

## «Indefensio» e legittimazione passiva alla «rei vindicatio»

1. Da un frammento del Digesto, ricavato dal libro XVI *ad edictum* di Ulpiano<sup>1</sup>, risulta chiaramente che, secondo alcuni giureconsulti, tra i quali Pegaso, la posizione del legittimato passivo alla *rei vindicatio* coincideva con quella del possessore *ad interdicta* della cosa medesima (*eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdictis uti possidetis vel utrobi*).

Dal medesimo frammento risulta pure che l'opinione di Pegaso non era condivisa da altri giureconsulti, in particolare dallo stesso Ulpiano, secondo cui la cosa avrebbe potuto essere rivendicata *ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem*.

Si tratta di un testo ben noto ai romanisti<sup>2</sup>, da tempo impegnati ad approfondire i termini di questa disputa dottrinale, da molti<sup>3</sup> intesa nel senso che Ulpiano, a differenza di Pegaso e ben prima dei compilatori giustinianei, avrebbe ammesso l'esperibilità della *rei vindicatio* non solo contro il possessore *ad interdicta*, ma anche contro il semplice detentore. Senonché tale interpretazione, a parte i sospetti che investono la genuinità del frammento<sup>4</sup> – sospetti dai quali non va esente nemmeno

---

[«Studi G. Grosso», VI, Torino, 1974, p. 207-231]

<sup>1</sup>) D.6.1.9: *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventris 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*.

<sup>2</sup>) Per accurate notizie bibliografiche sulla letteratura relativa al passo ulpiano, si veda il recente contributo di M. MARRONE, *La «facultas restituendi» di D. 6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.) - Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendicatio*, in «Studi G. Scaduto», III, Padova, 1970, p. 536 nt. 2 s. e p. 537 nt. 5.

<sup>3</sup>) Per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, 1955, I, p. 364.

<sup>4</sup>) La proposizione introduttiva contiene alcune locuzioni stilisticamente infelici (*in hac actione in hoc erit ut; officium autem iudicis ... in hoc erit ut ...*), già rilevate dal B. KÜBLER, *rec.* a H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, in «ZSS.», XXIX, 1908, p. 487: esse sarebbero dovute, a suo avviso, all'intervento dei compilatori, consistente nell'assegnare al giudice il compito di accertare *an reus possideat*, compito che, secondo Ulpiano, sarebbe spettato, invece, al *praetor*. Alla tesi del Kübler ha aderito O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in «Grünhut's Zeitschrift», XXXVII, 1910, p. 15 (*estr.* = p. 529). secondo cui, una volta che il convenuto avesse aderito alla *litis contestatio*, l'attore non avrebbe più dovuto provare, nella fase *in iudicio*, che il proprio avversario si trovava al possesso della cosa. Lo stesso LENEL, *op. cit.*, p. 16, ammette però che il convenuto sarebbe stato assolto se avesse dimostrato di non essere in grado di compiere la *restitutio*, non avendo la cosa presso di sé; il che è quanto dire che la sussistenza dei presupposti su cui si fondava la sua legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, accertata in via provvisoria dal magistrato ai fini del *iudicium dare*, avrebbe dovuto essere ulteriormente controllata dal giudice. H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, p. 26 ss., ha, dal canto suo, attribuito ai compilatori l'intero brano da *ubi enim probavi* a *qui non obiecit aliquam exceptionem*; il *necesse habebit restituere* presupporrebbe la possibilità, ammessa nel diritto giustiniano, di una esecuzione *manu militari* della sentenza (*contra*, LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., p. 26). *Ictu oculi* risulta sconnessa l'esemplificazione introdotta dal *denique ait ab eo* (*apud quem ... vel qui, ... in possessione esset ... non cavebatur*). Spurio è l'accento al comodato accanto al deposito (R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum*, in «BIDR.», XIX, 1907, p. 54 ss.); quello al *missus ventris nomine* (S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel*

la proposizione finale <sup>5</sup> – dà per scontato il riferimento della massima ivi contenuta ad ogni specie di detentori, mentre essa, pur se considerata isolatamente, sembra suscettibile di un'interpretazione più restrittiva di quella comunemente accolta. A ben vedere, infatti, secondo l'opinione difesa da Ulpiano, legittimati passivamente alla *rei vindicatio* sarebbero stati coloro i quali, oltre ad essere detentori, avessero pure la *facultas restituendi*, e non è detto che questa consistesse nella semplice facoltà di disporre materialmente della cosa <sup>6</sup>.

Volendo approfondire l'esegesi del frammento si tratterebbe allora, anzitutto, di vagliare i numerosi testi che direttamente o indirettamente fanno riferimento alla posizione del convenuto nel giudizio di rivendica. Fra di essi, alcuni parrebbero suffragare un'interpretazione estensiva della massima ulpiana, dal momento che prevedono l'esperibilità contro dei semplici detentori della *rei vindicatio* e dell'*actio ad exhibendum* <sup>7</sup>. Oltre a ciò, se fosse vero che quest'ultima aveva, nel diritto classico, una funzione preparatoria rispetto alla prima <sup>8</sup>, si potrebbe senz'altro concludere, come del resto è stato fatto, che, essendo passivamente legittimati all'*actio ad exhibendum* anche i detentori <sup>9</sup>, gli stessi sarebbero pure passivamente legittimati alla *rei vindicatio* <sup>10</sup>. La tesi della funzione preparatoria

---

*diritto romano*, I, Napoli, 1937, p. 19 ss.); al *missus dotis nomine* (H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, 1928, p. 98). Tenuto conto delle varie osservazioni, sembra abbastanza attendibile la ricostruzione proposta da Emil Seckel in H. G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon* <sup>10</sup>, Graz, 1958, sv. 'vindicare': «denique ait ab eo [apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut] qui (rei servandae 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». Troppo radicale la critica del G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, p. 20, e II, Tübingen, 1911, p. 5 s., che ha reinventato un nuovo testo, in cui Pegaso avrebbe ritenuto passivamente legittimato alla *rei vindicatio* solo il possessore 'animo domini', mentre Sabino avrebbe esteso tale legittimazione ai possessori *ad interdicta*; lo stesso Sabino, poi, avrebbe escluso che si potesse agire in rivendica contro i *missi in possessionem*.

<sup>5</sup>) Tale proposizione risulta formalmente ineccepibile (cfr. MARRONE, *La facultas restituendi* cit., p. 5 nt. 5): non sono mancati però coloro che hanno preferito attribuirne la paternità ai compilatori o ad un glossatore dell'epoca postclassica. Significativo, a questo proposito, è tuttavia il ripensamento del SIBER, il quale, dopo aver sostenuto questa tesi in *Die Passivlegitimation*, cit., p. 27 s., ha finito per ammettere la genuinità del brano in *Römisches Recht*, cit., p. 98, ove sostiene che Ulpiano avrebbe ammesso la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* dei detentori purché derivassero il titolo della propria detenzione dal rivendicante. Indizio forse decisivo della genuinità della massima è che essa risulta introdotta da un 'puto autem' non altrimenti riferibile se non alla personale opinione del giureconsulto che l'ha elaborata.

<sup>6</sup>) Su questo rilievo ha particolarmente insistito il MARRONE, *La facultas restituendi*, cit., p. 7 s., precisando come il termine 'facultas' risulti usato solo in pochissimi testi giurisprudenziali (citati *ivi*, nt. 11) nel senso atecnico di «capacità», «possibilità», «disponibilità materiale».

