaso, costituisce uno dei problemi più complessi del tentativo di ricostruirne presupposti e requisiti. Necessario è premettere che in punto si registrano le opinioni più discordi, potremmo dire che la maggior parte degli studiosi ritenga che la soluzione negata dal diritto classico di poter convenire in giudizio, a scelta dell'attore, possessore o detentore fosse stata, invece, successivamente accolta nel diritto di età giustiniana³¹⁸. Ma altra autorevole dottrina

³¹⁷ F. GLÜCK, *Commentario*, cit., p. 169.

³¹⁸ J. CUJAS, *Opera omnia in decem tomos distributa*, IV, Napoli, 1722, 268 ss.; H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit.; B. KÜBLER, *Rec. a H. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio* (Leipzig 1907) in ZSS, XXIX, 1908, p. 483, H. KRÜGER, *Rei*, cit., p. 401 ss; O. LENEL, *Rei*, cit., p. 550 ss; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tubinga, 1910, p. 20 ss.; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Personen und Aktionen*, I, Berlino, 1918, p. 18 n. 4; H. SIBER, *Römischen Recht*, II, 1928, p. 97; P. JOERS – W. KUNKEL – L. WENGER, *Römischen Recht*, 1949, p. 139; F. SCHULZ, *Classical roman*, cit., p. 371; M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 291 s; P. KOSCHAKER, *Fr. 4. 32 D. 44.4 Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano* in IURA, IV, 1953, p. 69; S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, p. 68; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 390; J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Madrid, 1965, p. 284; M.

s'è espressa differentemente, ritenendo che anche in diritto classico fosse possibile agire in rivendica sia contro il possessore che contro il detentore³¹⁹.

Anzitutto nel passo Ulpiano riporta l'opinione di alcuni giuristi proculiani, tra i quali Pegaso era giurista di spicco, che ritenevano legittimato passivo il possessore che sarebbe stato tutelabile attraverso gli interdetti *uti possidetis* e *utrubi*³²⁰. In punto occorre chiarire che i giuristi romani non impiegavano una nozione univoca di *possessio*³²¹. Ciò sarebbe affatto complicato: le fonti storiche, cui ci è concesso attingere, non ne danno una definizione inequivocabile né sono concordi nel rinvenire gli elementi costitutivi di questa fattispecie³²². Il punto di partenza ritengo non possa essere altro che riconoscere la natura pregiuridica dell'idea stessa di possesso: questo è concetto conosciuto in ogni civiltà antica, e quindi anche in quella quiritaria, anzitutto come situazione di fatto, riconosciuta e tutelata tra i consociati poiché funzionale all'esercizio di ogni attività economica, garanzia di un

KASER *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 364; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 217; P. VOCI, *Istituzioni*, cit., p. 268; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 150; C. A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 416

³¹⁹ A. LAST, *Fragen der Besitzlehre in Jherings Jahrbücher*, LXII, 1913, p. 119 ss; M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 5 ss; M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 62 ss.

³²⁰ G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996; M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 280 ss.

³²¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 484.

³²² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano, 1932, p. 288.

armonico sviluppo dell'intera società³²³. Ad esso con l'evolversi e il complicarsi dei rapporti tra consociati vengono ricollegate conseguenze giuridiche sempre maggiori sia di diritto civile come l'acquisto del diritto proprietario tramite il decorso del tempo (*usu-capio*), sia di diritto pretorio, quali la tutela attraverso appositi *interdicta*³²⁴. In particolare gli *interdicta retinendae possessionis*, come dice il nome stesso miravano alla ritenzione, alla conservazione del possesso, mentre i *recuperandae possessionis* al recupero della situazione di possesso interrotta violentemente.

Tra gli interdetti proibitori hanno particolare rilievo l'*uti possidetis* e l'*utrubi*, utilizzati tuttavia in antico anche con funzione recuperatoria.

Tra gli interdetti restitutori erano i più adoperati l'*interdictum de vi* e quello *de vi armata*, dati in caso di *deiectio violenta*³²⁵.

L'*interdictum uti possidetis* è il più antico, utilizzato per proteggere i beni immobili. Così ce lo tramanda Festo:

Fest. *De verb. sign., poss.,* 233:

Uti nunc eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.

Il Pretore vieta di usare violenza per sottrarre il possesso (*vim fieri veto*) di chi possegga senza vizi (*nec vi nec clam*

³²³ La storia dei concetti di proprietà e possesso rappresenta una buona metà di una storia giuridica dell'umanità", A. MELA, *Il concetto di possesso*, Torino, 1993, p.3.

³²⁴ M. KASER, *Das römische*, cit., p. 393.

³²⁵ G. FALCONE, *Appunti sul quarto commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, p. 49.

nec precario) nei confronti dell'attuale controparte³²⁶. Esulava solo il caso delle *possessio vitiosa* instauratasi cioè *vi aut clam aut precario*, per cui era possibile opporre l'*exceptio vitiosae possessionis*, che non era un'eccezione processuale in senso proprio. Perciò questo interdetto non solo tutelava il possessore attuale contro le molestie dei terzi, ma andava anche ad individuare lo *iustus possessor*; se infatti il possessore attuale non fosse stato tale si sarebbe trovato a soccombere in giudizio³²⁷.

Alla protezione dei beni mobili era approntato l'*interdictum utrubi*. Con esso il Pretore vietava di usare violenza per attribuirsi il possesso del bene nei confronti di chi l'avesse posseduta per la maggior parte dell'anno precedente. Esso recitava:

Gai. 4. 150:

Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, maiore parte huius anni nec vi nec clam nec precario alter ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.

La maggior durata del possesso nell'anno precedente all'emanazione dell'interdetto è da considerarsi in senso relativo: sarebbe stato bastevole anche un possesso di due giorni contro uno, per vedersi vittoriosi in giudizio³²⁸. Quivi emerge la natura recuperatoria di tale interdetto: anche se la cosa fosse stata nella fase del giudizio posseduta dalla controparte, l'interdetto l'avrebbe riposta

³²⁶ L. LABRUNA, *Vim fieri veto: alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 140.

³²⁷ L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., p. 151.

³²⁸ L. LABRUNA, *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986, p. 67.

nella disponibilità di colui che l'avesse posseduta per il tempo più ampio nell'anno precedente.

Tornando al nostro passo, viene quindi proposta una casistica di soggetti contro i quali non avrebbe potuto essere proposta l'azione di rivendica: il depositario, il comodatario, il conduttore ed altri soggetti che avevano la disponibilità della *res* in seguito ad un provvedimento del Pretore. La ragione è ben espressa da Ulpiano nell'inciso: *quia hi omnes non possident, vindicari non posse*³²⁹. Il possesso utile per gli interdetti *utrubi* e *uti possidetis*, come abbiamo visto, potevano risultare spesso prodromici all'esercizio dell'azione petitoria. Infatti, appartenenti entrambi al *genus* degli *interdicta retinendae possessionis*, avevano per obiettivo l'attribuzione del possesso. A colui che se lo fosse visto tributare sarebbe spettata la posizione di convenuto in un eventuale giudizio di rivendica, godendo del c.d. *commodum possessionis*: gli sarebbe bastata la semplice affermazione "*possideo quia possideo*", vedendosi così sollevare dall'onere di dazione della prova gravante, invece, sull'attore non possessore³³⁰. Ci dicono in proposito le fonti:

D. 6. 1. 24. Gai. 7 *ad ed. prov.*

Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdico possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere.

³²⁹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 365.

³³⁰ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 509.

In questo passo Gaio, commentando l'editto provinciale, afferma che un soggetto che voglia rivendicare un bene deve porre attenzione alle difficoltà probatorie in capo all'attore: meglio esercitare un interdetto ed avere il possesso, trovarsi convenuto sarebbe risultato assai più semplice. Pertanto chi domandava al Pretore un interdetto, fosse esso *retinendae* o *recuperandae possessionis*, che lo facesse quindi per mantenere o recuperare il possesso, spesso si adoperava a tal fine in vista di un futuro giudizio di rivendica, nel quale la condizione di possessore convenuto avrebbe sollevato dai pesanti oneri in ordine alla dazione della prova³³¹. Coloro che da Pegaso vengono esclusi dal novero dei possessori verso i quali avrebbe potuto essere esperita la *rei vindicatio* vengono, invece, diversamente qualificati da Gaio, circa un secolo dopo, nelle sue Istituzioni³³².

Gai. *Inst.* 4, 153.

Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur.

Gaio afferma che si veniva qualificati come possessori non solo quando si fosse dato luogo personalmente a tale possesso, ma anche per tramite d'altri a nostro nome. E'

³³¹ A. BURDESE, *Possesso (diritto romano)*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, p. 453; A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen zivilprozess*, in *ZSS*, CXXII, 1992, p. 441 ss.

³³² M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 366.

interessante che ciò venga detto valido anche quando il possesso fosse realizzato attraverso soggetti non sottoposti alla potestà di colui che era considerato possessore, per esempio coloni o inquilini. Egli riporta quindi l'opinione per cui il possesso potesse essere conservato solo con l'intenzione, senza che alcuno eserciti per noi l'apprensione fisica, ma alla condizione che non vi fosse stata una dismissione intenzionale. Esclude, tuttavia, categoricamente che il possesso potesse essere intrapreso solo con l'intenzione. Possiamo sintetizzare quindi dicendo che il possesso *per alium* venne riconosciuto come giuridicamente rilevante, come reso a favore del soggetto considerato vero possessore dall'ordinamento e che esercita per tramite di altro soggetto³³³. Così anche nelle fonti possiamo rinvenire terminologie che sulla scorta del passo citato trovano il loro contemperamento, la *possessio civilis* e la *naturalis possessio*.

La protezione del Pretore era accordata al possesso in quanto tale, riconoscibile ogni qualvolta un soggetto fosse stato nella materiale disponibilità di un bene (*corpore possidere*) accompagnata dall'intenzione di avere per sé lo stesso (*animus rem sibi habendi*); qualora infatti la disponibilità del bene non fosse accompagnata da questo stato psicologico, i romani parlavano di *naturalis possessio*, la moderna detenzione, che era sprovvista di tutela giuridica³³⁴. Mentre per avere la c.d. *possessio civilis*, la sola idonea ad usucapire, era richiesto oltre agli elementi costitutivi della fattispecie possessoria (*corpus et animus*) che essa fosse stata intrapresa sulla base di un titolo idoneo (c.d. *iusta causa possessionis*) a trasferire il *dominium*, e

³³³ B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., p. 25.

³³⁴ C. A. CANNATA, *Possessio, possessor, possidere*, Milano, 1962, p. 22.

veniva perciò qualificata come *iusta possessio*. Per configurare una situazione di possesso il diritto romano non richiede la *bona fides*, poiché anche il ladro, che evidentemente versa sempre in *mala fides*, è possessore. Dalla *bona fides*, tuttavia, lo *ius civile* fa discendere una serie di effetti giuridici di assai rilevante importanza, primo fra tutti essa è considerata quale elemento imprescindibile per iniziare un possesso utile all'usucapione³³⁵.

La chiusura del passo in esame, invece, pare essere il discostarsi di Ulpiano dal pensiero pegasiano: infatti all'affermazione di quest'ultimo sull'impossibilità di esercitare la *rei vindicatio* contro il non possessore "*vindicari non posse*", il giurista severiano si esprime "*puto autem*" affermando che la rivendica sarebbe stata esercitabile contro "*qui tenent et habent restituendi facultatem*". Ulpiano, quindi, amplia lo spettro di coloro che avrebbero potuto essere i convenuti in giudizio, non solo gli esercenti un possesso tutelabile tramite interdetto, ma chiunque avesse la materiale disponibilità della cosa e fosse nella condizione di restituirla³³⁶.

Se *prima facie* la lettura del passo può essere riassunta come abbiamo ora fatto è da chiarirsi come la dottrina abbia sviluppato nello studio di questo frammento una pluralità di letture e ricostruzioni, che andremo esaminando.

³³⁵ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 368.

³³⁶ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 33.

8. VERIFICA DELLA LEGITTIMAZIONE E TENORE LETTERALE DELLA FORMULA

Il passo in esame pone una pluralità di questioni di ampia portata: ci sarà tuttavia necessario esaminarlo per tentare una ricostruzione dei plausibili criteri impiegati per individuare il legittimato passivo, ch  quello attivo risultava assai pi  facilmente nel *dominus ex iure quiritium*³³⁷.

Come anticipato al paragrafo precedente, la dottrina maggioritaria ha ritenuto Ulpiano dissentire dalla tesi di Pegaso e dei *quidam*, che stimavano potesse essere convenuto in rivendica soltanto il possessore interdittale. Il giurista severiano considerava, invece, legittimato passivo ogni detentore che fosse munito della *facultas restituendi*³³⁸.

Tanto premesso parrebbe che, rispetto al portato letterale della formula, il giudice privato avrebbe dovuto compiere delle valutazioni che lo avrebbero portato oltre il perimetro tracciato dal pretore e dalle parti *in iure*³³⁹.

Una completa ricostruzione di questa posizione   stata presentata dal Siber, all'inizio del secolo scorso³⁴⁰: egli sosteneva che il detentore, tale per detenzione proveniente dall'attore stesso, non fosse passivamente legittimato alla *rei vindicatio*, almeno per quanto attiene al processo formulare di et  classica³⁴¹. A questi era equiparato il possessore interdittale che non esprimeva *animus domini*: nei casi -citati dal passo ulpiano- del precarista, del

³³⁷ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 537.

³³⁸ C. A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 418.

³³⁹ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 24.

³⁴⁰ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 22 ss.

³⁴¹ M. KASER, *Das römische*, cit., p. 363 ss.

creditore pignoratizio, del sequestratario ed in altri dove la detenzione fosse proveniente dall'attore, quest'ultimo, per la restituzione, avrebbe potuto intentare la sola azione discendente dal rapporto per il quale la detenzione era stata accordata³⁴². Così, ad esempio, il proprietario avrebbe potuto chiedere al precarista la restituzione del fondo non attraverso la rivendica, ma attraverso l'*interdictum de precario*. Tale principio viene esteso e generalizzato dal Siber il quale ritiene che avrebbe escluso la legittimazione passiva del convenuto in rivendica, la possibilità per l'attore di ottenere la restituzione attraverso l'esperimento di una più idonea azione fondata nel rapporto sottostante tra attore e convenuto³⁴³. Pertanto sia il pretore *in iure* avrebbe dovuto verificare l'assenza di altri rimedi funzionali alla reintegra, ed in caso contrario denegare l'azione, ma anche il giudice avrebbe dovuto operare una ricognizione in proposito ed assolvere il *reus*, qualora costui avesse posseduto o detenuto a nome dell'attore o se quest'ultimo avesse potuto giovare di un'azione diversa e più specifica di una rivendica e che avesse ugualmente portato alla restituzione del bene³⁴⁴.

Ne consegue che il *iudex* avrebbe dovuto assolvere, nonostante il portato letterale della formula, qualora all'attore fosse stato possibile agire attraverso un rimedio caratteristico³⁴⁵. Anche il Lenel ritiene che il detentore *nomine actoris* fosse convenibile in giudizio con l'azione propria del rapporto negoziale, così come il non possessore³⁴⁶.

³⁴² M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 342.

³⁴³ M. KASER, *Das römische*, cit., p. 448 ss.

³⁴⁴ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 44 ss.

³⁴⁵ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 44 ss.

³⁴⁶ O. LENEL, *Rei vindicatio*, cit., p. 15.

Il portato di questi assunti venne in parte accolto e in parte ricusato dalla dottrina: in particolare il Marrone porta alla nostra attenzione un'obiezione sul piano dei principi formulari per cui il giudice avrebbe potuto unicamente condannare se – e solo se – avesse riscontrato come sussistenti i termini della formula, che – come abbiamo visto – non faceva alcun riferimento al possesso del convenuto, né all'elemento soggettivo che accompagnava la disponibilità del bene, né alla possibilità per l'attore di esperire un rimedio recuperatorio inerente un rapporto negoziale³⁴⁷. Le tesi di Siber parrebbero, secondo Marrone, porsi in contrasto con i cardini del sistema formulare che vedono il *iudex* vincolato ad attenersi al tenore letterale della formula. Egli critica sistematicamente gli esempi invocati dal Siber a sostegno della propria posizione. Anzitutto nel caso del venditore che non intentasse l'*actio venditi* contro il compratore insolvente, ma la *condictio certae creditae pecuniae*, il maestro tedesco non configura nell'*oportere* della *condictio* un obbligo per il giudice di condannare: infatti pur riconoscendo verificati i termini della *condictio*, il convenuto avrebbe dovuto essere mandato assolto, perché l'attore avrebbe dovuto comunque agire tramite *actio venditi*³⁴⁸. Il Marrone dissente ponendo attenzione alla distinzione tra *oportere* dei *iudicia stricti iuris*, come la *condictio*, ed *oportere ex fide bona* nei *iudicia bonae fidei*, come ad esempio l'*actio venditi*: la fattispecie del compratore insolvente avrebbe potuto essere fonte di obbligazione solo nel caso di formule con *oportere ex fide bona*³⁴⁹.