<sup>7</sup>) Si vedano, ad esempio, C.I. 3.42.8.pr. (Dioclet. et Maximian., a. 293: 'Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius praecibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes'), e C.I., 4.34.1 (Alex., a. 234 = *Coll.* 10.8: 'Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit, non pertinet. quod si praeextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit'). Certo non si può fare grande assegnamento sul 'vel vindicatione', che potrebbe essere stato aggiunto in C.I. 3.42.8.pr., e tanto meno sul 'sed etiam in rem vindicatio competit' di C.I. 4.34.1, frase che sembra inserita artificiosamente in un contesto che doveva menzionare soltanto l'*actio depositi* e l'*actio ad exhibendum*, più che sufficienti ad assicurare al deponente una tutela giudiziale adeguata. Per una diffusa analisi delle due costituzioni, cfr. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA», XXVI, 1957, p. 336 s. e 356 s.

<sup>8</sup>) Questa tesi ha trovato il suo più strenuo sostenitore nel BESELER, *Beiträge*, cit., I, p. 10 ss., *Sachpräsenz in iure bei der klassischen Mobilienvindikation*, in «ZSS», LI, 1931, p. 402 s., e *Lucubrationes Balticae*, in «SDHI», III, 1937, p. 385. Secondo tale autore anche nella procedura formulare sarebbe stata necessaria la presenza *in iure* della cosa e l'*actio ad exhibendum* sarebbe servita appunto a realizzare tale presenza. Già G. DEMELIUS, in una monografia risalente al 1872 (*Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Graz, 1872) aveva assegnato all'*actio ad exhibendum* una funzione preparatoria, sostenendo che essa serviva, nel processo formulare, per consentire l'identificazione della *res* a chi intendeva rivendicarla.

<sup>9</sup>) Tesi questa che può ritenersi definitivamente acquisita alla dottrina romanistica, specie dopo l'ampio studio di MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 285 s.

<sup>10</sup>) Questa è stata appunto la via seguita dal A. LAST, *Fragen zur Besitzlehre*, in «Jherings Jahrbücher», LXII, Jena, 1915, p. 126 ss., per dimostrare come tutti i detentori fossero, già nel diritto classico, passivamente legittimati alla *rei vindicatio*.

dell'*actio ad exhibendum* può ritenersi oggi definitivamente abbandonata dalla dottrina<sup>11</sup>, dovendosi ammettere invece che essa fosse esperibile contro chi avesse rifiutato, di fronte ad una *vindicatio* mobiliare, di '*iudicium accipere*'<sup>12</sup>. Non per questo, però, è stata abbandonata l'idea di trarre argomento dalla disciplina dell'*indefensio* per sostenere che anche i semplici detentori erano passivamente legittimati alla *rei vindicatio*. E non è mancato neppure chi ha cercato di precisare dogmaticamente questa tesi, identificando i legittimati passivi alla *rei vindicatio* con le persone tenute ad aderire alla *litis contestatio* sulla *formula* di tale azione, essendo sottoposte, in caso di *indefensio*, alle sanzioni pretorie<sup>13</sup>. Se ciò fosse vero, bisognerebbe dedurre, almeno per la *vindicatio* mobiliare<sup>14</sup> che questa era esperibile anche contro i semplici detentori, i quali erano appunto soggetti, in caso di *indefensio*, all'*actio ad exhibendum*. Ma è proprio l'esattezza di tale ipotesi che ci proponiamo di verificare in questa sede, accertando, anzitutto, se il regime dell'*indefensio* incidesse su quello della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* e quindi se i testi relativi all'*actio ad exhibendum* possano essere in qualche modo utilizzati ai fini di una corretta interpretazione della massima contenuta in D. 6.1.9.

Diremo subito, anticipando i risultati della ricerca, che, a nostro avviso, il regime formulare dell'*indefensio* non fornisce alcuna indicazione in merito all'estensione della sfera dei soggetti passivamente legittimati alla *rei vindicatio*.

2. Come è noto<sup>15</sup>, la mancata adesione del convenuto alla *litis contestatio* sul testo della *formula* richiesto dall'attore ed approvato dal magistrato troncava inesorabilmente l'*iter* del processo in direzione della sentenza di merito ed impediva perciò il raggiungimento del suo obiettivo finale, consistente nella realizzazione della sanzione esecutiva. Di qui l'esigenza di una disciplina normativa idonea a premere sulla volontà del convenuto predetto onde indurlo a '*iudicium accipere*' e ad assicurare all'attore per una via diversa da quella normale, laddove la coazione mancava o risultava inefficace, il soddisfacimento delle proprie ragioni. Tale disciplina era diversamente articolata a seconda che si trattasse di *actiones in personam* ovvero di *actiones in rem*. Infatti, di fronte alle prime, la mancata adesione del convenuto alla *litis contestatio* comportava l'immediata applicazione, nei suoi confronti, delle sanzioni esecutive – *ductio* e *missio in bona* –, le stesse cui si ricorreva in caso di inadempimento dell'*obligatio iudicati*. Nelle *actiones in rem*, invece, in particolare nella *rei vindicatio*, il rifiuto di '*iudicium accipere*' era, di per sé, improduttivo di conseguenze sfavorevoli per il convenuto: '*nemo cogitur rem de-*

---

<sup>11</sup>) Per un'ampia e convincente critica della tesi della funzione preparatoria dell'*actio ad exhibendum*, cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 536 ss.

<sup>12</sup>) Ipotesi già formulata da LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., *passim*, e adeguatamente approfondita da Marrone nella monografia più volte citata.

<sup>13</sup>) Si veda, per questa impostazione, M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956, p. 12 ss. A suo avviso, legittimati attivamente e passivamente alla *rei vindicatio* sarebbero stati coloro che potevano pretendere o nei confronti dei quali poteva essere pretesa l'adesione alla *litis contestatio*, essendo soggetti, in caso di *indefensio*, all'*actio ad exhibendum* ovvero all'*interdictum quem fundum*. Ci sembra tuttavia di poter replicare che non è configurabile né un diritto dell'attore in rivendica a che il convenuto presti la sua adesione alla *litis contestatio* né un obbligo corrispondente del convenuto medesimo avente per oggetto il *iudicium accipere*. Anzi, a differenza che nelle *actiones in personam*, in cui il *vocatus* era costretto a *iudicium accipere* per evitare sia la *ductio* che la *missio in bona*, nelle *actiones in rem*, come è detto più avanti nel testo, il *vocatus* avrebbe potuto non aderire alla *litis contestatio* senza subire, per questo solo fatto, alcuna conseguenza sfavorevole. Da questo punto di vista non sembra dunque possibile individuare una categoria unitaria di persone legittimate passivamente alla *rei vindicatio*, dal momento che nemmeno il possessore in senso proprio era tenuto a contestare la lite: infatti gli sarebbe stato sufficiente, per evitare le sanzioni pretorie, abbandonare la cosa, di cui non intendeva assumere la difesa, nelle mani dell'attore.

<sup>14</sup>) Del tutto inattendibile ci sembra la tesi del F. BOSSOWSKI, *De actione ad exhibendum*, in «Bulletin de l'Académie Polonaise des sciences et des lettres», Krakow, 1927, p. 182 ss. (che non ci è stato possibile consultare direttamente, ma si veda MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 186 ss), secondo cui l'*actio ad exhibendum* sarebbe stata esperibile, quando il convenuto avesse negato di possedere, rinunciando a contestare la pretesa dell'attore, sia in caso di *vindicatio* mobiliare sia in caso di *vindicatio* immobiliare. Per un'ampia critica di questa teoria, MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 464 ss.

<sup>15</sup>) Sul regime formulare dell'*indefensio* si veda, da ultimo, G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, *passim*.

*defendere*<sup>16</sup>. Ne consegue che, al riparo di questa massima, egli avrebbe potuto rifiutare la propria adesione alla *litis contestatio*, pur conservando il possesso della cosa; avrebbe potuto, in altri termini, impedire impunemente all'attore la difesa giudiziale del proprio diritto. Per ovviare a questo inconveniente, furono introdotti nella procedura *per formulas* adeguati rimedi, diversi a seconda che si trattasse di *vindicatio* immobiliare oppure di *vindicatio* mobiliare. Nel primo caso trovava applicazione l'*interdictum quem fundum*, con cui il pretore ordinava al convenuto, se la *res* restava *indefensa*, di restituire all'attore il possesso dell'immobile. Nel secondo caso, l'*actio ad exhibendum*, che costringeva il convenuto, nella stessa ipotesi, *ad exhibere*, lasciando che l'attore si impossessasse della cosa mobile che intendeva rivendicare. In definitiva, perciò, nei due casi, si finiva per colpire l'ostruzionismo del convenuto con una sanzione adeguata, consistente nella privazione del possesso: *interdictum quem fundum* ed *actio ad exhibendum* erano gli strumenti predisposti per la sua realizzazione. Se il destinatario dell'interdetto o il convenuto con l'*actio ad exhibendum* rifiutavano, rispettivamente, la *restitutio* o l'esibizione, si sarebbe instaurato nei loro confronti un normale giudizio di merito, naturalmente se i predetti avessero aderito alla *litis contestatio*: in caso contrario, avrebbero senz'altro subito, come ogni altro debitore che rinunciava alla propria difesa, la *ductio* e la *missio in bona*.

Ora, per quanto concerne l'*actio ad exhibendum*, è indubbio, come già abbiamo accennato, che essa era esperibile, se la *res* oggetto della rivendica restava *indefensa*, non solo contro il possessore *ad interdica*, ma anche contro il semplice detentore. Ne consegue che, almeno secondo la tesi di Pegaso, la sfera dei legittimati passivi a tale azione non coincideva con quella dei legittimati passivi alla *rei vindicatio*. Si tratterà allora di accertare, da un lato, perché Pegaso ritenesse che quest'ultima azione fosse esperibile solo contro il possessore *ad interdica* e, dall'altro, perché l'*actio ad exhibendum* fosse invece esperibile, senza alcuna difficoltà, anche contro i semplici detentori (ed anche<sup>17</sup> contro chi avesse cessato dolosamente di possedere o di detenere).

3. La tesi di Pegaso può trovare giustificazione adeguata sia sotto il profilo storico che sotto il profilo dogmatico.

Ripercorrendo a ritroso la storia del processo romano si risale necessariamente dalla *vindicatio* formulare alla *legis actio sacramento in rem*, il cui rito riproduceva, in termini stilizzati, le fasi salienti di una lotta per il possesso della cosa, preteso sia dall'attore che dal convenuto in virtù di un diritto di cui entrambi si affermavano contemporaneamente titolari. Di qui un'antitesi radicale ed irriducibile fra due posizioni, riflessa, per così dire, plasticamente nella contrapposizione fra *vindicatio* e *contra vindicatio*, in cui dovevano impegnarsi entrambe le parti. Siffatta antitesi continua a riprodursi sostanzialmente immutata nella *vindicatio* formulare, esperibile, almeno secondo l'opinione indubbiamente più conservatrice di Pegaso, soltanto contro il possessore (in senso proprio) della cosa, il solo, per la verità che, comportandosi *uti dominus*, realizzasse, di fatto, rispetto alla pretesa fatta valere dall'attore, una situazione analoga a quella che nella *legis actio sacramento in rem* legittimava il convenuto alla *contra vindicatio*.

Sotto il profilo dogmatico, poi, l'opinione del giureconsulto sembra adeguarsi perfettamente alla struttura dell'azione riflessa nell'*intentio* della *formula*: infatti nel «*si paret rem A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse*» era implicita un'antitesi<sup>18</sup> suscettibile di realizzarsi concretamente solo nei confronti di chi si fosse comportato rispetto alla cosa rivendicata *uti dominus*. Da questo punto di vista risultava perciò evidente che

<sup>16</sup> Cfr. D. 50.17.156.pr. (Ulp. 70 *ad ed.*): «*Invitus nemo cogitur rem defendere*». Cfr. altresì D. 6.1.80 (Fur. Anth. 1 *ad ed.*). Sul valore ed il significato della massima ulpiana, si veda PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 166.

<sup>17</sup> Nessun dubbio vi può essere sull'esperibilità dell'*actio ad exhibendum* contro chi avesse cessato dolosamente, al fine cioè di sottrarsi al giudizio di rivendica, di possedere o di detenere: si veda, su questo punto, MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 583 ss. Si tratta infatti anche qui di una tipica ipotesi di ostruzionismo, diretto ad impedire al *dominus* la tutela giudiziale del proprio diritto.

<sup>18</sup> Su di essa ha particolarmente insistito G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, p. 101: «La legittimazione passiva nell'*actio in rem* viene dalla posizione di antitesi rispetto al potere affermato nell'*intentio*».

il titolare di un diritto reale limitato od il semplice detentore, le cui posizioni non erano di per sé incompatibili con la pretesa fatta valere dal *dominus*, non avrebbero potuto essere agganciati, per il tramite dell'affermazione sopra indicata, in un processo diretto alla completa eliminazione di una situazione di fatto irriducibilmente contraria alla situazione di diritto descritta nell'*intentio* della *formula* <sup>19</sup>.

4. Altrettanto giustificata sia sotto il profilo storico che sotto il profilo dogmatico risulta l'estensione ai semplici detentori della legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum*.

Al tempo della *legis actio sacramento in rem* in cui, come è noto, era assolutamente indispensabile la presenza *in iure* della cosa rivendicata (o di un suo simbolo), si dovettero assicurare all'attore mezzi idonei a raggiungere materialmente la cosa ovunque questa si trovasse, eventualmente anche nelle mani di un semplice detentore. A tal fine furono messi a disposizione del rivendicante gli stessi sistemi di perquisizione *lance et licio* e *testibus praesentibus* che servivano al derubato per la ricerca della cosa sottrattagli. Una volta che questa fosse stata scoperta e trasportata al cospetto del magistrato, allora avrebbe potuto avere inizio il rito processuale; se questo fosse stato interrotto in seguito all'omissione della *contra vindicatio*, l'attore avrebbe potuto impossessarsi immediatamente della cosa previa *addictio* del magistrato <sup>20</sup>.

Nella procedura *per formulas* l'*actio ad exhibendum*, come già abbiamo accennato, era esperibile, in primo piano, contro il possessore di una cosa mobile che avesse preteso di conservarla nelle proprie mani pur negando la sua adesione alla *litis contestatio*. Senonché, trattandosi di cosa mobile, bisognava pure tener conto della facilità estrema con cui il predetto avrebbe potuto nascondersi dietro le spalle di un semplice detentore, in grado anch'egli di continuare a tenere la cosa presso di sé (eventualmente nell'interesse del proprio dante causa), pur rifiutandosi di aderire alla *litis contestatio*. Anche in questo caso risultava perciò evidente un comportamento di tipo ostruzionistico ed anche in questo caso l'applicazione dell'*actio ad exhibendum* appariva ineccepibile <sup>21</sup>, trattandosi del mezzo previsto per assoggettare il detentore alle sanzioni esecutive – *ductio* e *missio in bona* –, sempre che egli non avesse preferito *exhibere*, lasciando che l'attore si impossessasse della cosa. Ma in tale regime erano pure evidenti le tracce di quello più antico, in cui era consentito all'attore in rivendica, anzitutto, attraverso la perquisizione *lance et licio* ovvero *testibus praesentibus*, di raggiungere materialmente la cosa anche presso un semplice detentore e, quindi, di recuperarne immediatamente il possesso in caso di omissione della *contra vindicatio* (e cioè in caso di *indefensio*).