³⁴⁷ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 344.

³⁴⁸ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 344.

³⁴⁹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 344 s.

Ad ulteriore conforto della propria tesi il Siber, invece, adduce il passo

D. 17.1.8.pr Ulp. 31 *ad ed.*

Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.

Nel passo Ulpiano si domanda a quale azione ricorrere nel caso in cui dopo la nomina di un Procuratore per lo svolgimento di una causa costui si rifiuti di restituire i documenti. Egli anzitutto riporta l'opinione in punto di Labeone che propende per l'esercizio di un'*actio mandati*, mentre esclude di poter ricorrere ad un'*actio depositi*, motivando che sia necessario avere attenzione all'accordo genitivo ed alla causa di ogni singolo contratto³⁵⁰. Anche in questo frammento possiamo riconoscere un'alternativa di azioni esperibili nei confronti del *procurator ad litem* - tra l'*actio depositi* e l'*actio mandati* - per ottenere la reintegra degli *instrumenta* ricevuti per il giudizio. Il Siber riteneva che lo strumento da utilizzare, da Labeone in poi, fosse l'*actio mandati*: il giudice di un'*actio depositi*, pur verificandone positivamente la sussistenza degli elementi, avrebbe dovuto assolvere³⁵¹. Marrone si dissocia anche in questo caso, riconducendo la questione ai tipi contrattuali, onde la disponibilità di tali *instrumenta* non fosse a titolo

³⁵⁰ E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. Il Contesti e pensiero*, Milano, 2002, p. 206 n. 291.

³⁵¹ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 41 ss.

di deposito e pertanto non giudiziabile attraverso la relativa azione. A sostegno di questo criterio di discernimento egli adduce il seguente testo

D. 11.7.14.12 Ulp. 25 *ad ed.*

Labeo ait, quotiens quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse: et ideo si familiae erciscundae agere possit, funeraria non acturum: plane si iam familiae erciscundae iudicio actum sit, posse agi.

Viene riportata l'opinione di Labeone il quale afferma che nel caso in cui un soggetto abbia a disposizione un'azione diversa da quella funeraria per il rimborso delle spese funebri debba evitare quest'ultima. Infatti l'azione adeguata è quella di divisione dell'eredità, che solo se già conclusa potrà dar luogo all'*actio funeraria*. Labeone, quindi, affronta in questo passo l'ambito di esperibilità dell'*actio funeraria* che i classici avevano ritenuto mezzo residuale per recuperare le spese funerarie: essa era infatti stata impiegata dal pretore in quei casi dove il *ius civile* avesse presentato lacune³⁵². La *causa funeris* avrebbe condotto all'assoluzione, nei casi in cui si fosse potuto far valere miglior titolo per il recupero delle spese³⁵³.

Tornando ai frammenti addotti dal Siber a suffragio delle proprie posizioni, un ragionamento particolarmente importante prende le mosse da

³⁵² J. RESZCZYNSKI, *Impendere, impensa, impendium* (Sulla terminologia delle spese in diritto romano), in SDHI, LV, 1989, p. 191.

³⁵³ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 347 n. 19.

D. 2.13.9 pr. Paul. 3 *ad ed.*

Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere.

Paolo nel suo terzo libro di commento all'editto presenta il caso di alcuni soggetti tenuti ad esibire i conti, ma che il pretore non costringe in forza dell'editto. Porta l'esempio di un procuratore che abbia amministrato le nostre sostanze il quale può essere chiamato dal pretore non attraverso un'*actio in factum*, quanto piuttosto con l'*actio mandati*. Così anche se un socio abbia gestito gli affari con dolo, si sarebbe dovuto ricorrere all'*actio pro socio*. Così il tutore può essere chiamato a rendicontare al pupillo attraverso l'azione di tutela, non con altra³⁵⁴. Da questo passo egli pare dedurre che il giudice avrebbe assolto il *procurator*, il *socius* e il tutore se chiamati in giudizio con l'azione scaturente dall'*edictum de edendo*³⁵⁵. Ma in proposito il Marrone controbatte che se, invece, il pretore avesse concesso tale formula, il giudice non avrebbe

³⁵⁴ A. FERNANDEZ BARREIRO, *Los principios 'dispositivos' e 'inquisitivo' en el proceso romano*, in SHDI, XLI, 1975, p. 125; A. BUERGE, *Fiktion und wirklichkeit: soziale und rechtliche strukturen des römischen bankwesens*, in ZSS, CXVLII, 1987, p. 465.

³⁵⁵ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 38 s.

potuto far altro che conformarvisi e -se avesse ritenuto sussistenti i requisiti come da formula- condannare³⁵⁶. Analogicamente deve dedursi dal seguente passo di Ulpiano in cui riporta la clausula edittale "*De dolo malo*"

D. 4.3.1.1 Ulp. 11 *ad ed.*

Verba autem edicti talia sunt: "quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo".

Le parole dell'editto in proposito riferivano che quelle cose che fossero state dette fatte con dolo malevolo, se per esse non vi fosse stata altra azione e risultasse esserci una giusta causa, il Pretore avrebbe concesso l'azione³⁵⁷. Quindi l'*actio de dolo* sarebbe stata concessa in assenza di un'altra azione idonea e che il detrimento recato non fosse quantificabile in un modesto ammontare³⁵⁸:

³⁵⁶ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 348.

³⁵⁷ R. VIGNERON, *Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*, in BIRD, 1974, XLVII, p. 443; F. DE MARTINO, *Litem sua facere*, in BIRD, 1988, XCI, p. 1ss.; M. TALAMANCA, *Mario Bretono. Storia del diritto romano*, in BIRD, XCI, 1988, p. 745 ss; A. CARCATERRA, *Lorenzo Fascione, 'Fraus legi'. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica*, in SHDI, L, 1984, p. 529; A. WACKE, *Zur lehre vom factum tacitum und zur aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS, CIII, 1973, p. 226; M. KASER, *Zur in integrum restituito, besonders wegwn metus und dolus*, in ZSS, CVII, 1977, p. 171.

³⁵⁸ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 349.

D. 4.3.9.5 Ulp. 11 *ad ed.*

Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. nam ecce in primis, si modica summa sit.

In proposito il Siber osserva come le istanze espresse in questi ultimi due frammenti non avessero un riscontro letterale nella formula, ma avrebbero potuto essere oggetto di ricognizione del pretore, ovvero a seguito della concessione dell'azione il giudice si sarebbe dovuto rendere edotto a riguardo dell'esperibilità di altro mezzo giurisdizionale e dell'ammontare del danno occorso all'attore³⁵⁹: la tenuità del danno o la possibilità di ricorrere ad altro rimedio giurisdizionale avrebbe condotto ad una pronuncia assolutoria, seppure la formula non prescrivesse in tal senso. Marrone in punto obietta l'assenza di una giustificazione a tale assunto del Siber: anzi, ritiene che la verifica di entrambi i presupposti in commento dovesse svolgersi *in iure*. A sostegno di ciò adduce proprio la testimonianza di D. 4. 3. 9. 5³⁶⁰.

Ulpiano ricostruisce un intervento del pretore che egli ritiene a buon diritto aver inserito nell'editto la necessità di accertare una giusta causa per l'esercizio dell'*actio de dolo*, ch  tale azione il giurista riteneva non doversi assolutamente concedere facilmente, ma almeno in casi dove si discutesse di somme ragguardevoli. Il portato letterale del passo porta il Marrone ad affermare che ci fosse un chiaro impiego di termini tecnici propri del procedimento *in iure*: in particolare l'impiego del verbo *indulgere*, rimanda all'attivit  del pretore, cos  come *non*

³⁵⁹ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 38 s.

³⁶⁰ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 349 n. 26.

debet dari evoca chiaramente una *denegatio actionis*³⁶¹. Ma questo non significava che la legittimazione dovesse essere esaustivamente affrontata *in iure*, in tale frangente doveva essere solo verificata l'assenza di questioni ostative alla concessione dell'azione, al giudice privato il compito di esercitare il controllo vero e proprio in tema di legittimazione passiva. Ancora Siber porta a sostegno delle proprie tesi il caso dell'*actio de dolo* la cui questione di sussidiarietà pareva rimessa al pretore

D. 4.3.1.4 Ulp. 11 *ad ed.*

Ait praetor: "si de his rebus alia actio non erit". merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. idem et pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.

Nel passo di Ulpiano, in tema di dolo, viene riportata l'affermazione dell'editto pretorio "se per queste cose non ci sarà un'altra azione": il giurista severiano ritiene che il magistrato ben volesse dare luogo a questa in assenza di altre azioni che non fossero infamanti, siano esse civili o pretorie. Ed anche in questo caso viene riportata l'opinione di un altro giurista, Pedio, che, commentando anch'egli l'editto, ritiene che tale azione avrebbe dovuto evitarsi se

³⁶¹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 350.

un soggetto si fosse potuto tutelare a mezzo di altro interdetto o eccezione processuale³⁶². Nello stesso senso va anche la successiva affermazione riportata da Pomponio³⁶³. Dal testo, a giudizio del Marrone, si evincerebbe che fosse *in iure* necessaria la valutazione del principio di sussidiarietà: se fosse stato esperibile rimedio più proprio si sarebbe verificata una pronuncia negativa rispetto alla concessione dell'azione. Pertanto il regime dell'*actio de dolo* in relazione al principio di sussidiarietà osterebbe nel suffragare le tesi esplicate dal Siber³⁶⁴. Anche Lambrini si pronuncia in favore della sussidiarietà dell'azione di dolo, che quindi derogava al principio del cumulo fra azioni reipersecutorie³⁶⁵. Ancora il Siber si richiamava a tale principio anche riguardo alla *cautio damni infecti*: nel caso in cui non fosse percorribile altra via il pretore poteva imporre la prestazione di una *cautio*. Pertanto il giudice adito *ex stipulatu*, avrebbe dovuto assolvere se avesse verificato la esperibilità di un'altra azione³⁶⁶. A fondamento del ragionamento è posto

³⁶² F. STURM, *Stipulatio aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, Monaco, 1972, p. 238 ss.; R. MENTXAKA, *Stellionatus*, in BIRD, XCI, 1988, p. 309; V. POLACEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in LABEO, IXX, 1973, p. 179; A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in SHDI, XLIV, 1978, p. 419; A. WAKE, *Kannte das edikt eine in integrum restituito propter dolum*, in ZSS, CI, 1971, p. 123; M. KASER, *Zur in integrum*, cit., p. 169.

³⁶³ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 40 s.

³⁶⁴ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 350 n. 33.

³⁶⁵ P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, p. 111.

³⁶⁶ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 137.

D. 39.2.32 Gai. 28 *ad ed. provinc.*

Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno proprietarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existes. et hoc plerisque placet: sed movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo iudicio pro parte consequi. 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, 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: quod et in superiore casu intellegendum est.

Commentando l'editto provinciale Gaio riferisce del caso di un soggetto proprietario per l'intero di un edificio e comproprietario di quello confinante. Egli si domanda se nell'eventuale caso che l'edificio in comproprietà avesse recato ammaloramenti all'altro fabbricato potesse essere richiesta una cauzione, in proporzione alla quota di proprietà. Gaio, smarcandosi da molti altri giuristi, ritiene che ciò non fosse corretto, poiché sarebbe stato possibile per il proprietario che avesse sostenuto spese per delle riparazioni causate dall'edificio in comproprietà esercitare un'*actio societatis* o *communi dividundo* per vedersene rifondere la quota spettante. Altrettanto egli pare deporre

per una non esperibilità, in senso utile al fine recuperatorio delle spese, di una *stipulatio*³⁶⁷. Pertanto, tornando al nostro ragionamento, il *iudex* nel condannare avrebbe dovuto porre attenzione ad elementi estranei al tenore letterale della formula, cioè l'azionabilità di diversi e più idonei rimedi spettanti all'attore. Marrone critica l'idea che questo passo potesse fondare l'affermazione del dovere del giudice di assolvere il convenuto dell'*actio ex stipulatu* che avesse prestato *cautio damni infecti*, non dovuta in virtù del principio di sussidiarietà³⁶⁸. In particolare, senza soffermarsi sui dubbi di genuinità del testo, il Marrone ritiene che una *cautio* sarebbe stata immotivata, potendo invece percorrersi la via dell'*actio pro socio* o della *communi dividundo*. Ma l'autore osserva che una possibile interpretazione del passo, che parrebbe essere stata abbracciata persino dal Siber³⁶⁹, farebbe ritenere Gaio convinto dell'invalidità della *stipulatio*. Ma se così fosse, a giudizio di Marrone, il *iudex* non avrebbe potuto fare altro che mandare assolto il *reus* perché la *stipulatio* stessa sarebbe stata invalida³⁷⁰. Viene addotto dal maestro tedesco anche il caso dell'inquilino di cui a

D. 39.2.33 Ulp. 42 *ad sab.*

Inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet.

³⁶⁷ G. NICOSIA, *Il testo di Gai 2. 15 e la sua integrazione*, in LABEO, VIX, 1968, p. 171; M. J. RAINER, *Der paries communis im klassischen römischen recht*, in ZSS, CXVIII, 1988, p. 506.

³⁶⁸ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 353.

³⁶⁹ H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 136.

³⁷⁰ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 353.

Ulpiano è fermo nel dire che all'inquilino non fosse concessa una *damni infecti*, perché poteva agire con la più idonea azione nascente dal rapporto negoziale sussistente col *dominus*, se costui gli avesse vietato di spostarsi³⁷¹. Andando oltre le questioni testuali il Marrone ritiene che dal passo emerga chiaramente la spettanza pretoria del diniego della *damni infecti*. Nemmeno il caso dell'*operis novi nuntiatio*³⁷² che Siber mutua da

D. 39.1.3.1 Ulp. 52 *ad ed.*

Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit adversus vicinum. plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio vel per praetorem.

in quanto viene tecnicamente esclusa dal novero delle *actiones*, per cui non sarebbe stata rilevante l'attività dello *iudex*. Se un lavoro fosse svolto su di un luogo comune, la denuncia avrebbe avuto luogo contro il vicino³⁷³. Non così il caso di un socio, che se fabbrichi in un luogo comune, non potrà essere soggetto all'*operis novi nuntiatio*, ma potrà subire un'*actio communi dividundo* o una traduzione in giudizio davanti al pretore³⁷⁴.

³⁷¹ G. POLARA, *Inquilini qui praediis adhaerent ed 'aestimatio' di un legato nullo*, in BIRD, LXXII, 1969, p. 162; I. MOLNAR, *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella 'locatio-conductio'*, in LABEO, XXXII, 1986, p. 300 s.

³⁷² H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 208;

³⁷³ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 353.

³⁷⁴ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 353.

CAPITOLO 3

9. LA RICOSTRUZIONE DEL PENSIERO PEGASIANO

Le tesi prima richiamate del Siber e del Marrone sono svolte in relazione alla diversa ricostruzione della legittimazione passiva all'azione di rivendica che parrebbe emergere dal noto brano ulpiano, già sopra introdotto, riportato dai commentatori in D. 6.1.9. Se da un lato i *quidam ut Pegasus* riconoscevano legittimato passivo il solo possessore interdittale e disconoscevano ad ogni altro detentore -sia nel caso in cui fosse convenuto dal soggetto da cui derivasse la detenzione che da un terzo- dall'altro la tesi che parrebbe esprimere lo stesso Ulpiano riconosce legittimato passivo chiunque avesse la disponibilità materiale del bene e la possibilità giuridica di restituirlo, pertanto ogni detentore³⁷⁵. Quest'ultima affermazione che chiude il passo in esame è stata da larga parte della dottrina ritenuto difficilmente conciliabile con i principi del diritto romano classico ed è pertanto ritenuto, da grande parte della dottrina, spurio³⁷⁶. Non parrebbe tuttavia prudente, né corretto, spingersi su questa via fino a non riconoscere una distanza tra le posizioni di Pegaso e quelle di Ulpiano, il quale avrebbe semplicemente ampliato il novero dei convenibili in rivendica ad alcuni detentori, tuttavia escludendo quelli *nomine actoris*.

In particolare Marrone, come descritto al paragrafo precedente, ritiene che per conciliare la posizione dei *quidam* fosse necessario ascrivere lo scrutinio della

³⁷⁵ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 56.