Per quanto concerne l'*interdictum quem fundum*, le fonti ci hanno conservato notizie così scarse e frammentarie da impedirci di determinare con esattezza l'estensione della sfera dei soggetti passivamente legittimati all'interdetto medesimo. Tuttavia, se si pensa che nella *vindicatio* immobiliare l'identificazione del possessore in senso proprio e quindi della persona passivamente legittimata a tale azione non andava incontro alle difficoltà ed agli ostacoli cui andava incontro invece il rivendicante di una cosa mobile – costretto anzitutto a scoprire dove e presso chi essa si trovava, salvo poi stabilire se si trattava di un possessore o di un semplice detentore –, non sembra troppo lontana dal vero l'ipotesi che l'*interdictum quem fundum* fosse esperibile soltanto contro il possessore (in senso proprio), il solo cui si potesse, in effetti, imputare, in caso di mancata adesione alla *litis contestatio*, il fatto di impedire volontariamente al *dominus* la tutela giudiziale del proprio diritto. Ma, anche in tal caso, bisognerebbe pur sempre escludere che identiche fossero le persone rispettivamente legittimate, dal lato passivo, alla *rei vindicatio* e all'*interdictum quem fundum*. Legittimato passivo alla *rei vindicatio* era il possessore in senso proprio dell'immobile; legittimato passivo all'*interdictum quem fundum* lo stesso possessore, oltre a colui che aveva cessato dolosamente di possedere, sempre che avessero rifiutato di *rem defendere* e sempre che nessun altro si fosse dichiarato disposto ad assumere tale difesa.

---

<sup>19</sup>) Ciò va affermato anche se in caso di disubbidienza del contenuto al *iussum de restituendo* l'attore, essendo impossibile un'esecuzione *in ipsam rem*, avrebbe dovuto accontentarsi, in definitiva, di una somma di denaro commisurata al valore della cosa.

<sup>20</sup>) Su tale *addictio*, si veda da ultimo PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 34 ss.

<sup>21</sup>) Per una più ampia dimostrazione di questa tesi, cfr. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 160 ss.

Infatti, nella ricostruzione del regime dell'*indefensio* bisogna pur tener presente che l'adesione alla *litis contestatio* era consentita non solo al possessore, ma anche al terzo, naturalmente *nomine alieno* <sup>22</sup>.

Gioverà ricordare, a questo punto, che l'adesione alla *litis contestatio* comportava, nelle *actiones in rem*, la prestazione della *cautio indicatum solvi*, mediante la quale il convenuto prometteva, tra l'altro di '*rem defendere arbitrato boni viri*' <sup>23</sup>. Ma '*rem defendere arbitrato boni viri*' significava, anzitutto, evitare tutto ciò che avrebbe potuto indurre in errore il *dominus* sulle circostanze atte a qualificare, dal punto di vista della legittimazione, l'effettiva posizione del proprio avversario. Basti accennare qui, a conforto di tale interpretazione della *clausula doli*, al regime della *oblatio liti*, in cui il '*liti se offerre*' consisteva appunto nell'aderire alla *litis contestatio* facendo credere all'attore, contrariamente al vero, di essere possessore della cosa rivendicata. Ora, se è vero che, verificandosi tale ipotesi, il convenuto sarebbe stato assolto nella *rei vindicatio* per difetto di legittimazione passiva, pur rispondendo in virtù della *clausula doli* della *cautio indicatum solvi* dei danni cagionati all'attore <sup>24</sup>, si dovrà pure ammettere che l'adesione alla *litis contestatio* comportava per il convenuto il dovere di rendere nota l'effettiva natura della propria relazione con la cosa. Ne consegue che, almeno secondo l'opinione condivisa da Pegaso, il detentore, per sfuggire all'*actio ad exhibendum*, avrebbe dovuto contestare la lite sulla formula della *rei vindicatio* per conto del proprio dante causa che era, nella sua qualità di possessore (in senso proprio), il solo ad essere passivamente legittimato alla *vindicatio* medesima <sup>25</sup>.

5. Da una valutazione complessiva del regime della *rei vindicatio* e dell'*actio ad exhibendum* (nonché dell'*interdictum quem fundum*) emerge, dunque, che l'intero meccanismo processuale predisposto per la tutela del diritto di proprietà era in grado di funzionare efficacemente anche se il convenuto non avesse aderito alla *litis contestatio*. Né il fatto che la legittimazione passiva all'azione di rivendica fosse limitata, in virtù del principio enunciato da Pegaso, al possessore (in senso proprio) della cosa dava luogo ad inconvenienti di rilievo, tali da rendere inevitabile (o quanto meno auspicabile) l'estensione che sarebbe stata propugnata dalla corrente giurisprudenziale seguita da Ulpiano. Supposto, infatti, per un momento, che il rivendicante, ignaro della effettiva situazione possessoria della cosa rivendicata, come spesso accadeva nella *vindicatio* mobiliare, si fosse rivolto anziché contro il possessore contro un semplice detentore, avrebbero potuto verificarsi varie eventualità. La più probabile era che il detentore non intendesse affatto assumersi spontaneamente l'onere di *rem defendere*, onere che normalmente sarebbe dovuto ricadere sul proprio dante causa. Ma, non essendo ancora prevista e disciplinata la *laudatio auctoris*, non restava al convenuto, in tale ipotesi, che rifiutare la propria ade-

<sup>22</sup> Si tratta, in altri termini, di distinguere a seconda che il convenuto in rivendica aderisse alla *litis contestatio* in nome e per conto proprio ovvero in nome proprio ma per conto (normalmente nell'interesse) di un terzo (cfr. Gai., *inst.* 4.82).

<sup>23</sup> Per una ricostruzione del testo della *cautio*, cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* <sup>3</sup>, Leipzig, 1927, p. 532.

<sup>24</sup> Sul regime dell'*oblatio liti* ricostruito sotto il profilo della legislazione passiva all'*actio in rem*, si veda TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, cit., p. 43 s.

<sup>25</sup> Nello stesso senso si è espresso il LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., p. 31. A suo avviso, però, l'attore avrebbe anche potuto rifiutarsi di contestare la lite col detentore, ritenendo preferibile procedere immediatamente contro di lui con l'*actio ad exhibendum*: ciò almeno secondo l'opinione di Pegaso. Secondo l'opinione di Ulpiano, invece, il quale, come il Lenel ammette, avrebbe ritenuto il detentore passivamente legittimato alla *rei vindicatio*, quest'ultimo sarebbe stato soggetto all'*actio ad exhibendum* solo se avesse rifiutato di aderire alla *litis contestatio*. Da ciò il Lenel trae argomento per sostenere che l'attore in rivendica sarebbe venuto a trovarsi nei confronti del detentore in una posizione più favorevole accogliendo la tesi di Pegaso di quella che gli sarebbe spettata se fosse prevalsa la tesi di Ulpiano: Pegaso, infatti, avrebbe negato al detentore il diritto di difendere la cosa. Il che non ci sembra di poter ammettere. Infatti, sempre dal punto di vista di Pegaso, se l'attore avesse convenuto in giudizio un detentore era perché si era convinto che costui fosse, in realtà un possessore in senso proprio. Al momento della *litis contestatio* poteva anche darsi che l'attore si fosse persuaso che la persona da lui convenuta in giudizio era in effetti un detentore: in questo caso non v'era altro da fare per l'attore predetto che o rinunciare all'azione oppure rivolgersi contro il possessore in senso proprio oppure contestare la lite col detentore *nomine alieno*. Se il convenuto si dichiarava pronto a contestare la lite *procuratorio nomine* la *res* non avrebbe potuto ritenersi indifesa e sarebbe venuto perciò a mancare uno dei presupposti dell'*actio ad exhibendum*.

sione alla *litis contestatio*, lasciando poi, di fronte all'*actio ad exhibendum* promossa contro di lui per il fatto dell'*indefensio*, che l'attore si impossessasse della cosa. Poteva darsi anche che il detentore accettasse di contestare la lite *nomine alieno* (per conto del proprio dante causa); poteva darsi infine che egli aderisse alla *litis contestatio nomine proprio*, per discutere con l'attore, qualora costui si fosse convinto (a torto) di trovarsi di fronte ad un possessore *animo domini*, la questione della propria legittimazione passiva: questione che, nell'ipotesi considerata, non avrebbe potuto essere risolta dal giudice che a favore del convenuto<sup>26</sup>.

Ben diversamente sarebbero andate le cose se fosse prevalsa la tesi attribuita ad Ulpiano. In tal caso, il *dominus* avrebbe potuto rivolgersi con successo anche contro i semplici detentori, i quali sarebbero stati perciò soggetti alla *condemnatio pecuniaria* se avessero aderito alla *litis contestatio*, all'*actio ad exhibendum* ovvero all'*interdictum quem fundum* se avessero rifiutato di *rem defendere*. Bisognerebbe allora ammettere, già per il diritto tardo-classico, un completo superamento delle ragioni di ordine storico e dogmatico su cui si fondava la regola enunciata da Pegaso. Il che non si può ovviamente escludere *a priori*; resta però, a carico di chi lo afferma, l'onere di una dimostrazione rigorosa. Non ci si può comunque nascondere che tale dimostrazione – non potendo essere utilizzati, per le ragioni che abbiamo cercato di spiegare, i passi relativi all'*actio ad exhibendum* – va incontro a gravi difficoltà, anche perché quando si parla di detenzione si fa riferimento inevitabilmente ad una pluralità di situazioni diversissime l'una dall'altra e non è detto che tutte fossero, dal punto di vista della legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, trattate in modo unitario. In qualche caso, poi, in cui tale legittimazione è presupposta, sembra evidente il carattere anomalo della soluzione adottata. Non potendo qui affrontare una compiuta disamina testuale, ci limiteremo a segnalare alcune ipotesi che ci sembrano particolarmente significative, anche in vista di un futuro approfondimento della ricerca su questo tema.

E' escluso, ad esempio, che la *rei vindicatio* potesse essere esperita vittoriosamente dal *dominus* contro il proprio usufruttuario dal momento che costui, lungi dal contestare la proprietà dell'attore, suo dante causa, pretendeva di essere titolare di un *ius in re aliena* che aveva in essa la sua matrice. Nell'ipotesi considerata, il *dominus* avrebbe dovuto ricorrere, secondo le prescrizioni edittali, ad un'*actio negativa*, affermando nei confronti del proprio avversario, '*ius tibi non esse utendi fruendi*', perché solo tale affermazione avrebbe potuto agganciarlo in un processo in cui non era in discussione la proprietà dell'attore, ma solo se essa fosse o meno gravata dal *ius in re* preteso dal convenuto per conservare il bene nelle sue mani e negato, invece, dal *dominus*.

Restando sempre nel campo dell'usufrutto, ci sembra estremamente significativo, per contrasto, un altro testo, in cui risulta esplicitamente affermata la legittimazione passiva dell'usufruttuario alla *rei vindicatio*. Si tratta di

D.7.9.7. pr. (Ulp. 79 ad ed.): *Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententiam habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.*

Il passo è stato sicuramente alterato: spurio è, ad esempio, l'accento alla *condictio stipulationis*. Anche la menzione dell'*exceptio* e della *replicatio*, come già è stato rilevato<sup>27</sup>, va attribuita o ai compilatori o, più probabilmente, ad un maestro postclassico, preoccupatosi, sul presupposto di una legittimazio-

---

<sup>26</sup> In definitiva, quindi, il detentore, avrebbe potuto contestare la lite *nomine alieno* rivelando il nome della persona per conto della quale possedeva; questi, essendo passivamente legittimato alla *rei vindicatio*, si poneva di fronte al *dominus* come parte in senso sostanziale nel processo di rivendica; la sua posizione, in questo caso, sarebbe stata difesa dal detentore in veste procuratoria. Ma quest'ultimo avrebbe anche potuto contestare la lite *nomine proprio* qualora l'attore avesse insistito nel procedere contro di lui quale possessore in senso proprio della cosa rivendicata. Nel primo caso, sarebbe stato in discussione solo se l'attore fosse o meno proprietario della cosa; nel secondo avrebbe dovuto essere risolta preliminarmente dal giudice la questione della legittimazione passiva all'azione di rivendica, legittimazione affermata dall'attore, ma contestata dal convenuto con l'assumere di essere semplice detentore della cosa.

<sup>27</sup> G. GROSSO, *In tema di cautio fructuaria*, in «ATO», LXXII, 1936-37, p. 58 s. (= *Scritti storico-giuridici*, II, Torino, 2001, p. 171 ss.) e *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 280 s.

ne passiva alla *rei vindicatio* estesa ad ogni detentore, di ricostruire in concreto il meccanismo dei mezzi di difesa spettanti, nell'ipotesi considerata, rispettivamente, all'attore ed al convenuto. Ciò premesso, però, il nucleo genuino del frammento risulta ancora di una chiarezza cristallina. L'usufruttuario era stato immesso dal *dominus* nella detenzione della cosa *rei utendi fruendi causa*, nonostante che non avesse prestato la *cautio fructuaria*.

Si tratta ovviamente di un'ipotesi assolutamente particolare poiché, almeno di norma, la consegna della cosa all'usufruttuario da parte del nudo proprietario era subordinata alla stipulazione della garanzia.

Ci si domandava allora quale mezzo potesse essere esperito dall'erede del *dominus* per costringere l'usufruttuario, che già era stato posto nella condizione di *uti frui*, all'adempimento del suo obbligo. Ulpiano, richiamandosi a Proculo (e cioè ad un giureconsulto della scuola cui apparteneva anche Pegaso, il quale, come abbiamo visto, negava la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* del semplice detentore), riteneva che l'erede del *dominus* potesse agire contro l'usufruttuario con tale azione. E qui ci sembra importante sottolineare come Ulpiano, che pure avrebbe sostenuto, secondo la tesi che stiamo criticando, l'esperibilità della *rei vindicatio* contro ogni specie di detentori, senta il bisogno di avallare la soluzione prospettata nell'ipotesi di specie coll'autorità di Proculo. Per altro verso, non è dato vedere quale altro mezzo avrebbe potuto essere impiegato, in tale ipotesi, nei confronti dell'usufruttuario: sicuramente era da escludere il ricorso all'*actio negativa*, dal momento che la titolarità del *ius in re aliena* non era posta minimamente in discussione. E' chiaro comunque che D. 7.9.7.pr. non prova a favore della legittimazione passiva dei detentori alla *rei vindicatio*; prova, semmai, contro di essa.