³⁷⁶ In proposito vedi la bibliografia citata al §7.

legittimazione passiva del detentore che derivasse tale posizione dall'attore alla fase *in iure*: quest'ultimo si sarebbe visto denegare l'azione, pur potendo adire nuovamente il detentore secondo le azioni nascenti dal rapporto tra questi sussistente³⁷⁷. Resta salvo il ragionamento precedentemente esposto, per cui la verifica *in iure* avrebbe constatato una carenza grave di legittimazione passiva, la quale sarebbe rimasta tuttavia oggetto di verifica per il giudice privato. Tale deduzione, nella ricostruzione del maestro siciliano, prende le mosse da una contestualizzazione e lettura sistematica del passo in esame all'interno del commentario ulpiano: il libro XVI '*de rei vindicatione*', ne trattava l'oggetto, a seguire la legittimazione attiva e quindi quella passiva, per passare poi alle incombenze dello *iudex* inerenti l'*arbitratus de restituendo*³⁷⁸. La collocazione lascerebbe intendere che come le verifiche sull'ottemperanza alla clausola arbitraria, così anche quelle sulla legittimazione sarebbero state oggetto di scrutinio del giudice privato. Così anche il confronto con

D. 43.24.11.5 Ulp. 71 *ad ed.*

Interdictum complectitur id, quodcumque aut vi aut clam factum est. sed interdum evenit, ut quid et vi et clam fiat, partim et partim, in eodem opere. ut puta cum prohiberem, fundamenta posuisti: postea cum convenissem, ne reliquum opus fieret, absente et ignorante me reliquum opus perfecisti: vel contra fundamenta clam iecisti, deinde cetera prohibente me

³⁷⁷ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 355.

³⁷⁸ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., p. 865.

aedificasti. hoc iure utimur, ut et si vi et clam factum sit, interdictum hoc sufficiat.

dove si fa un uso di *complecti* non dissimile a quello di D. 6.1.9 con lo scopo di riconoscere nel possesso interdittale uno dei presupposti dell'azione³⁷⁹. Così il portato letterale dell'affermazione *vindicari non posse* viene da Marrone ricondotto ad altre espressioni delle fonti quali *agi non posse* o *peti non posse* che esprimerebbero una preclusione giuridica dell'azione e non semplicemente materiale³⁸⁰. Così sempre in D. 6.1.9. il *peti posse* della chiusa parrebbe riconoscere come giuridicamente come fondata la proposizione dell'azione.

10. DETENZIONE PER CONTO DI UN TERZO O DERIVANTE DALL'ATTORE

Come abbiamo già avuto modo di presentare precedentemente, il frammento in esame riporta, per il tramite di Ulpiano, l'opinione di un gruppo di giuristi, di cui il più noto è Pegaso, che affermavano la legittimazione passiva solo di coloro che avessero esercitato un possesso utile agli interdetti *utrubi* o *uti possidetis*, restandone così esclusi i detentori. Tale ricostruzione, la più diffusa in dottrina, ha creato alcuni interrogativi riguardo alla sua applicazione, rispetto ai principi formulari inerenti i

³⁷⁹ A. DI PORTO, *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, in BIRD, XCI, 1988, p. 532; J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVI, 1968, p. 497.

³⁸⁰ G. PUGLIESE, *Actio e diritto*, cit., p. 173 ss.

compiti del giudice³⁸¹. Interessante è in proposito l'interpretazione che il Marrone suggerisce per conciliare il tenore del frammento in commento con i principi del processo formulare romano classico. Egli concentra l'attenzione sulla presenza nella formula della *rei vindicatio* della clausola arbitrale: subordinare la condanna alla mancata restituzione avrebbe implicato la possibilità materiale e giuridica di restituire la *res*³⁸². La dove una di queste fosse mancata al convenuto, il giudice lo avrebbe mandato assolto: condizione non emergente dal tenore letterale della formula, ma logicamente presupposto dell'ordine di restituire, il cui inadempimento solo avrebbe implicato la pronuncia di condanna. Quindi il problema diventava la categorizzazione di coloro che si trovassero nelle condizioni di fatto e diritto per la restituzione: costoro sarebbero stati legittimati passivi convenibili in rivendica. La non univocità della nozione di possesso, cui abbiamo fatto riferimento precedentemente, non permetteva di raccogliere in tale categoria di legittimati passivi i possessori, nell'opinione ricondotta a Pegaso sarebbe stato tale il solo possessore interdittale³⁸³. Ciò non implica che fosse impedita la rivendica contro i detentori *nomine actoris*, dato che costoro sarebbero infatti stati nella effettiva possibilità di restituire. Il problema, invece, si sarebbe posto nei confronti del detentore *nomine alieno*: pur trovandosi nella disponibilità materiale della *res*, costui manteneva col proprio dante causa un vincolo negoziale, che inficiava la possibilità giuridica di restituire. I giuristi proculiani riconoscevano così impossibilitati ad

³⁸¹ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 62.

³⁸² M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 358.

³⁸³ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 60.

opporsi alla restituzione i soli possessori interdittali³⁸⁴. Il Pugliese ritiene che la legittimazione del possessore *nomine alieno* fosse esclusa da Pegaso e dai proculiani, mentre fosse ammessa da Ulpiano a condizione della possibilità di compiere la restituzione. In proposito anch'egli avanza dubbi circa la genuinità della chiusa del passo³⁸⁵.

Il Marrone cerca, invece, di descrivere le linee evolutive che portarono l'autore della chiusa del passo in esame a prendere le distanze da Pegaso e dai *quidam*: egli ritiene che da una parte la cangiante nozione di possesso e dall'altra alcune esigenze di pratica giuridica portarono a non poter più riconoscere come legittimati a restituire i soli possessori interdittali, ma che si dovesse ampliarne lo spettro a tutti coloro che avessero la disponibilità materiale del bene e la *facultas* di restituirlo³⁸⁶. Ragione per cui il Marrone tende a deporre per un'autenticità del periodo finale del frammento in esame, che invece è stato sempre fortemente sospetto di interpolazione da più parte della dottrina. Il Marrone cerca anche di discernere nell'assunto Pegasiano un riparo anche per il caso della rivendica contro il detentore *nomine actoris*: in prima battuta con riferimento al metodo dei giuristi romani, egli presenta come possibile che il giurista proculiano abbia trascurato l'ipotesi in esame in quanto tale detentore avrebbe certamente avuto la possibilità materiale e giuridica di restituire³⁸⁷. Ma il Marrone ritiene che, invece, la posizione di Pegaso non escludesse la rivendica contro i detentori *nomine actoris*: se costoro si fossero rifiutati di restituire la

³⁸⁴ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 360.

³⁸⁵ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 474.

³⁸⁶ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 360.

³⁸⁷ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 59.

disponibilità della *res*, al proprio dante causa, avrebbero posto in essere un atto idoneo all'interversione del possesso, tale per cui egli avrebbe assunto la legittimazione agli interdetti *utrubi* ed *uti possidetis*, rientrando dunque alla previsione di cui al passo in commento³⁸⁸. Marrone si appoggia in tal senso ad un frammento di Papiniano in cui è traccia del pensiero di Nerva, altro giurista proculiano:

D. 41.2.47 Papin. 26 *quaest.*

Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est. cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit: idque nerva filius libris de usucapionibus rettulit. idem scribit aliam causam esse hominis commodati omissa custodia: nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit, videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere. igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.

Papiniano afferma che se un soggetto avesse deciso di possedere e non restituire una cosa mobile avuta in comodato o deposito, avrebbe fatto perdere il possesso al

³⁸⁸ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 59.

proprio dante causa. E si richiama a Nerva che vedeva nella negligenza di custodia delle cose mobili pregiudizio per la fattispecie possessoria. Non così nel caso in cui un servo avesse mantenuto in animo il desiderio di tornare dal padrone, tale volizione conserva al *dominus* il possesso del servo e gli permette di possedere cose mobili anche per tramite dello schiavo stesso³⁸⁹. Il testo può confortarci nel ritenere che il rifiuto di restituire desse luogo ad acquisto del possesso, che quindi legittimava colui che era stato detentore ai rimedi pretori, in particolare dell'*utrubi* cui faceva riferimento quest'ultimo frammento nella sua collocazione originaria³⁹⁰. Marrone prevede anche l'obiezione che emerge ad un'analisi di questo frammento di Papiniano per il caso del comodante di un servo che avesse ricevuto il rifiuto alla restituzione del comodatario: non avrebbe perso il possesso finché nel servo fosse stato vivo il *propositum redeundi*³⁹¹. Egli opina in merito che questo caso particolare fosse stato escluso dall'ambito di applicabilità del più generale enunciato pegasiano e che comunque, a suo giudizio, non avrebbe potuto essere negata la rivendica seppur in concorso con l'azione nascente dal comodato. Resta quindi chiaro che il rifiuto di restituire avrebbe posto le condizioni necessarie per l'interversione possessoria che avrebbe fondato la legittimazione a richiedere gli strumenti pretori di tutela possessoria contro le istanze dei terzi. In punto il Marrone si esprime nel non ritenere necessario che l'interversione desse luogo ad una *iusta possessio*, intrapresa quindi *nec vi*

³⁸⁹ G. MAC CORMACK, *The role of animus in the classical roman law possession*, in ZSS, XCIX, 1969, p. 137; M. KASER, *Nochmals ueber besitz und verschulden bei den 'actiones in rem'*, in ZSS, CXI, 1981, p. 136.

³⁹⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., p. 865.

³⁹¹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 361 n. 61.

nec clam nec precario, sulla quale potrebbero porsi dei dubbi. La *iusta possessio* sarebbe stata rilevante per l'esito dell'interdetto, ma non per adire il Pretore. Marrone pertanto tende a ritenere che anche il portato del pensiero di Pegaso permettesse di ritenere passivamente legittimati alla rivendica tutti coloro che fossero nella disponibilità materiale della *res* e nella possibilità giuridica di restituirla: il detentore per conto terzi non possedeva, non avrebbe quindi potuto essere legittimato passivamente, mentre colui che detenesse in virtù di un rapporto negoziale con l'attore, se si fosse rifiutato di restituire avrebbe operato un'interversione del possesso che l'avrebbe quindi qualificato possessore interdittale, convenibile in rivendica.

Questa lettura del pensiero di Pegaso offerta dal Marrone ha certamente il pregio di non porlo in antitesi con l'affermazione di Ulpiano che chiude D. 6.1.9: il detentore *nomine actoris* avrebbe certamente avuto in capo la *facultas restituendi* anche rispetto al proprio dante causa, verso cui fosse tenuto a restituire³⁹². L'antitesi che emerge dal tenore letterale del passo tratto dal commentario all'editto può trovare giustificazione, invece, nel mutato percorso di acquisto del possesso. Se, infatti, per i giuristi classici il rifiuto di restituire avrebbe costituito interversione di detenzione in possesso, non così per i giuristi dell'epoca successiva: per fare salva la legittimazione del detentore *nomine actoris* si passò quindi dal criterio del possesso interdittale a quello della *facultas restituendi*.

Discorso a parte deve essere fatto per i soggetti che pur essendo detentori non escludevano il proprio dante causa dal possesso diretto della cosa. Tale per esempio

³⁹² M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 361.

l'usufruttuario di uno schiavo o di immobili³⁹³ che avrebbe potuto esercitare il proprio diritto reale senza escludere il possesso del *dominus*, solo qualora si fosse spinto ad inibire la disponibilità di quest'ultimo avrebbe potuto essere convenuto in rivendica. La ragione è affatto evidente, mantenendo il possesso del bene non avrebbe potuto azionare una *rei vindicatio*, solo qualora gli fosse stata sottratta la disponibilità gli sarebbe stato accessibile tale rimedio per ripristinare la coesistenza del diritto dominicale alla facoltà di esercitarlo sul bene che ne era oggetto³⁹⁴. Ed altrettanto si può affermare affrontando la situazione dal punto di vista del detentore che, non escludendo dal possesso la propria controparte negoziale, non avrebbe espresso un possesso interdittale, passivamente legittimante all'azione restitutoria³⁹⁵. Anche questa lettura del pensiero dei proculiani non genera antinomie con il punto di vista di Ulpiano: la disponibilità richiesta dall'autore avrebbe dovuto rivestire i caratteri dell'esclusività, che qui non era negata, così come la *facultas restituendi* non avrebbe potuto essere invocata se vi fosse stata sussistente una situazione di possesso diretto. Restavano tuttavia percorribili altre vie processuali per veder dismettere taluni comportamenti della controparte, ma non attraverso una rivendica. Solo se il detentore avesse impedito la disponibilità del bene al *dominus*, esorbitando i limiti del diritto a lui spettante, unicamente in tale frangente sarebbe stato convenibile in rivendica: ciò sia per la tesi di Pegaso, in quanto si sarebbe realizzata una situazione tutelata dal pretore tramite interdetti *utrubi* o *uti*

³⁹³ M. MARRONE, *Corso*, cit., p. 138.

³⁹⁴ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 361.

³⁹⁵ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 362.

possidetis, sia per la tesi di Ulpiano in quanto al solo avente causa sarebbe stato possibile restituire la *res*³⁹⁶.

11. LA CASISTICA DI ESCLUSI DALLA RIVENDICA

Nel testo di Ulpiano alla dottrina di Pegaso fa seguito l'esposizione di una ricca casistica di soggetti contro i quali non sarebbe stato possibile esercitare la *rei vindicatio*, poiché riconosciuti come non possessori. Nel novero erano ascritti il comodatario, il conduttore, il depositario, *i missi in possessionem legatorum servandorum causa, dotis nomine, ventris nomine, damni infecti nomine*. Nel caso di questi ultimi risulta chiaro che la loro relazione materiale con la cosa qualora si fosse esplicita nei limiti della ragione per cui erano stati dichiarati *missi* non avrebbe potuto configurare alcuna forma di possesso, così la parte avverso cui era stata dichiarata la *missio*, né i terzi avrebbero potuto agire in rivendica³⁹⁷. Mentre per il conduttore con godimento esclusivo ed anche per comodatari e depositari - rispetto ai terzi con cui non avevano alcuna relazione negoziale - dato che essi non acquistavano il possesso, che restava invece in capo al locatore, al deponente, al comodatario, non erano passivamente legittimati alla rivendica. Diversamente se avessero rifiutato il possesso al proprio dante causa avrebbero dato luogo ad interversione del possesso che avrebbe giustificato la domanda di rivendica. Pertanto l'elenco casistico che Ulpiano ascrive alla teoria

³⁹⁶ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 363.

³⁹⁷ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 364.

dei *quidam ut Pegasus* avrebbe potuto essere sintetizzato dicendo che avverso costoro sarebbe stata esclusa la rivendica ad opera del terzo³⁹⁸. Era questo il caso in cui potevano sorgere maggiori problemi in punto di legittimazione passiva alla rivendica: ragione per cui parrebbe che le varie interpretazioni avanzate sul passo in esame si siano concentrate sulla rivendica chiesta dal terzo, ch  se fosse stata chiesta dall'attore avverso il possessore *nomine actoris* non sarebbe sorto problema alcuno. Il Marrone depone per questa ricostruzione e, in guisa di altri studiosi, arriva ad ipotizzare che nel testo originale di Ulpiano fosse addotto il solo caso dei *missi in possessionem*: l'esclusione degli altri detentori poggia, a suo giudizio, su argomenti di carattere testuale. Cos  l'espressione *commodare apud aliquem* non ha riscontro altrove nelle fonti e parrebbe anche sgrammaticata, neppure   indicato il soggetto di *deposita est vel commodata*, cos  manca l'oggetto di *conduxerit*, ma ancora peggio non ritiene esservi alcun raccordo logico tra *conduxerit, in possessione esset* e il verbo *cavebatur*; in proposito v'  chi ritiene totalmente spurio il periodo che da *damni* si chiude col *cavebatur* e chi invece ricostruisce con *vel quia damni infecti nomine cautum non esset*. Questa disamina del testo non   sostenuta solo dal Marrone, ma condivisa da altri autorevoli studiosi che ne traggono spunto per arrivare anche a posizioni molto differenti, egli tuttavia trova nell'esclusione di alcuni soggetti dal catalogo e nell'asserzione di pertinenza ai *missi in possessionem* un ulteriore conforto alle proprie tesi in merito al portato della affermazioni di Pegaso ed Ulpiano³⁹⁹. In punto   bene presentare anche il pensiero

³⁹⁸ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 365.

³⁹⁹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 365.

del Wubbe⁴⁰⁰ che sosteneva addirittura che l'unico rimedio dato al *dominus* contro il creditore pignoratizio, comodatario e depositario fosse la rivendica, in quanto l'azione contrattuale non sarebbe stata esperibile utilmente al fine di rientrare in possesso della *res*, salvo limitare la portata di questa affermazione⁴⁰¹ all'epoca precedente il diritto classico, in cui certamente si sarebbe potuto verificare un concorso di azioni. Il Siber ritiene altresì che il portato dell'affermazione pegasiana rendesse ragione del sistema antico dell'*agere lege*: nella *legis actio sacramento in rem* ogni parte affermava il *meum esse*, ciò significa che entrambe erano sorrette da *animus domini*⁴⁰². Resta così ancora una volta chiaro che il *dominus* non avrebbe potuto agire contro il proprio detentore. Come abbiamo visto il Marrone si smarca da questa visione diacronica, ritenendo invece che la formula dovesse essere letta anche nei propri termini impliciti, quindi con riferimento alla possibilità materiale e giuridica di restituire e che questa fosse riconoscibile anche in capo ai detentori carenti di *animus domini*⁴⁰³. Sempre un'approccio di evoluzione della procedura del giudizio ha portato il Kaser a riconoscere che l'affermazione di Pegaso si riferirebbe al giudizio di rivendica esercitato *per sponsionem*: a suo giudizio esso avrebbe dovuto necessariamente essere preceduto dall'esperimento degli interdetti possessori, questo perché anche secondo il maestro tedesco l'attore non avrebbe potuto rivendicare dal proprio detentore, in quanto esso non era *possessor iustus*. Costui si sarebbe visto soccombere in sede di interdetto

⁴⁰⁰ F. WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leida, 1960, p. 152

⁴⁰¹ F. WUBBE, in TR, XXXV, 1967, p. 500 ss.

⁴⁰² H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 10.

⁴⁰³ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 365.

pretorio e quindi non avrebbe potuto assumere la parte convenuta nella lite per la rivendica.⁴⁰⁴ Nello stesso senso si è pronunciato anche il D'Ors: la possibilità di giovare degli interdetti possessori era la sola idonea a qualificare la convenibilità in giudizio di *rei vindicatio*⁴⁰⁵.

12. QUALE POSSESSO PER LA RIVENDICA?

Non può essere taciuta, per una seria ricostruzione del passo in esame, la polisemia che il lemma *possidere* andava mostrando nelle fonti: è di tutta evidenza come essa assuma importanza, perché, come abbiamo visto, la fattispecie possessoria risultava determinata al fine dell'individuazione del legittimato passivo. Se da un lato Pegaso riconosceva tale il possessore interdittale, Ulpiano chiedeva che il possesso materiale fosse congiunto alla possibilità giuridica di restituire. Si potrebbe dunque pensare che l'attore non potesse convenire in rivendica il proprio avente causa, ché non sarebbe stato possessore in carenza di *animus domini*. Si veda

D. 44.2.9.1 Ulp. 75 *ad ed.*

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

⁴⁰⁴ M. KASER, *Eigentum*, cit., p. 287.

⁴⁰⁵ A. D.ORS, *Derecho*, cit., p. 150.

In base al testo, il convenuto in rivendica dovrebbe essere possessore e ritenersi tale. Ulpiano fa il caso di un tale che avesse difeso un fondo che credeva di possedere e che successivamente comprò: se il richiedente ritenesse la cosa giudicata ci si domanda se quest'ultimo avrebbe dovuto restituirla. In proposito cita Nerazio il quale ritiene che un attore che riproponesse la domanda e venisse in punto opposta eccezione di cosa giudicata avrebbe potuto replicare per la cosa giudicata a proprio favore⁴⁰⁶.

Ma in proposito il Marrone ritiene di dover precisare che la terminologia delle fonti non esauriva la casistica giuridica, quanto piuttosto raccoglieva le esperienze più comuni alla pratica quotidiana. Il tema diveniva dunque quello di comprendere in relazione alla legittimazione passiva chi potesse essere riconosciuto come *possessor*. Sempre il Marrone riteneva di dover porre attenzione anzitutto alla diversa accezione che *possessio* veniva ad assumere con riferimento ai diversi istituti giuridici cui si riferiva⁴⁰⁷. Esso è rinvenibile nelle fonti a partire dal III secolo a.C., cioè dall'età repubblicana. Il verbo *possidere* appare utilizzato in senso tecnico nel testo dell'*interdictum uti possidetis* pronunciato dal governatore della *Hispania Ulterior* attorno al 189 a.C., tuttavia gli storici sono concordi nel ritenere che esso fosse impiegato sin dall'età antica, anche se dell'uso di esso mancano testimonianze certe e databili.⁴⁰⁸ In tutto ciò è bene anche osservare come in talune fonti, tra l'altro tutte tratte sempre dal

⁴⁰⁶ M. KASER, *Nochmals ueber besitz*, cit., p. 138; H. WIELING, *Subjektive reichweite der materiellen rechtskraft im römischen recht*, in ZSS, CXV, 1985, p. 322.

⁴⁰⁷ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 366.

⁴⁰⁸ G. NICOSIA, *Possesso nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, p. 79.

commentario all'editto ulpiano al libro diciassettesimo, *possessor* stia ad indicare proprio il convenuto:

D. 8.5.6.1 Ulp. 17 *ad ed.*

Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitoem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdico quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impedierit. sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.

Ulpiano sottolinea come in tema di azioni di rivendica di servitù o di negazione dell'altrui appartenenza di tale diritto reale sia necessario distinguere possessore del diritto e richiedente. Porta quindi l'esempio del mancato sopraelevamento di una proprietà oggetto di servitù, tale mancanza mantiene il proprietario nella condizione di possesso e può proibire ogni modifica o ricorrendo agli strumenti di diritto civile, o a quelli di diritto pretorio o con ogni altro gesto simbolico, quale il lancio di una pietra⁴⁰⁹. Solo un suo eventuale atto di tolleranza all'edificazione avrebbe comportato una mutazione di titolarità del possesso. Come dicevamo nella lettura di questo passo ci interessa maggiormente riconoscere l'impiego del termine *possessor* per descrivere la condizione di convenuto in giudizio.

Ma con ancora più chiarezza ciò pare emergere da

⁴⁰⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Appunti sulla 'quasi possessio iuris' nell'opera dei giuristi medioevali*, in BIRD, LXXX, 1977, p. 69 ss.

D. 8.5.8.3 Ulp. 17 *ad ed.*

Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitatem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat.

ove l'attore è qualificato come *petitor* e il convenuto come *possessor*. Parlando di azioni di rivendica della servitù Ulpiano fa il caso della ristrutturazione di un muro, cercando di ricostruire a chi spetti di porre in essere tali riparazioni e dei rimedi processuali esperibili al fine di coartare colui che ne fosse tenuto. Ciò che interessa di questo passo è l'utilizzo che viene fatto nel testo del lemma *possessor*, in luogo di convenuto⁴¹⁰.

Sempre in tema di possesso il Siber riteneva che fosse da operarsi una distinzione a proposito della buona o mala fede del possessore con *animo domini*. Ma in proposito è stato osservato da più recente dottrina, su tutti dal Kaser, che in diritto classico la buona o mala fede del convenuto in sede di giudizio di rivendica non avrebbe inciso sul giudizio di responsabilità in punto di danni e frutti *post litem contestatam*, né se questi avesse eccepito eventuali spese *post litem contestatam*⁴¹¹. Così per i frutti separati prima della *litis contestatio*, se fossero stati di proprietà del *dominus* della cosa madre, gli sarebbe bastato estendere a questi la *reivindicatio*. Ed in punto il Marrone ribadisce la possibilità di applicare tali assunti anche al detentore *nomine actoris*⁴¹². Anche il Pugliese ritiene che fossero da restituire i frutti, o il loro valore, dal momento della *litis*

⁴¹⁰ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 367 n 82.

⁴¹¹ M. KASER, *Restituere*, cit., p. 68 ss.

⁴¹² M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 367.

contestatio, compresi quelli che avrebbero potuto essere percepiti “*honeste*”⁴¹³. Così se il possesso fosse stato di mala fede, avrebbero dovuto essere restituiti anche i frutti percepiti prima della *litis contestatio*⁴¹⁴. Per quello che riguardava, invece, le spese occorse prima della *litis contestatio* il convenuto avrebbe potuto recuperarle proponendo un’*exceptio doli*. I giuristi classici avevano in proposito elencato dei criteri a seconda che il convenuto fosse stato possessore di buona o mala fede, seppur sempre *animo domini*, ai quali il giudice si sarebbe dovuto attenere per decidere sulla restituzione delle spese. Questa considerazione fa propendere anche il Marrone per un riconoscimento quantomeno della sporadicità con cui il detentore *nomine actoris* sarebbe stato convenuto in giudizio di rivendica⁴¹⁵. Ancora il Pugliese in tema di spese sostenute dal convenuto ritiene che dovesse riconoscersi il rimborso a quello in buona fede, oltre i frutti acquistati da costui prima della *litis contestatio*, e gli permetteva una sorta di *ius retentionis*, opponendo alla *rei vindicatio* una *exceptio doli*⁴¹⁶, per cui non avrebbe potuto subire la condanna prima che l’attore avesse rifiuto tali spese sostenute⁴¹⁷.

⁴¹³ D. 6.1.33.

⁴¹⁴ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 475.

⁴¹⁵ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 368.

⁴¹⁶ D. 6. 1. 65pr Pap. 2 *resp. Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recipaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

⁴¹⁷ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 475.

A riguardo il Siber offriva anche considerazioni di equità processuale⁴¹⁸: nel giudizio di rivendica il convenuto detentore *nomine actoris* si sarebbe trovato in una posizione affatto più impegnativa, che se fosse stato chiamato a resistere nell'*actio in personam* relativa al rapporto in essere con l'attore. In proposito il Siber formula diversi esempi, tra i quali è particolarmente efficace quello del depositario, il quale se si fosse visto convenire per la restituzione con una rivendica e non con l'*actio depositi*, avrebbe visto estendersi la propria responsabilità ai casi di dolo e colpa sia per il caso di deterioramento o di distruzione della *res*, mentre con l'azione personale si sarebbe solo limitati alle fattispecie dolose e con il limite del *factum debitoris*⁴¹⁹. Così il Siber afferma che la scelta della rivendica, in tali casi, avrebbe gravemente pregiudicato le regole della responsabilità contrattuale, che sarebbe stata invece tutelata dall'esercizio dell'*actio in personam* propria per il rapporto in essere tra attore e convenuto⁴²⁰. Ma il Marrone si oppone anche a questa ricostruzione, riferendo che in età classica il convenuto in rivendica non avrebbe potuto essere riconosciuto responsabile per il perimento della *res ante litem contestatam*, ma, qualora avesse agito con dolo o colpa e fosse stato convenuto con un'*actio in personam*, sarebbe stato chiamato a rispondere non solo dei comportamenti antecedenti la *litis contestatio*, ma anche di quelli successivi, in virtù del principio della *perpetuatio obligationis*, con l'esclusione dei casi in cui la *res* fosse

⁴¹⁸ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 202.

⁴¹⁹ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 205.

⁴²⁰ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 204.

stata danneggiata o fosse perita per cause naturali, o *vis maior*, o per caso fortuito⁴²¹.

13. IL CONCORSO TRA *REI VINDICATIO* ED *ACTIO IN PERSONAM*

Altra autorevole dottrina ha ritenuto che la rivendica proposta dall'attore avverso il detentore *nomine actoris* sarebbe stata *in iure* denegata dal pretore, dovendo perciò ricorrere all'*actio in personam* prevista per il rapporto di specie. Questa tesi risulta perfettamente inserita nel sistema del processo privato formulare dell'età classica. Infatti il pretore nel concedere una *rei vindicatio* contro il detentore *nomine actoris*, ne avrebbe aggravato la posizione difensiva in sede di giudizio, che sarebbe stata più semplice se fosse stata intentata idonea azione contrattuale. Pertanto ragioni di equità avrebbero condotto a denegare la rivendica⁴²². In senso difforme si espone anche il Marrone, che, non riconoscendo una base testuale nelle fonti a questo assunto, se ne distacca fortemente, riconoscendo che la posizione del convenuto possessore in un'azione reale avrebbe aggravato non già le incombenze del convenuto, ma quelle dell'attore, che avrebbe dovuto addurre prova del proprio diritto di proprietà⁴²³. All'assunto che all'attore fosse preferibile sobbarcarsi un'azione personale e non una rivendica il Siber oppone, ad esempio, il caso di un proprietario comodante che volesse avere la cosa prima della scadenza del comodato:

⁴²¹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 368.

⁴²² H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 199.

⁴²³ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 370.

avrebbe, a suo dire, potuto precorrere i tempi esercitando una rivendica⁴²⁴. Ma in proposito il Marrone evidenzia come seppure il detentore *nomine actoris* sarebbe stato legittimato passivo all'azione, costui avrebbe potuto proporre in sede di compilazione della formula un'eccezione che andasse a paralizzare quanto affermato dall'attore in sede di *intentio*⁴²⁵. Ma ancor più è da osservarsi che l'*actio in personam* non avrebbe potuto aver luogo per la restituzione nel caso in cui il titolo a fondamento della detenzione fosse stato nella sua piena validità. Ma il Siber porta a sostegno del concorso tra *rei vindicatio* e *actio in personam* diversi passi delle fonti⁴²⁶. Si veda

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.

Il caso presentato è quello del *filius familias*, quindi non ancora *sui iuris*, che abbia promesso con *stipulatio* la dote per una figlia del suo *paterfamilias*, imprigionato o comunque assente da lungo tempo, ed abbia inoltre costituito un pegno su di un bene dello stesso padre, non sarebbe stato dato atto alle disposizioni del senatoconsulto in proposito. Infatti la cosa del padre non sarebbe stata vincolata e infatti una volta divenuto erede del padre, il

⁴²⁴ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 200.

⁴²⁵ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 373 n. 105.

⁴²⁶ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 202.

figlio non avrebbe potuto perseguire la cosa giudizialmente, ch  in tal caso avrebbe visto respingere la domanda con l'*exceptio doli*⁴²⁷. Qui il concorso tra *rei vindicatio* ed *actio pignoratitia* affermato da Siber⁴²⁸   invece riconosciuto sia dal Marrone che dal Kaser⁴²⁹, che non sarebbe stato dato in concreto, ma solo indirettamente. Il Marrone in particolare ammette tale concorso solo in alcuni ambiti specifici, per esempio in caso di furto: l'esperibilit  alternativa tra *actio furti* e *condictio ex causa furtiva*:

D. 11.5.1.3 Ulp. 23 *ad ed.*

Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat an et si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. et est relatam apud pomponium solummodo poenalem actionem denegatam, quod non puto verum: praetor enim simpliciter ait " si quid subtractum erit, iudicium non dabo. "

Ulpiano ci sta presentando una ricca casistica in tema di gioco d'azzardo, in particolare sul problema delle rapine vicendevoli tra i giocatori. Nel frammento si dice che il pretore avrebbe negato l'*actio furti* e Ulpiano si pone l'interrogativo se si sarebbe verificata la mancata concessione dell'azione penale o anche dell'*actio ad exhibendum* o della *condictio*⁴³⁰. Ed egli, secondo un

⁴²⁷ M. MARRONE, *La rivendica contro i filii familias*, cit., p. 298.

⁴²⁸ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 124.

⁴²⁹ M. KASER, *In bonis esse*, in ZSS, LXXVIII, 1961, p. 212.

⁴³⁰ M. KURYLOWICZ, *Das glueckspiel in röemischen recht*, in ZSS, CXV, 1985, p. 185 ss.

metodo che ormai ben conosciamo, riporta l'opinione di Pomponio per poi smarcarsene, mentre questi ritiene che sarebbe stata negata la sola azione penale, Ulpiano ritiene che il pretore semplicemente di fronte alla sottrazione non avrebbe comunque concesso alcuna azione⁴³¹. Con più chiarezza in altro passo della compilazione giustiniana emerge come soluzione al concorso di azioni, che l'esercizio della *rei vindicatio* impegnasse l'attore a non ricorrere ad una *condictio ex causa furtiva* per recuperare quanto gli spettasse:

D. 47.2.9.1 Pomp. 6 *ad sab.*

Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conductionem petitor remitteret: quod si ex conductione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.

Pomponio presenta la fattispecie in cui rivendicando contro un ladro sarebbe rimasta esercitabile la *condictio*, in tal caso sarebbe stato compito del giudice chiamato a far luce sul diritto di proprietà, di non ordinare la restituzione se non qualora l'attore avesse esercitato un'azione reipersecutoria⁴³². Il problema del concorso di azioni

⁴³¹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 374.

⁴³² R. SANTORO, 'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis', in LABEO, XXX, 1984, p. 340 ss; A. D'ORS, *The 'odium furum' of Gaius 4.4*, in SHDI, XLIX, 1965, p. 459.

emerge chiaramente in questo passo ove l'esercizio di una delle due non avrebbe precluso l'altro: ciò avrebbe messo in pericolo il convenuto di subire un danno ingiusto. Se si fosse ricorso in prima battuta alla *rei vindicatio*, il *iudex* nell'esercizio del proprio ufficio avrebbe potuto astenersi dal pronunciare l'ordine restitutorio, se l'attore stesso non si fosse impegnato -prestando *cautio*- a rinunciare alla *condictio*. Nel caso invece si fosse intrapresa una *condictio*, non sarebbe stato possibile per il giudice imporre una *cautio*⁴³³. Pertanto il ladro soccombente *ex condictione* e successivamente convenuto in giudizio di rivendica o sarebbe stato mandato assolto dal giudice, oppure si sarebbe dovuto veder restituire la somma cui era stato condannato e solo successivamente il giudice avrebbe pronunciato lo *iussum de restituendo*⁴³⁴. Sempre in tema possiamo leggere

D. 47.2.14.pr. Ulp. 29 *ad sab.*

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse

⁴³³ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 374.