Non minori sono le difficoltà se si suppone convenuto con un'azione di rivendica un detentore il quale sostenga di aver avuto la cosa in usufrutto da un terzo. Anche in questo caso l'usufruttuario non negava né esplicitamente né implicitamente (con il proprio comportamento) la proprietà del rivendicante (o almeno non è detto che la negasse): la pretesa di *uti frui* non è di per sé incompatibile con tale diritto. Ciò è tanto vero che il *dominus* avrebbe dovuto ricorrere, nell'ipotesi considerata, non già alla *rei vindicatio*, ma all'*actio negativa*. D'altra parte, però, dato e non concesso che la *rei vindicatio* potesse essere esperita anche contro l'usufruttuario<sup>28</sup>, supposto inoltre che costui avesse, per evitare la condanna, compiuto volontariamente la *restitutio arbitrata iudicis*, si tratterebbe ancora di accertare come si potesse giungere ad escludere ogni sua responsabilità derivantegli dalla *cautio* prestata a favore del terzo.

Osservazioni analoghe si impongono se si suppone legittimato alla *rei vindicatio* un detentore legato al rivendicante o ad un terzo da un rapporto contrattuale implicante l'obbligo di restituire (deposito, comodato, locazione etc.)<sup>29</sup>.

Nel primo caso, e cioè se il convenuto assumeva di derivare il proprio diritto alla detenzione della cosa dal rivendicante, anche ammessa la legittimazione passiva del detentore alla *rei vindicatio*, sembra difficile escludere che il pretore non potesse costringere l'attore ad avvalersi dell'azione *ex contractu*<sup>30</sup>. Ma se costui avesse preteso di agire in rivendica perché negava l'esistenza del rapporto

<sup>28</sup>) Come ha sostenuto M. BOHACEK, *L'actio negativa nell'ambiente dell'usufrutto*, in «BIDR.», XLIV, 1936-37, p. 25 ss., secondo cui l'*actio negativa* sarebbe spettata al *dominus* quando non fosse contestata l'esistenza dell'usufrutto, ma solo che ne fosse titolare il convenuto; negli altri casi sarebbe stata esperibile la *rei vindicatio*, di fronte alla quale l'usufruttuario avrebbe potuto difendersi con l'*exceptio* menzionata in D. 7.9.7.pr.

<sup>29</sup>) Una volta esclusa la legittimazione passiva del detentore, in conformità della tesi sostenuta da Pegaso, riteniamo che il predetto potesse, al fine di sottrarsi all'*actio ad exhibendum*, contestare la lite sulla formula della *rei vindicatio*, sicuro di essere assolto dal giudice appunto a causa del proprio difetto di legittimazione. Non ci sembra perciò esatta l'affermazione di LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, cit., p. 37, secondo cui chi affermava di essere detentore rifiutava, praticamente, di aderire alla *litis contestatio*. Il che avrebbe costretto l'attore a ricorrere all'*actio ad exhibendum*, di fronte alla quale, però, il convenuto avrebbe potuto far valere, in via di eccezione, il proprio diritto alla detenzione della cosa.

<sup>30</sup>) Ciò è stato negato recentemente da MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 578 ss., il quale, argomentando dal fatto che l'*actio ad exhibendum* risulta esperibile anche nei confronti di colui che assumeva di detenere la cosa in nome del rivendicante, ha finito per ammettere che contro un detentore di questo tipo fossero esperibili sia la *rei vindicatio* sia l'*actio ad exhibendum* sia l'azione contrattuale. Di fronte alle prime due il convenuto avrebbe potuto far



contrattuale invocato dal convenuto, quest'ultimo, ove fosse stata ammessa la sua legittimazione passiva all'azione predetta, non sarebbe sfuggito alla condanna, non risultando in alcun modo che tale iniquità potesse essere evitata attraverso un'*exceptio doli* o altrimenti facendo valere il proprio diritto alla detenzione della cosa. Naturalmente gli restava sempre la possibilità di non aderire alla *litis contestatio*, nel qual caso diventava esperibile, nei suoi confronti, l'*actio ad exhibendum* ed alcuni testi<sup>31</sup> non lasciano dubbi sul concorso tra tale azione e l'azione contrattuale.

Ma proprio per l'*actio ad exhibendum* (e non per la *rei vindicatio*), è testimoniata, sia pure in un passo molto tormentato<sup>32</sup>, la possibilità di ricorrere ad eccezioni, come quella di dolo o *pacti conventi*, sicuramente idonee a paralizzare la pretesa del *dominus* qualora costui avesse cercato di recuperare la cosa con l'azione sopra indicata, nonostante l'esistenza di un rapporto contrattuale che attribuiva al convenuto il diritto di conservarla presso di sé.

Resterebbe da considerare l'ipotesi della detenzione a nome di persona diversa dal rivendicante. Anche in questa ipotesi il convenuto, se rifiutava di aderire alla *litis contestatio*, diventava immediatamente perseguibile con l'*actio ad exhibendum*. Se, invece, si fosse dichiarato disposto a *rem defendere*, una volta ammessa la sua legittimazione passiva all'azione di rivendica non sarebbe sfuggito alla condanna (supposto naturalmente che l'attore fosse riuscito a provare di essere proprietario della cosa). A questo punto tornano però opportuni i rilievi già prospettati a proposito dell'usufruttuario. Non va infatti dimenticato, esemplificando, che il conduttore era tenuto in virtù di un contratto a restituire la cosa al locatore; perciò, a stretto rigore, egli non sarebbe stato in grado di compiere nella fase *in iudicio* quella *restitutio* che, se gli avrebbe consentito di sfuggire alla *condemnatio pecuniaria*, gli avrebbe pure impedito di adempiere la propria obbligazione verso il locatore. L'obiezione è tanto fondata che, anche di recente, si è ritenuto opportuno distinguere, con riguardo alla legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum*, fra due categorie di detentori, a seconda che rispondessero o meno a titolo di custodia nei confronti del proprio dante causa. Se rispondevano a titolo di custodia, vale a dire secondo un grado equiparabile alla responsabilità sarebbero stati passivamente legittimati all'*actio ad exhibendum* proprio perché l'obbligo di *exhibere* sanzionato da tale azione sarebbe stato incompatibile con quello sanzionato dall'azione contrattuale<sup>33</sup>. Ne consegue, stante la coincidenza sostenuta da parte della dottrina fra le due sfere di legittimazione, che i detentori sopra indicati non avrebbero potuto nemmeno essere convenuti con la *rei vindicatio*. A nostro avviso, però, la distinzione più sopra ricordata va incontro essa stessa a gravi ostacoli. Basti pensare che il creditore pignoratorio, era senza alcun dubbio passivamente legittimato all'*actio ad exhibendum*<sup>34</sup>. E si potrebbe anche ritenere che lo fosse pure alla *rei vindicatio*, almeno in virtù di un'estensione della sfera originaria, suggerita dalla considerazione che anche il creditore pignoratorio era un possessore *ad interdicta*<sup>35</sup>.