⁴³⁴ In questo senso può essere letto anche D. 6.1.13 Ulp. 16 *ad ed.* “*Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis aquiliae. et labeo putat cavere petitem oportere lege aquilia non acturum, quae sententia vera est*”. L'*actio legis aquiliae* non avrebbe escluso l'esercizio della *rei vindicatio*: Labeone ritiene infatti che il risarcimento del danno già ottenuto, avrebbe dovuto essere scomputato in sede di successiva *litis aestimatio* della rivendica.

hanc actionem celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conductionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et iulianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

Ulpiano riporta uno scritto di Celso in cui è esclusa l'azione di furto per un compratore che non avesse ancora la disponibilità materiale della *res*, ma questa compete al creditore. Costui è però tenuto a chiedere al compratore o l'*actio furti*, o la *condictio* o la *rei vindicatio* e deve poi dare al compratore tutto quanto abbia conseguito dalle medesime azioni⁴³⁵. Ulpiano conferma la testimonianza celsina, richiamando anche Giuliano. Resta fermo che il *periculum* per la cosa resta in capo al compratore, con l'attenzione che al venditore, prima della *traditio*, debbano riconoscersi le obbligazioni della custodia⁴³⁶.

Questi sono tutti casi in cui ad entrambe le azioni sarebbe stato legittimato il *dominus*.

Altrettanto in tema di legati sarebbe stato possibile esercitare in alternativa alla *rei vindicatio* un'*actio ex testamento*, solo nei casi in cui il testatore, per mero tuziorismo, avesse lasciato in legato lo stesso bene alla medesima persona in ambo le forme *per vindicationem* e *per damnationem*:

⁴³⁵ P. VOCI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, in SHDI, LVI, 1990, p. 119; M. KASER, *Die actio furti des verkaeufers*, in ZSS, CIX, 1979, p. 89 ss.

⁴³⁶ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 374.

D. 30.33 Paul. 3 *reg.*

Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem coniunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget: quod si separatim, si quidem evidentissime apparuerit ademptione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet: sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire: scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse: tunc enim uni pretium, alii ipsa res adsignatur electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est, ita tamen, ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire.

Giulio Paolo prospetta il caso di una *res* lasciata in legato a più persone congiuntamente: se una parte eserciti la *rei vindicatio* e l'altra l'*actio ex testamento*, anche quest'ultima non potrà avere più della porzione ad essa spettante. Se invece fosse stata legata ad essi, ma separatamente, e si noti che il testatore avesse avuto intenzione di non conferirla al primo legatario, ma al secondo, solo costui avrebbe ottenuto il legato⁴³⁷. Diversamente ognuno avrebbe avuto diritto alla propria quota parte, salvo che non emergesse la volontà del testatore di legare ad entrambi per l'intero. Se così fosse uno si sarebbe visto conferire la disponibilità materiale del bene, l'altro l'equivalente in denaro: la scelta sarebbe stata

⁴³⁷ V. MANNINO, *Cervidio Scevola e l'applicazione della falcidia ai legati fra loro connessi*, in BIRD, LXXXIV, 1981, p. 125 ss.

compiuta dal primo dei due a proporre domanda giudiziale per il legato o fedecommesso, cosicché l'altro non potesse domandare diverso rimedio⁴³⁸. Sempre in proposito, nel medesimo libro, è possibile leggere

D. 30.84.13 Iulian. 33 *Dig.*

Si is cui legatum fuerat antequam constitueret, qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt: quare quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest. sed si consenserint, rem communiter habebunt: consentire autem vel sua sponte debent vel iudice imminente.

Giuliano pone il caso del legatario che fosse morto, lasciando due eredi, prima di aver stabilito quale azione impiegare all'uopo. Costoro per ricevere il legato avrebbero dovuto accordarsi sull'azione da esperire: se uno infatti vuole rivendicare, l'altro non potrà utilmente intentare l'azione contrattuale⁴³⁹. Una volta trovato un accordo, avranno la cosa in comune: accordo che può essere raggiunto tra le parti o anche per intervento di un giudice. Ed oltre

D. 30.85 Paul. 11 *ad plaut.*

Duobus coniunctim fundus erat legatus: alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit. alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

⁴³⁸ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 374.

⁴³⁹ V. MANNINO, *Cervidio Scevola*, cit, p. 133.

Paolo riferisce del caso di un fondo lasciato in legato a due soggetti congiuntamente: uno dei due esercitò idonea *actio in personam* conseguendo il valore della parte a sè spettante. Se l'altro legatario avesse rivendicato per l'intero sarebbe stato paralizzato nella richiesta per la metà attraverso una *exceptio doli*, perché nell'intenzione del *de cuius* v'era che avessero una sola volta il fondo⁴⁴⁰. In tutti questi casi la possibilità di far valere il legato *per vindicationem* rendeva azionabile lo strumento suo proprio, cioè la *rei vindicati*⁴⁴¹o.

Vi erano anche dei rapporti obbligatori per cui l'azione propria non sarebbe stata utile al fine reipersecutorio, quindi sarebbe stata esperibile la rivendica. Così:

D. 6.1.39.1 Ulp. 17 *ad ed.*

Iulianus recte scribit libro duodecimo digestorum mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum posse in rem actione petere.

Ulpiano richiama qui il pensiero di Giuliano, giurista severiano della scuola sabiniana, che nel libro dodicesimo dei suoi Digesta, l'opera più completa di esposizione del diritto privato romano, porta il caso di una donna che dopo aver dato in garanzia un terreno a titolo di pegno, visto se lo vendere dal creditore, era ritenuta legittimata all'azione di rivendica⁴⁴². Si possono evidenziare anche sporadici e

⁴⁴⁰ V. MANNINO, *Cervidio Scevola*, cit, p. 141.

⁴⁴¹ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 374.

⁴⁴² A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales 'in factum'*, in IURA, XX, 1969, p. 52 ss; M. KASER, *Studien zum römischem pfandrecht*, in TR, LXIV, 1976, p. 233 ss; M. KASER, *Zur in integrum*, cit., p. 172; H. ANKUM, *Verbotsgesetze und ius publicum*, in ZSS, CX, 1980, p. 288 ss.

insoliti casi in cui la rivendica sarebbe stata da preferirsi per prontezza di soluzione rispetto all'*actio in personam*, come accade nel seguente passo:

Dig. 42.5.24.2 Ulp. 63 *ad ed.*

In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

In questo paragrafo, tratto dal commentario all'editto, Ulpiano afferma che qualora i beni dei banchieri fossero stati oggetto di vendita, dopo i creditori privilegiati sarebbero stati ristorati coloro che depositarono al banco del denaro rispettando la pubblica fede. E riteneva che non si dovesse distinguere tra i creditori che avessero ricevuto interessi per le somme depositate, ch  una cosa   il deposito, altro vantare un credito. In ogni caso, nella disponibilit  del denaro, Ulpiano ritiene che i deponenti lo potessero rivendicare e che costoro dovessero essere soddisfatti prima dei privilegiati⁴⁴³. Quindi la rivendica sarebbe stata esperibile senza tenere conto dei privilegia

⁴⁴³ F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del 'missus in possessionem'*, in AHDE, LII, 1982, p. 373 ss; A. WACKE, *Die zahlung mit fremdem geld*, in BIRD, LXXIX, 1976, p. 277 ss.; W. LITEWSKI, *Le depot irregulier I*, in RIDA, XXI, 1974, p. 215 ss.; W. LITEWSKI, *Le depot irregulier II*, in RIDA, XXII, 1975, p. 279 ss; N. BENKE, *Exemplum contra legem*, in TR, LVII, 1989, p. 275 ss.; A. BUERGE, *Fiktion*, cit., p. 532.

intervenuti, che invece avrebbero dovuto essere tenuti in debita considerazione nell'*actio depositi*⁴⁴⁴.

Vi sono poi alcune fonti che per negare qualsiasi rimedio recuperatorio, menzionano *apertis verbis* anche l'esclusione della rivendica:

D. 13.7.40.pr Papin. 3 *resp.*

Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.

Papiniano nel suo terzo libro di responsi porta il caso affatto peculiare di un debitore che riacquista la propria *res* dal creditore: la compravendita è dal giurista ritenuta nulla, perché non si può acquistare ciò che è già proprio. Ma se il debitore, avendo acquistato per un minor valore, avesse agito o con l'azione contrattuale relativa al pegno o con quella di rivendica, non avrebbe potuto vedersi restituire il possesso dal creditore, a meno di non aver colmato interamente il proprio debito⁴⁴⁵. Se il Siber riteneva che per il solo fatto dell'esperibilità di un'azione contrattuale il *iudex* avrebbe dovuto assolvere⁴⁴⁶, va segnalata, invece l'opinione del Kaser⁴⁴⁷, condivisa anche dal Kübler, per

⁴⁴⁴ M. MARRONE, *Contributi*, cit., p. 374.

⁴⁴⁵ W. LITEWSKI, *Pignus in causa iudicati captum*, in SHDI, XL, 1974, p. 205 ss.; M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' pfand*, in SHDI, XLV, 1979, p. 88; G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in SHDI, XLV, 1979, p. 93 ss.; A. WACKE, *Prozessformel und beweislast im pfandrechtsparaetendentenstreit*, in TR, XXXVII, 1969, p. 369 ss.

⁴⁴⁶ H. SIBER, *Die passivlegitimation*, cit., p. 44 ss.

⁴⁴⁷ M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 291.

cui avrebbe dovuto essere semplicemente pronunciata una *denegatio actionis* nella prima fase processuale. Con riferimento al pegno anche il Krüger⁴⁴⁸ ammette almeno astrattamente il concorso tra *actio pignoratitia* e *rei vindicatio*, pur ritenendo che quest'ultima sarebbe stata denegata e che infatti contro i detentori questo concorso non avrebbe potuto verificarsi, l'unica via percorribile sarebbe stata quella dell'*actio in personam*, diversamente il *iudex* non avrebbe potuto fare nient'altro che assolvere il detentore convenuto in rivendica.

14. *FACULTAS RESTITUENDI*

Particolare importanza assume l'espressione *facultas restituendi*: oltre al *tenere*, cioè alla disponibilità fisica del bene, questo secondo requisito appare ad Ulpiano come necessario perché si possa esperire contro un determinato soggetto il rimedio petitorio⁴⁴⁹. Se infatti nelle diverse fonti *facultas* assume un'eterogenea polisemia⁴⁵⁰, in alcuni passi questo termine può essere ricondotto all'indicazione di una disponibilità materiale, di una possibilità fisica⁴⁵¹, così in

D. 13.7.43.pr. Scaev. 5 *Dig.*

Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emptionis tradidit: et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino

⁴⁴⁸ H. KRÜGER, *Rei vindicatio*, cit., p. 408 ss.

⁴⁴⁹ G. PROVERA, *Indefensio*, cit., p. 211

⁴⁵⁰ v. *facultas*, in *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, II (D - G), 1939.

⁴⁵¹ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 538.

de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet: quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passus est. quaesitum est, an, si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, doli exceptione posita iudex huius damni rationem habere debeat. respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pignoratitia agere: opera autem in eo data tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi.

Scevola nel libro quinto dei suoi digesti richiama il caso di un tale che diede in pegno al proprio creditore un terreno non edificato e che consegnò anche il documento di compravendita. Poiché colui che aveva dato in pegno il terreno voleva sul medesimo edificare, ma vedendosi chiamato in giudizio dal vicino riguardo all'estensione, non avendo altri mezzi per produrre prove, chiese in sede giudiziale al creditore pignorante di esibire il documento comprovante l'acquisto che gli aveva consegnato⁴⁵². Ma poiché questi non lo aveva esibito, si trovò costretto a costruire in uno spazio più piccolo, ricevendone così nocumento. Veniva quindi posta la questione se il giudice avesse dovuto tenere conto di questo danno, qualora il creditore avesse richiesto giudizialmente il denaro o rivendicato il pegno e gli fosse stata opposta eccezione di

⁴⁵² M. KASER, *Studien zum römischem pfandrecht. 2 Actio pignoratitia und action fiducia*, in TR, XLVII, 1979, p. 229 ss.; G. KLINGENBERG, *Das beweisproblem beim urkundendiebstahl*, in ZSS, CIX, 1979, p. 229 ss.; G. KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in ZSS, CXXII, 1992, p. 350 ss.

dolo⁴⁵³. Scevola riteneva che se il creditore non si fosse prodigato affinché, nell'indisponibilità del documento, il debitore fosse impoverito, questo poteva esercitare l'azione pignoratizia, previo pagamento della somma. Se il fatto fosse invece avvenuto di proposito si sarebbe potuta esercitare un'azione contro il creditore per ottenere una somma ristoratrice del suo interesse, anche prima che fosse avvenuto il pagamento. Sembra che in questo passo *facultas* venga impiegato con un'accezione materiale: la disponibilità fisica della prova d'acquisto del terreno⁴⁵⁴. Oppure il significato di possibilità fisica emerge dalla lettura di

D. 40.4.17.1 Iulian. 42 *Dig.*

Haec autem scriptura "Stichus si capitolium non ascenderit, liber esto" ita accipienda est "si cum primum potuerit, capitolium non ascenderit": isto enim modo perveniet Stichus ad libertatem, si facultate data ascendendi capitolium abstinerit.

Giuliano afferma che la disposizione “Stico sia libero se non salirà al Campidoglio” avrebbe dovuto essere intesa nel senso che la libertà sarebbe stata raggiunta astenendosi di salire al Campidoglio nel momento in cui il servo ne avesse avuta l'occasione. Il servo riceve *facultas* di salire al Campidoglio attraverso un permesso del di lui *dominus*, che configura una possibilità fisica di allontanarsi⁴⁵⁵.

⁴⁵³ C. A. CANNATA, ‘*Exceptio doli generalis*’ e diritti reali in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, p. 593.

⁴⁵⁴ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 539 n. 11.

⁴⁵⁵ R. DE RUGGIERO, *Il «Dies impossibilis» nei contratti e nei testamenti. Saggio sulla teoria del dies in diritto romano*, in *BIRD*, XV, 1903, p. 5 ss.

Ma di gran lunga più diffusi sono i passi in cui *facultas* esprime una possibilità giuridica, prossima ad un diritto soggettivo⁴⁵⁶, come possiamo verificare dalla lettura di

D. 4.8.17.3 Ulp. 13 *ad ed.*

Inde Pomponius libro trigensimo tertio quaerit, si ita sit compromissum, ut quod titio disceptatori placet, id seius pronuntiet, quis sit cogendus? et puto tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura.

Nel trentatreesimo libro di commentario all'editto Pomponio, ci riferisce Ulpiano, affronta il caso di Seio che si sia accordato con Tizio per pronunciare una sentenza in favore di quest'ultimo, domandandosi chi avrebbe potuto essere costretto a far ciò. Ma il giurista si pronuncia nel ritenere non valida una decisione in cui l'arbitro non fosse stato libero nel formarsi del convincimento⁴⁵⁷.

In altri casi *facultas* sta ad indicare un onere da sobbarcarsi al fine di raggiungere un obiettivo o scampare un danno⁴⁵⁸, come emerge da

D. 4.2.14.1 Ulp. 11 *ad ed.*

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.

⁴⁵⁶ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 540.

⁴⁵⁷ E. STOLFI, *Studi*, cit., p. 154.

⁴⁵⁸ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 540.

Se un soggetto non si fosse prodotto nella restituzione, ai sensi di quanto stabilito dal pretore nell'editto, contro costui sarebbe stata accordata un'azione per il quadruplo del valore di quanto avrebbe dovuto essere restituito. Ma il pretore permette di evitare tale pena restituendo. Trascorso un anno, invece, il valore viene ridotto al *simplum*, seppur non sempre⁴⁵⁹.

Ma ci sono anche passi in cui il termine *facultas* potrebbe essere affiancato alla nozione di legittimazione passiva⁴⁶⁰:

Dg. 10.4.5.6 Ulp. 24 *ad ed.*

Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga servus sit: ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit. sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi velit morari, idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas.

Ulpiano afferma che se un soggetto possieda, ma non abbia mezzo per restituire, non potrà essere tenuto ad esibire la *res*: così per il caso di un servo fuggito il *dominus* non avrebbe potuto far altro che prestare una stipulazione di garanzia, per cui l'avrebbe esibito una volta tornato nella sua disponibilità materiale. Lo stesso sarebbe stato fatto se il servo non fosse stato fuggitivo, ma avesse ottenuto la possibilità di abitare in un luogo a sua

⁴⁵⁹ F. BETANCOURT, *Sobre una pretendida 'actio' arbitraria contra el usufructuario*, in AHDE, XLIII, 1973, p. 353 ss; A. D'ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'* in AHDE, LI; 1981, p. 223 ss; M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 540 n. 14.

⁴⁶⁰ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 540 n. 16.

discrezione, o se fosse stato mandato in viaggio dal *dominus*, o lavorasse in altri possedimenti: anche in questi casi il *dominus* sarebbe stato tenuto solo a prestare *cautio*⁴⁶¹. In questo caso *facultas* assume un connotato di legittimazione, essa ha luogo quando il soggetto si trovi nella materiale disponibilità del bene, il cui venir meno importerebbe anche la possibilità di restituire, ma non si limita ad un aspetto fisico, quanto si estende anche a profili di legittimità nella disponibilità dello stesso, che parrebbe provenire dalla relazione sussistente tra il detentore e il bene stesso⁴⁶². Vi sono dei casi in cui per la propria posizione il detentore non possa essere convenuto in giudizio o che possa comunque rifiutare di rendere ragione a terzi. Così Marrone porta il caso di:

D. 10.4.5pr. Ulp. 24 *ad ed.*

Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

Riporta qui Ulpiano il pensiero di Celso, che descrive il caso di un soggetto che custodisca delle merci in un magazzino, che aveva locate per il trasporto, contro costui

⁴⁶¹ M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 540 n. 15.

⁴⁶² M. MARRONE, *La facultas*, cit., p. 540.

si potrà agire con l'*actio ad exhibendum*; se costui fosse morto si sarebbe potuto agire contro il di lui erede, e nel caso che questi manchi contro il custode del magazzino. Infatti le merci in tal caso parrebbero non essere possedute da alcun soggetto, ma comunque al magazziniere sarebbe stato possibile esibirle. Il giurista poi si domanda anche a che titolo possieda chi prese le merci per trasportarle, ipotizzando che le tenesse in pegno⁴⁶³. E chiude dicendo che il caso prospettato suffraga il fatto che coloro che sono nella condizione di esibire, possono essere tenuti proprio ad esibire.

Il Marrone in proposito afferma che il magazziniere avrebbe avuto certamente la fisica disponibilità del bene che avrebbe quindi potuto esibire, ma la *facultas* di esibire gli viene giuridicamente riconosciuta solo per il caso in cui il conduttore fosse morto senza eredi⁴⁶⁴.

Il maestro siciliano, a ragione, avvicina questo significato di *facultas restituendi* a quello testimoniato in D. 6.1.9: avrebbe potuto essere convenuto in rivendica anche colui che pur non essendo possessore interdittale, non avrebbe dovuto rispondere della restituzione al vero possessore. Tanto potrebbe dirsi anche dal caso di

D. 9.4.42.2 Ulp. 37 *ad ed.*

Hae actiones perpetuae sunt locumque habebunt tamdiu, quamdiu servi dedendi facultatem habemus: nec tantum nobis, verum etiam

⁴⁶³ M. KASER, *Die formula der action ad exhibendum*, in RIDA; XIV, 1967, p. 263 ss; E. JAKAB, *Horrea sûretés et commerce maritmes dans les archives des Sulpicii*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Gottinga, 2014, p. 346.

⁴⁶⁴ M. MARONE, *La facultas*, cit., p. 541 n. 17.

successoribus nostris competent, item adversus successores, sed non quasi in successores, sed iure dominii. proinde et si servus ad alium pervenisse proponatur, iure dominii noxali iudicio novus dominus convenietur.

Ulpiano ritiene che il giudizio nossale possa essere esperito senza limiti temporali purché ci si trovi nella possibilità attuale di dare a noxa il servo. Tale azione è trasmissibile anche ai successori e contro di essi, ma non per la loro qualità di successori quanto piuttosto di proprietari. E quindi Ulpiano fa il caso che qui interessa: anche se il servo sia pervenuto ad altri, sarà il nuovo proprietario del servo ad essere convenuto nell'azione nossale, proprio in virtù del diritto di proprietà.

La *facultas* di una dazione nossale del servo non è inerente alla mera disponibilità del corpo del servo, ma in un atto che il solo *dominus*, titolare della proprietà sullo schiavo, poteva validamente compiere: non era infatti nossalità un semplice abbandono del servo⁴⁶⁵. Alla luce di un tale concetto di *facultas*, quella *restituendi* menzionata da D. 6.1.9 permetterebbe di identificare passivamente legittimati alla rivendica anche i detentori. Perciò dopo aver dichiarato convenibile in giudizio di rivendica il possessore, Ulpiano puntualizza i requisiti per riconoscerlo: essi erano la disponibilità materiale della cosa e la possibilità giuridica di restituirla, diversamente da quanto sostenuto dai *quidam ut Pegasus* che ritenevano legittimato il solo possessore *ad interdicta*⁴⁶⁶. In particolare il Marrone arriva a descrivere la *facultas*

⁴⁶⁵ M. MARONE, *La facultas*, cit., p. 541.

⁴⁶⁶ M. MARONE, *La facultas*, cit., p. 542.

restituendi proprio come “l’onere di restituire al fine di evitare la condanna pecuniaria”⁴⁶⁷.

In proposito è bene dar atto della posizione del Kunkel secondo cui anche nella soluzione offerta da Ulpiano la rivendica avrebbe potuto essere esercitata anche contro il detentore che non derivasse tuttavia la disponibilità materiale dall’attore, se avesse avuto la *facultas restituendi*, senza però precisare quali fossero tali⁴⁶⁸. Anche il Biondi in sede istituzionale trattando di rivendica propende perché essa possa essere esperita anche nei confronti di coloro che fossero riconosciuti come aventi la *facultas restituendi*⁴⁶⁹.

Con ancor più attenzione merita d’essere ricostruita la posizione del Cannata, per il quale la soluzione proposta in D. 6.1.9., supera l’affermazione secondo cui la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* sarebbe spettata solo al possessore in nome proprio estendendola anche ad ogni detentore che avesse la *facultas restituendi*, cioè la possibilità pratica di restituire⁴⁷⁰. Tale soluzione risulta, a suo dire, caratterizzata da “accentuata economicità”, fosse opera di Aristone⁴⁷¹: egli afferma che il riferimento a questo autore potrebbe essere stato espunto dai Compilatori.

L’attribuzione di tale regola ad Aristone, che prevedeva la legittimazione passiva del detentore che si trovasse nella possibilità di restituire, deriva dal confronto con un altro passo di Ulpiano contenuto in D. 8.5.8.5, ove Aristone

⁴⁶⁷ M. MARONE, *La facultas*, cit., p. 544.

⁴⁶⁸ P. JÖRS – W. KUNKEL – L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 139 ss.

⁴⁶⁹ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 277.

⁴⁷⁰ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 419.

⁴⁷¹ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, p. 351.

concedeva un'*actio negatoria servitutis*, e probabilmente lo avrebbe fatto in tutti i casi di azione reale, contro il detentore anche in un caso nel quale il possessore non fosse stato in grado di restituire.

D. 8.5.8.5 Ulp. 17 *ad ed.*

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur aristo eum, qui tabernam casiariam a minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

Nel passo viene riportata una risposta di Aristone, giurista traiano del I secolo d.C. che non poteva dirsi appartenente né alla scuola sabiniana né a quella proculiana, in merito a immissioni moleste, su cui era stato interpellato da Cerellio Vitale. Nel responso affermava che il fumo derivante dall'attività di un

caseificio non avrebbe potuto affumicare gli edifici situati al di sopra di esso, a meno che non vi fosse una servitù per tale fattispecie. Continuava Aristone con il caso di un fondo posto più in alto di altri, che non può versare acqua o altro nei sottostanti, infatti nel proprio fondo si può agire come meglio si crede purché non si vadano a generare immissioni nel fondo altrui, come i casi riportati di fumo o acqua. Pertanto nel caso di immissioni di fumo il proprietario del fondo superiore potrà con un'azione convenire il proprietario del terreno sottostante poiché egli non ha il diritto di fare quanto invece realizza. Viene quindi riportata l'opinione di Alfeno, giurista del I secolo d.C., che riteneva possibile l'esercizio di un'azione con cui si dichiarasse che un soggetto non avesse diritto di spaccare pietre nel proprio fondo, poiché le schegge di queste ricadevano nel fondo dell'attore. Premessi questi casi Aristone presenta quello del caseificio di Minturno: il soggetto che ha preso in affitto dalla città il caseificio potrà vedersi richiedere di cessare l'immissione di fumo dal proprietario del fondo superiore, tuttavia la città di Minturno dovrà rispondere in forza del negozio stipulato. Pertanto come può agire il proprietario del fondo superiore perché il casaro cessi le immissioni di fumo, così quest'ultimo potrà agire perché in diritto di immettere il fumo, entrambe le posizioni vengono ammesse da Aristone. E si sarebbe potuti ricorrere all'interdetto *uti possidetis*, se ad un tale venga impedito di disporre dei propri beni liberamente⁴⁷². La città di Minturno ha locato il proprio

⁴⁷² C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in BIRD, LXX; 1967, p. 227 ss; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Appunti*, cit., p. 69 ss; J. PLESCIA,

caseificio ad un soggetto, che si produce in un comportamento possessorio che lede la proprietà del fondo finitimo: le immissioni di fumo che provengono dai processi caseari, non trovano giustificazione in una servitù che imponga l'onere di sopportare tale immissione⁴⁷³. Il comportamento del casaro viola quindi il diritto di proprietà del vicino e va considerato come un comportamento possessorio, che tuttavia non è, poiché non esiste una servitù gravante sul fondo vicino di sopportare i fumi, il conduttore è quindi a tal fine un semplice detentore. Si tratta quindi di esercitare un'*actio negatoria*⁴⁷⁴: il proprietario del fondo confinante potrebbe convenire il proprietario del caseificio, che non sarebbe però nella condizione di

The development of the exercise of the ownership right in roman law, in BIRD; LXXXVIII, 1985, p. 181 ss.; A. DI PORTO, *La tutela*, cit., p. 459 ss.; I. MOLNAR, *Rechte und pflichten der subjekte der 'locatio conductio'*, in INDEX, XII, 1983 - 1984, p. 157 ss; A. BIGNARDI, '*Actio, interdictum, arbores*'. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in INDEX, XII, 1983 - 1984, p. 465 ss.; E. C. SILVEIRA MARCHI, *La proprietà per piani nel diritto romano*, in IDEX, XVIII, 1990, p. 265 ss; F. CASAVOLA, *L'opera storica di Franco De Martino*, in LABEO, XXIV, 1978, p. 7 ss.; A. BURDESE, *Regime edilizio e rapporti di viciniato in età classica*, in LABEO, XXXV, 1989, 352 ss.; R. ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia*, in RIDA, XXXVIII, 1981, p. 333 ss; R. ASTOLFI, *Diritto minerario e problemi di metodo*, in SHDI, LII, 1986, p. 516 ss; M. D. BLECHER, *Aspects of privacy in the civil law*, in TR, XLIII, 1975, p. 279 ss; R. WITTMANN, *Die entwicklungslinien der klassischen injurienklagen*, in ZSS, CIV, 1974, p. 285 ss.

⁴⁷³ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 420.

⁴⁷⁴ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno*, cit., p. 351.

*restituere*⁴⁷⁵. Infatti la restituzione avrebbe per oggetto la cessazione dell'immissione di fumi nel fondo confinante, che la città proprietaria del caseificio non può chiedere al proprio conduttore col quale ha concluso un negozio finalizzato alla locazione di quella proprietà proprio al fine di confezionare formaggi, i cui processo di lavorazione genera proprio quei fumi oggetto di contestazione. La città di Minturno avrebbe potuto provvedere, secondo quanto dice Aristone, a istituire una servitù per l'immissione del fumo, ma non vi ha provveduto e, pertanto, il proprietario del fondo superiore si lamenta a buon diritto⁴⁷⁶. In proposito il Cannata conclude, giustamente, che l'unica soluzione per permettere all'azione reale di dispiegare entrambi i propri effetti, cioè o la rimessione in pristino o la condanna pecuniaria ammontante al valore della servitù esercitata ma non costituita, e non solo quello della condanna pecuniaria, sarebbe stata quella di permettere l'esercizio dell'azione negatoria al proprietario del fondo pregiudicato contro il detentore che esercitasse in concreto l'attività lesiva⁴⁷⁷. Sebbene infatti egli affermi in termini generali che l'azione sarebbe spettata al proprietario del fondo superiore contro il proprietario di quello inferiore "*posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse ita facere*", non sembra esserci dubbio nell'affermare che egli dichiarasse esercitabile, nel caso di specie, l'azione verso il detentore: "*dicit igitur Aristo eum, qui taverna casariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere*". E'

⁴⁷⁵ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno*, cit., p. 352.

⁴⁷⁶ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 420.

⁴⁷⁷ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno*, cit., p. 352.

inoppugnabile la posizione di detentore del casaro, costui esercita una servitù di fatto, dice il Cannata, che viene negata proprio attraverso l'azione negatoria. Se invece esistesse essa spetterebbe al proprietario del fondo, la eserciterebbe quindi il casaro in nome altrui, essendo solo affittuario del terreno⁴⁷⁸. Il riconoscimento della legittimazione passiva in capo all'affittuario è dovuta al fatto che è l'unico concretamente nella posizione di poter restituire, cioè eliminare le immissioni di fumo: solo smettendo di affumicare i formaggi queste potranno venire meno, e la dismissione di tale attività è nel potere del solo casaro non della città di Minturno che gli ha affittato gli spazi⁴⁷⁹. Quindi Aristone sembrerebbe riconoscere legittimato passivo colui che ha la *facultas restituendi*. Ma Cannata ha cura di operare una precisazione: nel caso della *rei vindicatio* non avrebbe potuto essere esperita dall'attore avverso il proprio detentore: contro questi è percorribile la via dell'*actio in personam* nascente dal contratto, atta a far valere le obbligazioni da esso scaturenti. Egli ritiene infatti che in tali casi non si discuta della proprietà dell'attore, ché se il convenuto avesse contestata la restituzione lo avrebbe fatto in ragione degli obblighi contrattuali⁴⁸⁰. Il Cannata giustifica il fatto che non si possa rivendicare contro il detentore *nomine actoris* non come carenza in capo a costui di legittimazione passiva, quanto piuttosto di assenza di legittimazione attiva dell'attore⁴⁸¹. In un caso siffatto il rapporto contrattuale

⁴⁷⁸ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno*, cit., p. 353.

⁴⁷⁹ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 421.

⁴⁸⁰ C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 421.

⁴⁸¹ C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno*, cit., p. 352.

permette all'attore di possedere attraverso il convenuto, il quale meramente detiene, dunque non si può agire per ottenere la restituzione di qualcosa che già si possiede⁴⁸².

⁴⁸² C.A. CANNATA, *Istituzioni*, cit., p. 421.

CONCLUSIONI

Alla luce di tutto quanto esposto, credo sia possibile prospettare alcune conclusioni che offrano una risposta plausibile agli interrogativi posti all'inizio del lavoro, dando conto delle diverse posizioni su cui la dottrina si è ampiamente confrontata senza giungere ad un'unitarietà di soluzioni.

Dopo aver tratteggiato alcune caratteristiche peculiari del diritto di proprietà, si è presentata l'evoluzione storica dello strumento atto a proteggerla. La prospettiva diacronica con cui ci siamo avvicinati ci ha permesso di comprendere come lo strumento di tutela abbia fortemente influenzato l'evoluzione delle forme processuali, ma anche del diritto di proprietà stesso. In particolare riguardo alla nozione di legittimazione passiva, che qui interessa, abbiamo visto come, mentre nella *legis actio sacramento in rem* non vi fosse una vera parte attrice ed una convenuta, quanto piuttosto di un *prior vindicans* e di un *adversarius*, i quali pronunciavano la medesima *vindicatio* è con l'introduzione dell'*ordo iudiciorum privatorum* che iniziano a porsi i problemi in ordine alla legittimazione delle parti: mentre quella attiva era più facilmente riscontrabile in capo a colui che si ritenesse *dominus* della *res litigiosa*, la legittimazione passiva poneva diversi problemi⁴⁸³.