D'altra parte, anche sotto questo profilo, *rei vindicatio* ed *actio ad exhibendum* vanno tenute nettamente distinte: mentre la prima era diretta a costringere il convenuto a *restituere* (utilizzando il meccanismo della *clausula arbitraria*), la seconda era diretta invece a costringere il convenuto medesimo ad *exhibere*. Ed *exhibere* significava, nella sua accezione più tecnica, lasciare, con un comporta-

---

valere mediante eccezione il proprio diritto alla detenzione della cosa: solo ragioni di convenienza avrebbero indotto l'attore a preferire l'azione contrattuale; ma, contro tale argomentazione, sono tuttora valide, a nostro avviso, le penetranti osservazioni del SIBER, *Die passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, cit., p. 198 ss. Isolata l'opinione di F.B.J. WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden, 1960, p. 152 ss., secondo cui nei confronti del detentore *ex contractu* la *rei vindicatio* sarebbe stata esperibile quando il predetto avesse rifiutato di restituire la cosa (*contra*, M. KASER, *In bonis esse*, in «ZSS.», LXXVIII, 1961, p. 215).

<sup>31</sup>) Citati da MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 581 ss.

<sup>32</sup>) D. 10.4.3.13 (Ulp. 24 *ad ed.*): per una diffusa analisi del testo cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 518 ss.

<sup>33</sup>) MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 332 ss.

<sup>34</sup>) Lo ammette anche il Marrone, che supera la difficoltà facendo appello alla posizione del tutto particolare del creditore pignoratorio. Che a configurare una responsabilità per custodia si sia giunti solo nella tarda epoca classica è stato sostenuto recentemente anche da A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 179 ss.

<sup>35</sup>) E' probabile che la sfera originaria di legittimazione comprendesse i soli possessori *animo domini*, come già aveva intuito il BESELER, *Beiträge*, cit., II, p. 6, pur congetturando, a questo proposito, una diversità di opinioni fra Pegaso e Sabino (cfr. *supra*, nt. 4).

mento del tutto passivo, che l'attore si impossessasse della cosa dal momento che nessuno intendeva difenderla<sup>36</sup>. Oltre a ciò, sembra pure che tale impossessamento fosse o potesse essere preceduto da un'autorizzazione del magistrato, attraverso il *'duci vel ferri iubere'*<sup>37</sup>, di fronte alla quale sarebbe stata ben difficilmente configurabile una responsabilità *ex contractu* del detentore.

6. Ma è ormai tempo di ritornare al testo che ha fornito lo spunto per alcune brevi osservazioni intorno alla legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. Esso ci dà notizia dell'esistenza, a questo proposito, di un contrasto di opinioni fra Pegaso ed Ulpiano, contrasto che riguardava, ci sembra molto importante il sottolinearlo, la soluzione di singole ipotesi concrete. Basti leggere, per convincersene, il brano centrale: *'denique ait – scil. Pegasus – 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 nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse'*. In ognuno di questi casi Pegaso avrebbe escluso la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* perché non si trattava di possessori *ad interdicta*. Ulpiano, superando il punto di vista di Pegaso, legato alla visione storico-dogmatica che abbiamo cercato di mettere in rilievo, l'avrebbe invece affermata. A questo punto si tratterebbe di accertare se i casi che figurano riportati in D. 6.1.9 fossero tutti ed esattamente quelli su cui verteva la disputa fra i due giureconsulti. Ma, a questo proposito, sembra indubbio che deve ritenersi frutto di un'aggiunta posteriore, per il modo stesso in cui si inserisce nel contesto grammaticale del frammento, l'accenno al deposito, al comodato ed alla locazione<sup>38</sup>, accenno che è di importanza decisiva perché rende univoco il significato della massima finale, riferibile senza possibilità di dubbio, in virtù dell'esemplificazione che la precede, ad ogni sorta di detentori. Ma se si elimina da D. 6.1.9. la menzione del depositario, del comodatario e del conduttore, la disputa tra Pegaso ed Ulpiano assume un significato ben diverso da quello che almeno parte della dottrina vorrebbe attribuirgli, diverso e soprattutto più modesto. Non erano infatti in discussione i fondamentali presupposti da cui dipendeva la legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, ma più semplicemente la sua estensione, in casi marginali, al di là della sfera, indubbiamente originaria, comprendente i soli possessori (in senso proprio). Si pensi alla figura del *missus legatorum servandorum causa* che richiama, per analogia, quella del *missus rei servandae causa*<sup>39</sup>: si trattava, in questo secondo caso, di un creditore che, a causa dell'insolvenza del proprio debitore (o per altri motivi previsti nell'apposito editto), era stato autorizzato dal magistrato ad immettersi nel possesso di tutti i suoi beni ed a porre quindi in moto il meccanismo della *bonorum venditio* che avrebbe condotto, attraverso varie fasi successive, all'espropriazione di tali beni a favore del *bonorum emptor*. Il *missus* non era sicuramente un possessore: lo afferma a chiare lettere Paolo là dove precisa in D. 41.2.3.23 (54 *ad ed.*): *'qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti nomine non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit'*. Ora, supposto che la *missio* avesse investito cose di proprietà non del debitore, ma di un terzo, ci si sarebbe potuto domandare, a ragione, se quest'ultimo dovesse esperire la *rei vindicatio* contro il *missus* o contro lo stesso debitore. Varie ragioni<sup>40</sup> potevano indurre a preferire la prima soluzione, anche se il *missus* non era un possessore *ad interdicta*. Senza alcun dubbio egli godeva rispetto alla cosa, a differenza del comune detentore, di poteri di custodia e di amministrazione molto vasti ed autonomi, tali da consentirgli un'eventuale *restitutio* della cosa stessa a favore del rivendicante senza incorrere per questo in alcuna responsabilità né nei confronti del debitore né nei confronti di un terzo. Af-

<sup>36</sup> Perciò l'*'exhibere'* viene contrapposto nelle fonti al *'restituere'*: su questa contrapposizione, cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 492 ss.

<sup>37</sup> *Contra*, MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 459 ss. Ma si vedano, a favore dell'opinione dominante in dottrina, le osservazioni di M. KASER, *Die formula der actio ad exhibendum*, in «RIDA.», XIV, 1967, p. 269.

<sup>38</sup> Si veda *supra*, nt. 4.

<sup>39</sup> Come già abbiamo accennato, è probabile che nel testo originario l'ipotesi della *missio rei servandae causa* fosse prevista accanto a quella della *missio legatorum servandorum causa*. Qualche dubbio circa la validità di questa ipotesi è stato avanzato da S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli, 1940, p. 125.

<sup>40</sup> Basti pensare, come ha già osservato acutamente il SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., III, p. 128, che non c'era modo di esercitare la *rei vindicatio* contro un debitore latitante o nei cui beni fossero stati immessi i creditori.

fine alla posizione del creditore era quella degli altri *missi in possessionem* inclusi nell'esemplificazione ulpiana. Se ciò è vero potrebbe, forse, trovare adeguata spiegazione anche la proposizione conclusiva del frammento, mediante la quale il giureconsulto avrebbe cercato di inserire in una categoria unitaria, diversa e più ampia di quella comprendente i soli possessori *ad interdicta*, le varie situazioni idonee, a suo avviso, a fungere da validi presupposti della legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. Di qui il tentativo di giungere alla formulazione di un nuovo principio generale, in virtù del quale il *dominus* avrebbe potuto esperire la suddetta azione anche contro un semplice detentore, purché munito della *facultas restituendi*, *facultas* inerente ad una situazione di fatto che, pur non coincidendo con quella del possessore in senso proprio, gli consentiva tuttavia di disporre autonomamente della cosa rivendicata. Non è detto che il tentativo sia perfettamente riuscito; anzi è probabile che la massima ulpiana, proprio a causa della sua imprecisione ed oscurità, abbia dato origine a molti dubbi ed incertezze superati definitivamente solo quando, in epoca postclassica o forse addirittura solo nel diritto giustiniano, si finì per estendere a tutti i detentori la legittimazione passiva alla *rei vindicatio*. La massima ulpiana riusciva però ancora ad esprimere adeguatamente il nuovo principio perché si ritenne, in virtù di un'interpretazione insignificante ed incolore dei termini usati dal giureconsulto, che la *facultas restituendi*, intesa come semplice facoltà di disporre materialmente della cosa, spettasse indistintamente a tutti i detentori.