Come abbiamo sin da subito precisato, la nozione di legittimazione passiva non è nozione compiutamente formulata dai giuristi romani, ma da quelli medioevali, tuttavia non si può negare che i problemi ad essa inerenti fossero ben conosciuti anche dai giuristi classici. Questa è

⁴⁸³ Si vedi *supra*, §2.

la ragione per cui s'è cercato di tratteggiare una ricostruzione dogmatica della nozione di legittimazione, andando poi a concentrare l'attenzione su quella passiva⁴⁸⁴: se è chiaro che essa fosse scrutinata nel corso del giudizio per verificare che il provvedimento fosse pronunciato avverso un soggetto idoneo, la dottrina si è divisa riguardo alla fase in cui essa era oggetto di controllo. Se da un lato il Pugliese e il Cannata ritengono che esso fosse compito del pretore, Talamanca e Marrone propendono invece per una ricognizione *in iudicio*. Dopo aver presentato le varie ricostruzioni credo debba riconoscersi che la legittimazione passiva, quale presupposto soggettivo, dovesse essere riconosciuto dal pretore prima che si addivenisse alla *litis contestatio*: decisivi in punto ritengo essere gli argomenti addotti dal Cannata. Questi si basano sulla struttura stessa della rivendica ove l'attore esercita il giudizio perché non possiede e invece vorrebbe, poiché sostiene d'essere proprietario, mentre il convenuto è colui che ha la disponibilità materiale che vuole mantenere e non restituire. Legittimato passivo risulta dunque colui che fino al momento della proposizione dell'azione abbia posseduto la *res*. Questa sarebbe stata la ragione per cui il pretore, nel dare corso al giudizio, avrebbe dovuto *in limine litis* verificare che colui che fosse stato chiamato a resistere alla pretesa attorea ne avesse la facoltà, in particolar modo quella di restituire qualora fosse stata riconosciuta la proprietà dell'attore⁴⁸⁵. Volutamente non ho trattato i casi di chi avesse dolosamente dismesso il possesso dopo essersi visto prospettare una rivendica, o i casi di danneggiamento o perimento della *res*, essi rappresentano

⁴⁸⁴ Si vedi *supra*, §4.

⁴⁸⁵ Si vedi *supra*, §8.

situazioni patologiche in cui riconoscersi o meno legittimazione passiva. Inoltre, a riguardo, credo ci si debba discostare dagli argomenti del Marrone, propendendo per un riconoscimento di tale incombenza in capo al pretore, infatti essendo la *rei vindicatio* un *iudicium strictum*, secondo i principi del processo privato romano di età classica, non avrebbero potuto essere conferiti al giudice privato poteri esorbitanti la stessa *conceptio* della formula, che non prescriveva in proposito, probabilmente nemmeno in via implicita.

Le fonti presentano diverse testimonianze di casi in cui si venisse a discutere sulla legittimazione processuale di parte convenuta, tuttavia il passo che pare porre una regola generale in tema è D. 6.1.9. e su di esso è stato incentrato il percorso di esegesi, che ha portato all'attenzione diverse questioni⁴⁸⁶.

In primo luogo si è cercato di comprendere che portato abbia il contrasto tra i *quidam* ed Ulpiano: se la dottrina maggioritaria, di cui Siber potrebbe essere considerato l'iniziatore, ritiene che mentre i proculiani avrebbero limitato la legittimazione passiva alla rivendica al solo possessore interdittale, Ulpiano andò ad ampliare la portata della regola anche contro il semplice detentore. Ma il Marrone parrebbe ritenere che il portato di questa affermazione dovesse essere limitato, infatti l'espressione *facultas restituendi* impiegata da Ulpiano avrebbe configurato qualcosa di più di una semplice disponibilità materiale, che doveva essere accompagnata dalla possibilità giuridica di restituire. In proposito credo che il passo, ben inserendosi nello stile di prospettiva storica proprio di Ulpiano come sostenuto ed argomentato dal

⁴⁸⁶ Si vedi *supra*, §5.

Crifò⁴⁸⁷, abbia in questo passo prospettato una posizione più risalente nel pensiero dei *quidam*, infatti il possesso in nome proprio era l'unico che rilevava al fine dell'esperibilità degli interdetti e così sarebbe stato l'unico rilevante al fine della rivendica, a prescindere dalla veridicità o meno della prodromicità dei primi alla seconda. Tuttavia in proposito dobbiamo tornare all'argomento precedentemente addotto dal Cannata per il quale legittimato passivo sarebbe stato solo il possessore in nome proprio: egli ritiene che tale orientamento sarebbe stato superato già dalla giurisprudenza del I secolo d.C. la quale ammise che si potesse rivendicare anche contro il detentore, poiché l'unico che avesse la *facultas restituendi* cioè il solo in grado di corrispondere alla richiesta che l'attore avrebbe formulato agendo in rivendica. Quindi la risposta in merito a questo primo quesito credo debba riportarsi ad un reale contrasto tra i *quidam* e ulpiano il quale, esprimendo il proprio pensiero nella chiusa del passo, recepisca i cambiamenti intervenuti nella giurisprudenza dal I secolo d.C. e che abbia quindi dato conto delle due opinioni differenti in ragione del proprio metodo, peculiare della sua opera, in cui la prospettiva storica del diritto assume un ruolo decisivo⁴⁸⁸.

In secondo luogo ed *a latere* di questo primo interrogativo, il passo ci presenta la problematica del detentore convenuto in giudizio dal proprio dante causa: ci si è chiesti se costui fosse passivamente legittimato all'azione. Mentre da un lato il Siber riteneva che il pretore dovesse escludere la legittimazione passiva del convenuto in rivendica, se vi fosse stata la possibilità per l'attore di ottenere la restituzione attraverso l'esercizio di una più

⁴⁸⁷ Si vedi *supra*, §5.

⁴⁸⁸ Si vedi *supra*, §8.

idonea azione fondata su di un rapporto obbligatorio in essere tra attore e convenuto, il Marrone riteneva, invece, che il *iudex* non potesse discostarsi dal tenore della formula, la quale non poneva tra le condizioni per la condanna la possibilità di ricorrere ad altra azione propria del negozio in essere con l'attore⁴⁸⁹. Il Marrone tenta di colmare le distanze tra Pegaso ed Ulpiano asserendo che anche il primo potesse ammettere la rivendica avverso il detentore *nomine actoris*, infatti qualora costui si fosse rifiutato di restituire avrebbe posto in essere un atto di interversione che avrebbe mutato la detenzione in possesso. Anche questo caso avrebbe pertanto ricevuto tutela secondo la regola dichiarata dai giuristi proculiani e riportata nel passo. Ma il criterio storico viene adoperato in questo frangente dal Siber che ritiene l'affermazione di Pegaso descrivesse la posizione del detentore al tempo delle *legis actiones*: costui non avrebbe potuto stare in giudizio in quanto non avrebbe potuto avanzare la pretesa di dominio uguale e opposta a quella del proprio dante causa⁴⁹⁰. Anche il Kaser ne offre una lettura dal punto di vista dell'evoluzione della procedura, richiamando l'*agere per sponsionem*, per cui il detentore non essendo *possessor iustus* prima di esercitare la *rei vindicatio* avrebbe per forza dovuto ricorrere agli interdetti. Credo che quest'ultima ipotesi, abbracciata anche dal D'Ors, sia quella da preferirsi poiché il detentore non avrebbe potuto mutare il titolo della propria disponibilità materiale e quindi essere convenibile in rivendica senza assumere il rimedio interdittale⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Si vedi *supra*, §10.

⁴⁹⁰ Si vedi *supra*, §12.

⁴⁹¹ Si vedi *supra*, §13.

In chiusura del passo ha destato particolare attenzione l'inciso *facultas restituendi*, la cui attribuzione di significato potrebbe mutare fortemente il senso del testo. S'è visto come il lemma *facultas* nelle fonti ricorra in svariati passi e con diversi significati. A volte essa identifica una disponibilità fisica, in altri una possibilità giuridica. In alcuni frangenti parrebbe addirittura evocare la nozione, come abbiamo già avuto modo di dire allora sconosciuta, di legittimazione, eppure quella soluzione di “aderente alle attitudini e allo spirito eminentemente pratici dei giuristi romani”⁴⁹² evocata dal Marrone debba invece riconoscersi alla posizione del Cannata, che rilegge la *facultas restituendi* di D. 6.1.9 attraverso un altro passo di Ulpiano in cui l'azione negatoria di servitù avverso i fumi che il caseificio che la città di Minturno aveva affittato poteva essere esercitata non contro il *dominus* del fondo, ma contro il suo detentore, unico soggetto in grado di *restituere*⁴⁹³. Tuttavia egli generalmente esclude la rivendica dell'attore nei confronti del proprio detentore: l'azionabilità degli obblighi nascenti dal contratto sarebbe stata la via da percorrere avverso il detentore, che sarebbe stato possessore in vece dell'attore che quindi non avrebbe potuto rivendicare un bene posseduto a tramite d'altri, con ciò riconoscendosi carenza di legittimazione attiva.

⁴⁹² M. MARRONE, *Corso*, cit. p. 69.

⁴⁹³ Si vedi *supra*, §14.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE B., *Persona (diritto romano)*. ED, XXIII, Milano, 1983.

ALBERTARIO E., *In tema di classificazione delle azioni – actiones in rem e actiones in personam*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1928, I.

ALBERTARIO E., *Tituli ex corpore Ulpiani*, in *BIRD*, XXXII, Milano, 1922.

ALLORIO E., *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 1, p. 961;

AMIRANTE L., *Il giuramento prestato prima della litis contestatio*, in *ZSS*, LXXIII, 1956.

ANKUM H., *Denegatio actionis*, in *ZSS*, CII, 1985.

ANKUM H., *Verbotsgesetze und ius publicum*, in *ZSS*, CX, 1980.

ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1988.

ARANGIO-RUIZ V., *Sul liber singularis regularum*, in *BIRD*, XXX, Milano, 1921.

ASTOLFI R., *Diritto minerario e problemi di metodo*, in *SHDI*, LII, 1986.

ASTOLFI R., *La lex iulia et Papia*, Milano, 1996.

ASTOLFI R., *Rei vindicatio*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968.

ATENEO, *I deipnosofisti – i dotti a banchetto*, L. CANFORA (a cura di), Roma, 2001.

BALESTRA L., *Proprietà e diritti reali*, III, Torino, 2012.

BEACHET A., *Rei vindicatio*, in *DS*, IV, Parigi, 1918.

BEHREND S O., *La mancipatio nelle XII tavole* in *IURA*, XXXIII, 1982.

BENKE N., *Exemplum contra legem*, in *TR*, LVII, 1989.

BERGER A., *Vindicatio*, in *Encyclopedic Dictionary of roman law*, Oxford, 1932.

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tubinga, 1910.

BETANCOURT F., *La defensa pretoria del ‘missus in possessionem’*, in *AHDE*, LII, 1982.

BETANCOURT F., *Sobre una pretendida ‘actio’ arbitraria contra el usufructuario*, in *AHDE*, XLIII, 1973.

BETHMANN HOLLWEG M. A., *Der Römische Civilprozeß, 2. Formulae*, Bonn, 1864.

BETTI E., *Diritto romano*, II, Padova, 1935.

BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

BETTI E., *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953.

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947.

BETTI E., *La 'vindicatio' romana primitiva*, in *Il Filangieri*, XXXX, 1951.

BETTI E., *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore urbano* in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927.

BETTI E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955.

BETTI E., *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1.

BETTI E., *Processo civile* in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966.

BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1990.

BIGNARDI A., *'Actio, interdictum, arbores'*. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *INDEX*, XII, 1983 - 1984.

BIONDI B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma, 1970.

BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972.

BISCARDI A., *Studi sulla legislazione del Basso Impero, I. La legge delle citazioni*, in *Studi senesi*, LIII, 1939.

BLECHER D., *Aspects of privacy in the civil law*, in TR, XLIII, 1975.

BONFANTE P., *Corso diritto romano. III I diritti reali*, Milano, 1963.

BONFANTE P., *Istituzioni di diritto Romano*, Milano, 1932.

BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, Roma, 1934, I.

BRÉGI J.F., *Droit romain. Le biens et la propriété*, Parigi, 2009

BRETONE M., *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari, 1965.

BRETONE M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982.

BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011.

BRUTTI M., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti: due visioni del diritto civile*, Torino, 2013.

BUERGE A., *Fiktion und wirklichkeit: soziale und rechliche strukturen des römischen bankwesens*, in ZSS, CXVLII, 1987.

BULOW O., *Die Lehre Von Den Prozesseinreden Und Die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868.

BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987.

BURDESE A., *Possesso (diritto romano)*, in ED, XXXIV, Milano, 1985.

BURDESE A., *Regime edilizio e rapporti di vicinato in età classica*, in LABEO, XXXV, 1989.

BURDESE A., *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994.

BUTI I., *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943.

CALAMANDREI P., *Sulla legittimazione passiva all'azione di accertamento* in Riv. Dir. proc. civ., 1944.

CALASSO E., *Legittimazione ad agire* in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 1958.

CANNATA C. A., *'Exceptio doli generalis' e diritti reali* in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012.

CANNATA C. A., *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001.

CANNATA C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana*, I, Torino, 1976.

CANNATA C. A., *Possessio, possessor, possidere*, Milano, 1962.

CANNATA C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano. I Le legis actiones*, Torino, 1980.

CANNATA C.A., *"Qui prior vindicaverat": la posizione delle parti nella "legis actio sacramento in rem"* in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012.

CANNATA C.A., *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012.

CANTARELLA E., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010.

CANTATRELLA E., *Famiglia romana e demografia sociale, Spunti di riflessione critica e metodologica*, in *IURA*, XLIII, 1992.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Appunti sulla 'quasi possessio iuris' nell'opera dei giuristi medioevali*, in BIRD, LXXX, 1977.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1976.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Proprietà (dir. rom.)* in ED, XXXVII, Milano, 1988.

CARCATERRA A., *Lorenzo Fascione, 'Fraus legi'. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica*, in SHDI, L, 1984.

CARNELUTTI F., *Legge regolatrice della legittimazione processuale*, in Riv. Dir. Proc., 1955.

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.

CASAVOLA F., *L'opera storica di Franco De Martino*, in LABEO, XXIV, 1978.

CATALANO P., *Diritto e persone, Studi su origine ed attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990.

CENDERELLI A., *Fonti del diritto in diritto romano* in C. BUZZACCHI (a cura di) *Scritti romanistici*, Milano, 2011.

CENDERELLI A., *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997.

CENDERELLI A., *Ricerche su Sesto Pedio*, in SHDI, XLIV, 1978.

CERRI A., *Intervento 'iussu iudicis' e legittimazione ad agire e contraddire*, in *Foro Italiano*, 1972.

CERVENCA G., *Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna, 1983.

CHAMPLIN E., *Pegasus* in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 32, Bonn, 1978.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1936.

CHRISTOL M., *Entre la cité et l'empereur: Ulpian, Tyr et les empereurs de la dynastie sévérienne*, in F. CHAUSSON, È. WOLFF, *Consuetudinis amor. Fragments d'histoire romaine (II - IV siècles) offerts à Jean-Pierre Callu*, Roma, 2003.

CIACCIO E., *Legittimazione ad causam e titolarità del rapporto sostanziale*, in *Giust. Civ.*, 1966, I.

CORBINO A., *Diritto privato romano*, Padova, 2012

CORBINO A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova, 2008.

CRIFÒ G., *Ulpiano Esperienze e responsabilità del giurista* in ANW, II.15, Berlino, 1981.

D'ORS A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989.

D'ORS A., *El comentario de Ulpiano a los edictos del 'metus'* in AHDE, LI, 1981.

D'ORS A., *Sobre las pretendidas acciones reales 'in factum'*, in IURA, XX, 1969.

D'ORS A., *The 'odium furum' of Gaius 4.4*, in SHDI, XLIX, 1965.

DE BERNARDI M., *L'officium iudicis nell'azione arbitraria di rivendica. Appunti dalle lezioni*, Milano 1997.

DE FRANCISCI P., *Storia del diritto romano*, II, Roma, 1929.

DE GIOVANNI L., *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2008.

DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937.

DE MARTINO F., *Litem sua facere*, in BIRD, XCI, 1988.

DE RUGGIERO R., *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in BIRD, XIX, 1907.

DE RUGGIERO R., *Il «Dies impossibilis» nei contratti e nei testamenti. Saggio sulla teoria del dies in diritto romano*, in *BIRD*, XV, 1903.

DI PORTO A., *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, in *BIRD*, XCI, 1988.

DÜLL R., *Vom 'vindex' zum 'Vindex'*, in *ZSS*, LIV, 1934.

ES P. C., *De actio negatoria: een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, Nijmegen, 2005.

F. WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leida, 1960

FALCHI G. L., *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976.

FALCONE G., *Appunti sul quarto commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003.

FALCONE G., *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in P. DI LUCIA - F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti*, Napoli, 2006.

FALCONE G., *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1.)* in *AUPA*, ILIX, Palermo, 2004.

FALCONE G., *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo, 1996.

FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012.

FEENSTRA R., *Reclame en Reivindicatie*, Haarlem, 1949.

FELGENTRÄGER W., *Die Literatur zur Echtheitsfrage der römischen Juristenschriften*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1933.

FERNANDEZ BARREIRO A., *Los principios 'dispositivos' e 'inquisitivo' en el proceso romano*, in *SHDI*, XLI, 1975.