7. Abbiamo così cercato di dimostrare come e perché la legittimazione passiva alla *rei vindicatio* si distinguesse, nel processo *per formulas*, dalla legittimazione passiva all'*interdictum quem fundum* e all'*actio ad exhibendum*, che trovavano applicazione in caso di *indefensio*. Tale regime, però, non poteva evidentemente sopravvivere nella *cognitio extra ordinem* in cui, come è noto, cessarono di esser indispensabili, al fine dello svolgimento del rito processuale in direzione della sentenza di merito, non solo l'attiva partecipazione del convenuto al rito medesimo, ma anche la sua stessa presenza dinnanzi al magistrato. Il compimento della citazione fu ritenuto sufficiente al fine suddetto: se il citato rifiutava di comparire in giudizio, l'attore avrebbe potuto egualmente ottenere, nonostante la contumacia della controparte, che il giudice decidesse nel merito la controversia sottoposta al suo esame. Tale decisione non era necessariamente favorevole alla parte presente, come avveniva nella fase *apud iudicem* della procedura *per formulas* in virtù di una norma risalente alle XII tavole<sup>41</sup>. Infatti, dopo un periodo di dubbi e di incertezze<sup>42</sup>, finì per prevalere l'idea che, nonostante la contumacia, il giudice dovesse pronunciarsi a favore della parte che aveva effettivamente ragione, prescindendo, almeno in linea di principio, dal suo comportamento processuale. Ne consegue che l'attore, una volta scomparsa la procedura formulare, avrebbe potuto ottenere una sentenza di condanna anche se il convenuto fosse rimasto contumace; a maggior ragione avrebbe potuto ottenerla se il predetto, pur comparso in giudizio, avesse rinunciato a difendersi. A questo proposito non va però dimenticata una costituzione di Costantino, riportata nel codice giustiniano<sup>43</sup>, che dettò in questa materia, più precisamente per la *vindicatio* immobiliare, una nuova disciplina; essa, pur non escludendo in modo

---

<sup>41</sup>) Cfr. XII Tab. I.8: 'Post meridiem praesenti litem addicito'.

<sup>42</sup>) Di cui si conserva l'eco nel rescritto riportato in C.I. 7.43.1. (Imp. Titus Aelius Anton. Publicio): 'Non semper compelleris, ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. id enim eo pertinet, ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas'.

<sup>43</sup>) Cfr. C.I. 3.19.2 (Imp. Constantinus A. ad universos provinciales, a. 331): 'Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit, certo dierum spatio ab iudice finiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in locis in quibus praedium situm est perveniens vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata iudex, utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absentis de principali quaestione servata'. Per una minuta analisi delle singole parti della costituzione costantiniana, cfr. W. STINTZING, *Ueber die Beklagenschaft im dinglichen Rechtsstreit*, in «Festschrift A. Wach», II, Leipzig, 1913, p. 51 ss. Da ultimo, PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 208 ss.

esplicito la possibilità di una decisione di merito sull'appartenenza della cosa all'attore, sembra tuttavia prescindere, per ribadire l'esigenza, se la *res* restava indifesa, di una *translatio possessionis*, salva al possessore la facoltà di rivendicarla successivamente in un nuovo processo che avrebbe dovuto svolgersi a parti necessariamente rovesciate<sup>44</sup>. E qui è evidente il residuo della vecchia disciplina formulare; ma, rispetto ad essa, occorre sottolineare almeno due innovazioni di grande rilievo. Anzitutto, fu attribuito allo stesso giudice investito dell'azione di rivendica il potere di ordinare, se la cosa restava indifesa, il trasferimento del possesso: tale modificazione comportò inevitabilmente la scomparsa dell'*interdictum quem fundum*, del quale infatti non sono rimaste nelle fonti che tracce insignificanti. In secondo luogo – e questa è l'innovazione di maggiore interesse perché destinata ad incidere profondamente sul regime della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* – la costituzione in esame accordò espressamente al convenuto (si trattava in ipotesi di un detentore *alieno nomine*) la facoltà-onere di chiamare in giudizio il proprio dante causa affinché assumesse la difesa della cosa (*laudatio auctoris*). Se il possessore restava contumace, diventava inevitabile, come già si è detto, la *translatio possessionis*. In virtù di tale costituzione la posizione del detentore di fronte all'azione di rivendica venne a risultare profondamente modificata: infatti egli era ora in grado di riversare sul proprio dante causa, e cioè sul possessore in senso proprio della cosa, gli oneri inerenti alla difesa della cosa stessa, disinteressandosi completamente della sua sorte. Sarebbe stato sufficiente, ad escludere ogni sua responsabilità di fronte al proprio dante causa, l'averlo indicato al suo avversario nella lite come legittimo contraddittore. E' ovvio pertanto che il riconoscimento di tale facoltà non poteva non favorire l'estensione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* anche ai semplici detentori, dal momento che costoro avrebbero potuto liberarsi dalla soggezione all'*actio* attraverso la *laudatio auctoris*. Per altro verso, va pure sottolineato che la legittimazione passiva di ogni detentore all'azione sopra indicata risulterebbe appena comprensibile se non comportasse la possibilità della *laudatio*.

Per quanto concerne poi la *vindicatio* mobiliare, bisogna tener conto delle trasformazioni subite nell'epoca postclassica dall'*actio ad exhibendum*, la quale, avendo cessato di essere il rimedio previsto per l'*indefensio*, continuò ad essere utilizzata in funzione preparatoria di un'azione principale, specialmente della *rei vindicatio*<sup>45</sup>. Di qui il frequente e congiunto richiamo alle due azioni, e siccome la prima risultava esperibile anche contro i semplici detentori, questa stessa regola diventava applicabile quasi meccanicamente pure alla seconda.

Questa materia subì ad opera dei giustinianeî una definitiva sistemazione legislativa, nell'ambito della quale la proposizione conclusiva di D. 6.1.9 finisce per assumere il valore ed il significato di una norma di procedura, in tutto e per tutto analoga a quella dettata per la moderna azione di rivendica dal nostro codice civile (art. 948, c. 1)<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Per la verità, la costituzione di Costantino accenna ad una '*missio in possessionem rerum*': il che potrebbe anche far pensare ad un provvedimento riguardante tutti i beni del possessore, e perciò ad una misura analoga a quella realizzata nella procedura formulare nei confronti del latitante o dell'assente con la *missio in bona*. A molti dubbi dà luogo l'interpretazione dell'ultima frase – '*omni adlegatione absentis de principali quaestione servata*' –, che sembrerebbe far riferimento ad una difesa assunta dal possessore in veste di convenuto di fronte all'azione di rivendica.

<sup>45</sup> Sulla funzione dell'*actio ad exhibendum* nell'epoca postclassica, cfr. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 606 ss.

<sup>46</sup> «Il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene e può proseguire l'esercizio dell'azione anche se costui, dopo la domanda, ha cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa ...».