FITTING H., *Alter und Folge der Schriften der römischen Juristen*, Halle, 1908.

FLUME W., *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in *O. Behrends, Festschrift für Franz Wieacker zum 70*, Gottinga, 1978.

FRANCIOSI G., *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino, 1997.

FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica, dall'età arcaica al Principato*, Torino, 2004.

FREZZA P., *La cultura di Ulpiano*, in *SHDI*, XXXIV, Roma, 1968.

FREZZA P., *La persona di Ulpiano*, in *SHDI*, XLIX, Roma, 1983.

GAMBARO A., *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Milano, 1979.

GAUDEMET J., *Droit privé romain*, Parigi, 2000.

GAUDEMET J., *Institutions de l'antiquité*, Parigi, 1967.

GAUDEMET J., *Membrum, persona, status*, in SDHI, LXI, 1995.

GIOFFREDI C., *Contributi allo studio del processo civile romano. Note critiche e spunti ricostruttivi*, Milano, 1947.

GIOFFREDI C., *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in BIRD, LXX; 1967.

GIOFFREDI G., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955.

GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1929.

GLÜCK F., *Commentario alle pandette*, VI, Milano, 1888.

GROSSO G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944.

GROSSO G., *Problemi e visuali del romanista* in *JUS*, I 3-4, 1950.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1999.

HAMMOND M., *Septimius Severus, Roman Bureaucrat*, *Harvard studies in class. Phil.*, LI, 1940.

- HARKE J. D., *Römisches recht*, Monaco, 2008.
- HERDLITCZKA A. R., *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindicationsfklägten im klassischen römischen Recht*, in ZSS, IL, 1929.
- HEUMAN H.- SECKEL E., s.v. *vindicare*, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958.
- HONORÉ T. A. M., *The Severan Lawyers: a Preliminary Survey*, in SHDI, 28, Roma, 1962.
- HONORÉ T. A. M., *Ulpian*, Oxford, 2002.
- IGLESIAS J., *Derecho romano*, Madrid, 1965.
- IVREA F., *Azione ed interesse*, in *Riv. Dir. e Proc. Civ.*, 1928.
- JAKAB E., *Horrea sûretés et commerce maritmes dans les archives des Sulpicii*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Gottinga, 2014.
- KASER M. – HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1996.
- KASER M. /KNÜTEL R., *Römisches Privatrecht*, Monaco, 2005.
- KASER M., *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in ZSS, LI, 1931.
- KASER M., *Besitzpfand und 'besitzloses' pfand*, in SHDI, XLV, 1979.

- KASER M., *Das Römische privatrecht*, Monaco, 1975.
- KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1966.
- KASER M., *Die 'formula' der 'actio ad exhibendum'* in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, Roma, 1969.
- KASER M., *Die actio furti des verkaeufers*, in ZSS, CIX, 1979.
- KASER M., *Die formula der action ad exhibendum*, in RIDA; XIV, 1967.
- KASER M., *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in ZSS, LXVIII, 1951.
- KASER M., *Nochmals ueber besitz und verschulden bei den 'actiones in rem'*, in ZSS, CXI, 1981.
- KASER M., *Restituere als Prozessgegenstand*, Monaco, 1968.
- KASER M., *Studien zum röemischen pfandrecht*, in TR, LXIV, 1976.
- KASER M., *Studien zum römischen pfandrecht. 2 Actio pigneraticia und action fiduciae*, in TR, XLVII, 1979.
- KASER M., *Zum Formproblem der litiscontestatio*, in ZSS, LXXXIV, 1967.

KASER M., *Zum Ursprung des geteilten Zivilprozeßverfahrens* in *Festschrift für L. Wenger*, I, Monaco, 1944.

KASER M., *Zur in integrum restituito, besonders wegn metus und dolus*, in ZSS, CVII, 1977.

KASER M., *Zur legis actio sacramento in rem* in ZSS, CIV, 1987.

KIEFNER H., *Klassizität der "probatio diabolica"?* in ZSS, XXXLI, 1964.

KLINGENBERG G., *Das beweisproblem beim urkundendiebstahl*, in ZSS, CIX, 1979.

KLINGENBERG G., *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in ZSS, CXXII, 1992.

KOSCHAKER P., *Fr. 4. 32 D. 44.4 Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano* in IURA, IV, 1953.

KRUEGER P., *Geschichte der Quellen u. Liter. des römischen Rechts*, Monaco-Lipsia, 1912.

KÜBLER B., *Rec. a H. Siber, Die Passivlegittimation bei der rei vindicatio* (Leipzig 1907) in ZSS, XXIX, 1908.

KUNKEL W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 2001.

KURYLOWICZ M., *Das glueckspiel in röemischen recht*, in ZSS, CXV, 1985.

LABRUNA L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1986.

LABRUNA L., *Vim fieri veto: alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971.

LAMBRINI P., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010.

LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966

LAST A., *Fragen der Besitzlehre in Jherings Jahrbücher*, LXII, 1913.

LAST H., *Rei vindicatio*, in in *Grunuth zeitschrift*, XXXVI, 1909.

LEMOSSE M., *Actiones interrogatoriae*, in *LABEO*, XXXIV, 1988.

LEMOSSE M., *Ad exhibendum in Iura*, XXXIV, 1983.

LENEL O., *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927.

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsia 1889.

LENEL O., *Rei vindicatio und actio ad exhibendum in Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, 37, 1910.

LENEL O., *Rei vindicatio*, in *Grunuth zeitschrift*, XXXVII, 1910.

LENFANT D., *Athénée et les fragments d'historiens*, Parigi, 2007.

LEONHARD W., *Rei vindicatio*, in RE, IAI, Leipzig, 1914.

LEVY E., *Die Konkurrenz der Personen und Aktionen*, I, Berlino, 1918.

LEVY E., *West Roman vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951.

LÉVY-BRUHL H., *La formule vindicatoire*, in RHD, XI, 1932.

LIEBMAN E. T., *Difetto di legittimazione passiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967.

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2007.

LITEWSKI W., *Le depot irregulier I*, in RIDA, XXI, 1974.

LITEWSKI W., *Le depot irregulier II*, in RIDA, XXII, 1975.

LITEWSKI W., *Pignus in causa iudicati captum*, in SHDI, XL, 1974.

LONGO G., *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *IURA*, XI, 1960.

LONGO G., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SHDI*, XLV, 1979.

LOVATO A. – PULIATTI S. – SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino, 2014.

LURASCHI G., *s.v. foedus* in *Enciclopedia virgiliana*, II, Roma, 1985.

LUZZATTO G., *Spunti critici in tema di 'actio in rem per sponsionem'*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1959.

MAC CORMACK G., *The role of animus in the classical roman law possession*, in *ZSS*, XCIX, 1969.

MADRIOLI C., *Diritto processuale civile: I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2016.

MANNINO V., *Cervidio Scevola e l'applicazione della falcidia ai legati fra loro connessi*, in *BIRD*, LXXXIV, 1981.

MANTOVANI D., *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del "de officio proconsulis"* in *BIRD*, 96-97, Milano, 1993-1994.

MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999.

MANTOVANI D., *Sulle consolidazioni giuridiche tardo antiche*, in *Labeo*, XLI, 1995.

MARCONE A., *La prosopografia dei giuristi severiani in Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, ser IX, 15, 2004.

MARIA P., *Observation sur la possession du defendeur à la 'rei vindicatio'* in *Études Girard*, II, Parigi, 1913.

MAROTTA V., *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli, 2000.

MARRONE M., *Contributi in tema di legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi Scherillo*, I, Milano, 1972.

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1996.

MARRONE M., *La facultas restituendi di D.6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.). Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica* in *Studi Scaduto*, III, Padova 1970.

MARRONE M., *La rivendica contro i filii familias* in *Studi Grosso*, VI, Torino 1974.

MARRONE M., *Rivendicazione (diritto romano)* in ED, XLI, Milano, 1989.

MARTINI R., *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960.

MASCHI C. A., *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus in ANW*, II.15, Berlino, 1981.

MASCHI C.A., *Diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966.

MAYER-MALY T., *Römisches Recht*, Vienna/New York, 1999.

MAZEAUD J., *La nomination du iudex unussois la procédure formulaire à Rome*, Parigi, 1933.

MEDICUS D., *Zur Funktion der "interrogatio in iure"*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, 1971.

MENTXAKA R., *Stellionatus*, in *BIRD*, XCI, 1988,.

MERCOGLIANO F., *La fine di Ulpiano in Labeo*, XXXIX, 1993.

METRO A., *Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi*, in *BIRD*, IILV, 1972.

MIGLIETTA M., *Elaborazione di Ulpiano e Paolo intorno al 'certum dicere' nell'«edictum 'generale' de iniuriis»*, Lecce, 2002.

MODRZEJEWSKI J. - ZAWADZKI T., *La date del la mort d'Ulpian et la prefecture du prétoire au debut du règne d'Alexandre Sévère* in *RHD*, ILV, 1967.

MOLNAR I., *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella 'locatio-conductio'*, in *LABEO*, XXXII, 1986.

MOLNAR I., *Rechte und pflichten der subjekte der 'locatio conductio'*, in *INDEX*, XII, 1983 - 1984.

MONACCIANI L., *Azione e legittimazione*, Milano, 1951.

MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1977.

MUSCA D. A., *Da Traiano a Settimio Severo: "senatusconsultum" o "oratio Principis"?*, in *Labeo*, XXXI, 1985.

NEGRI G., *Appunti sulle «antologie casistiche» nella letteratura giuridica dell'età dei Severi. I libri disputationum di Ulpiano*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002.

NICOSIA G., *Agere lege*, in *Silloge*, vol. II, Catania, 1998.

NICOSIA G., *Il processo privato romano. Le origini*, Torino, 1980.

NICOSIA G., *Il testo di Gai 2. 15 e la sua integrazione*, in *LABEO*, VIX, 1968, p. 171.

NICOSIA G., *Possesso nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996.

NOAILLES P., *'Vindicta'*, in *RHD*, XIX-XX, 1940-41.

NOERR D., *Ethik und Jurisprudenz in Sachen Schatzfund* in *BIDR*, XXLV, 1973.

ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

PASTORI F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1992.

PERNICE A., *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzungsberichte der Berl. Akad. d. Wissensch.*, 1885.

PETRUCCI A., *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015.

PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, Ginevra, 2008.

PITOIS A., *Droit romain*, Parigi, 1923.

PLESCIA J., *The development of the exercise of the ownership right in roman law*, in *BIRD*; LXXXVIII, 1985.

POLACEK V., *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *LABEO*, IXX, 1973.

POLARA G., *Inquilini qui praediis adhaerent ed 'aestimatio' di un legato nullo*, in *BIRD*, LXXII, 1969.

PROVERA G., *'Indefensio' e legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974.

PROVERA G., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970.

PROVERA G., *La pluris petitio nel processo romano*, Torino, 1960.

PUGLIESE G., *'Actio' e diritto soggettivo*, Milano, 1939.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano. II Il processo formulare*, Milano, 1963.

PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1990.

PUGLIESE G., *Processo civile romano*, I, Roma, 1962.

PUGLIESE G., *Sentenza di rivendicazione ed acquisto della proprietà in diritto romano*, in RIDA, III, 6, 1959.

RAINER M. J., *Der paries communis im klassischen römischen recht*, in ZSS, CXVIII, 1988.

RESCIGNO P., *Legittimazione (diritto sostanziale) in Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963.

RESZCZYNSKI J., *Impendere, impensa, impendium (Sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, in SDHI, LV, 1989.

ROBAYE R., *Remarques sur le concept de faute dans l'interpretation classique de la lex Aquilia*, in RIDA, XXXVIII, 1981.

SANFILIPPO C., *Interrogatio in iure*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, Napoli, 1955.

SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Messina, 1996.

SANTALUCIA B., *I libri opinionum di Ulpiano*, Milano, 1971.

SANTORO R., 'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis', in *LABEO*, XXX, 1984.

SAULNIER C., *Le rôle de prêtres fetiaux et l'application du ius fetiale à Rome* in *Revue historique de droit français et étranger*, LVIII, Parigi, 1980.

SCHERILLO G. /GNOLI F., *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano, 2003.

SCHERILLO G., *La critica del Codice Teodosiano e la legge della citazioni di Valentiniano III* in *Scritti giuridici*, Milano, 1992.

SCHIAVONE A., *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2010.

SCHIAVONE A., *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SHDI*, LIIX, Roma, 2003.

SCHIAVONE A., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994.

SCHIPANI S., *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971.

SCHMIDLIN B. /CANNATA C.A., *Droit privé romain*, I, Losanna, 1988.

SCHULZ F., *Classical roman law*, Oxford, 1992.

SCHULZ F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946.

SCHULZ F., *Die Epitome Ulpiani*, Bonn, 1926.

SCHWARZ A. B., *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951.

SEGRÉ G., *Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto romano classico* in BIRD, 1933.

SENN F., *La leçon de la Rome antique sur la notion de 'vindicatio'*, in RHD, XV, 1936.

SERRAO F., *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 2006.

SIBER H., *Die Passivlegitimation bei de rei vindicatio*, Leipzig, 1907.

SILVEIRA MARCHI E. C., *La proprietà per piani nel diritto romano*, in IDEX, XVIII, 1990.

SIMSHÄUSER W., *Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinaftung him klassischen römischen Recht*,

in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli, 2001.

SIMSHÄUSER W., *Sozialbindungen des spätrepublikanisch-klassischen Privateigentums in Festschrift H. Coing*, Monaco, 1984.

SITZIA F., *Le proprietà moderne e le proprietà romane in Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998.

SITZIA F., *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, 1977.

SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1937.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica in Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006.

SPENGLER H., *Studien zur interrogatio in iure*, Monaco, 1994.

STIEGLER H., *Marcell. D. 37.10.10. und die Drittwirkung des Eides*, in ZSS, LIIIV, 1968.

STOLFI E., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. II Contesti e pensiero*, Milano, 2002.

STURM F., *Der Eid im Dienst von Abtretung und Schuldübernahme*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, 1972.

STURM F., *Stipulatio aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, Monaco, 1972.

STURM J.F., *La nature juridique de la 'rei vindicatio'*, in *Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam, 1995.

TALAMANCA M., *Diritto e prassi nel mondo antico in Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, a cura di I. PIRO, Soveria Mannelli, 1999.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.

TALAMANCA M., *Mario Bretone. Storia del diritto romano*, in BIRD, XCI, 1988.

TALAMANCA M., *Processo civile (diritto romano)*, in ED, XXXVI, Milano, 1987.

TALAMANCA M., *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Milano, 1956.

THOMAS J. A. C., *Rei hereditariae furtum non fit*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVI, 1968.

THÜR G.W., *'Vindicatio' und 'Deductio' in frühromischen Grundstückstreit*, in ZSS, LXXXXIV, 1977.

TONDO S., *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015.

VACCA L., *I precedenti e i responsi dei giuristi in Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*, Padova, 2006.

VACCA L., *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, Milano, 1989.

VACCA L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989.

VIGNERON R., *Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*, in BIRD, *XXLVII*, 1974.

VOCI P., *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in SHDI, *LVI*, 1990.

VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004.

VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1971.

VOLTERRA E., *Sulla legge delle citazioni in Scritti giuridici, VI. Le fonti*, Napoli, 1994.

VON PLANCK J. J. W., *De legitimatione ad causam*, Gottinga, 1837.

WACKE A., *Die zahlung mit fremdem geld*, in BIRD, *LXXIX*, 1976.

WACKE A., *Prozessformel und beweislust im pfandrechtsparaetendentenstreit*, in TR, *XXXVII*, 1969.

WACKE A., *Zur Beweislast im klassischen zivilprozess*, in ZSS, CXXII, 1992.

WACKE A., *Zur lehre vom factum tacitum und zur aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS, CIII, 1973.

WAKE A., *Kannte das edikt eine in integrum restituito propter dolum*, in ZSS, CI, 1971.

WATSON A., *The State, Law and Religion: Pagan Rome*, Athens, 1992.

WENGER L., *Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse in Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948.

WETZELI G. W., *Der römische Vindication Prozess*, Leipzig, 1845.

WIEACKER F., *Textstufen klassischer Juristen*, Gottinga, 1975.

WIELING H., *Subjektive reichweite der materiellen rechtskraft im röemischen recht*, in ZSS, CXV, 1985.

WINDSCHEID B. - MUTHER T., *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954.

WITTMANN R., *Die entwicklungslinien der klassischen injurienklagen*, in ZSS, CIV, 1974.

WLASSAK M., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Vienna, 1921.

WLASSAK M., *Die klassische Prozessformel: mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Vienna, 1924.

WLASSAK M., *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio: Eine rechtshistorische Untersuchung*, Jena, 1879.

ZUCCOTTI F., *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana*, Milano, 1998.