

Ernesto Bianchi

D. 6.1.57 (Alf. 6 *dig.*).

Responso a un caso concreto o riflessione teorica?

Per una proposta esegetica in tema di «concorso di azioni»

1. Il caso di doppia rivendica del medesimo fondo e il *'duplex damnum'* del convenuto – 2. Le questioni sollevate dal passo: concorso di azioni, possibile conflitto tra i due *'petitores'*, struttura della *'cautio'* – 3. Opportunità di tener conto ai fini esegetici della natura teorica e «scolastica» del caso.

1. Un passo tratto dai *Digesta* di Alfeno Varo, nell'epitome anonima, propone un caso interessante, sul quale sono state svolte diverse considerazioni soprattutto di taglio tecnico-processuale da parte di autorevoli studiosi¹, ma alle quali si può, forse, aggiungere qualche osservazione in merito alla natura della fattispecie considerata. Riporto il breve frammento:

D. 6.1.57 (Alf. 6 *dig.*): Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitozem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisfacere, si alter fundum evicisset, eum praestare.

Colui al quale è stato rivendicato un fondo è poi convenuto anche da un altro rivendicante² che gli richiede il medesimo fondo. Ci si chiedeva – *'quaerebatur'* – come il convenuto potesse evitare di subire un duplice danno se, avendo restituito il fondo su invito del giudice a uno dei rivendicanti, l'altro processo si fosse poi concluso in favore dell'altro rivendicante.

Il giurista risolve la questione affermando che il giudice del primo processo avrebbe dovuto ordinare al convenuto, al fine di evitarne la condanna pecuniaria nel secondo, la restituzione del fondo al primo *petitor*, imponendo a costui l'onere di prestare cauzione per evizione, eventualmente garantita da *satisfactio*³, per il caso in cui il secondo processo si fosse concluso a sfavore del convenuto.

Come è stato osservato, il passo è tratto dell'*Epitome* anonima dei *Digesta* di Alfeno⁴, i quali – come propongono alcuni studiosi – contengono gran parte dei risultati dell'esperienza vissuta da Al-

¹) Sul passo si vedano soprattutto gli autori menzionati *infra*, § 2. Per un suo generale inquadramento, nonché per indicazioni bibliografiche, cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 436 nt. 48, M. MARRONE, *Rivendica (Dir. Rom.)*, in «ED.», XXXXI, Milano, 1989, p. 1 ss.; si veda anche M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 338 nt. 23.

²) Si noti che i tempi verbali impiegati – *'petitus erat'* e *'conventus est'* – impongono che, tra l'una e l'altra rivendica, sia intercorso un lasso temporale. Evidentemente, l'intervallo tra la proposizione delle due domande non costituisce elemento utile a far ritenere – contro quanto vado sostenendo nel testo – che il caso trattato corrisponda ad un caso reale e non, invece, prettamente teorico.

³) Sugli strumenti rientranti nei poteri del giudice e in particolare sulle cauzioni giudiziali, si veda A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'* e *'Officium iudicis'*, Milano, 1982, *passim*, ma *praecipue* p. 39 ss., anche per discussione di fonti e per riferimenti bibliografici.

⁴) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960), p. 43 n. 24.

fenomeno come uno degli *auditores* più noti della scuola serviana⁵. Se ciò – come credo si possa sostenere – vale anche per questo testo, esso potrebbe facilmente conservare una fattispecie affrontata sul piano meramente teorico e, proprio per la natura del caso, alcune delle difficoltà presentate dal frammento – di cui a breve si farà cenno – potrebbero venire superate o, quantomeno, essere diversamente profilate.

Si noti come la stessa scansione del passo (*casus, quaestio, responsum*) risponda – come è stato recentemente osservato⁶ – a quella impiegata da giuristi che riportano il pensiero di Servio, dove quest'ultima attesta, solitamente, che quanto viene riferito sia fedele all'originale serviano o che se ne discosti per emendazioni di natura formale. Nel nostro caso è, peraltro, ben comprensibile che Alfeno – *auditor Servii* – abbia impiegato questa tripartizione sia ove abbia voluto rifarsi a un responso del maestro, sia ove ne abbia proposto uno proprio, ispirato nel metodo a quello di Servio. Segnalo, del resto, che qui non si fa questione di una «attribuzione» a Servio o ad Alfeno del *responsum*⁷, ma che si vuole, invece, rimarcare la connotazione tipicamente «scolastica» del caso.

2. Il testo in esame pone il problema di come il convenuto possessore, contro il quale due rivendicanti fanno valere il diritto di proprietà sullo stesso fondo di fronte a giudici diversi, possa evitare il rischio di un '*duplex damnum*', evidentemente costituito dall'aver restituito il fondo a uno degli attori e dal doverne, in caso di soccombenza nel secondo *iudicium*, pagare il valore all'altro. Come si è detto, la questione è risolta suggerendo che il giudice del primo processo, con la restituzione del fondo, imponga all'attore l'onere di prestare cauzione.

Verrebbe naturale chiedersi quale dei due *petitores* potesse essere il vero legittimato e anche interrogarsi sul giudizio che, ove ambedue fossero risultati vittoriosi nei confronti del convenuto possessore, avrebbe potuto instaurarsi tra loro ovvero sul contrasto di giudicati che le due sentenze avrebbero potuto porre. Tuttavia, il frammento non si occupa di questo aspetto e immaginare una precisazione del genere non ha a che fare con le *rationes dubitandi* e *decidendi* del testo. Il giurista – Alfeno o Servio che sia – è, infatti, interessato al punto della tutela eventualmente occorrente al convenuto.

Non è, insomma, neppure il caso di precisare che solo uno dei rivendicanti può avere diritto alla cosa, giacché questa questione non sembra avere nulla a che fare con l'intervento del giurista nella discussione che – come già osservato – riguarda come tutelare il possessore, il quale, se ha restituito il fondo nel corso di un processo per evitare la condanna pecuniaria, si espone inevitabilmente a quest'esito nell'altro processo.

⁵ Tra i maggiori fautori di quest'opinione si veda G. NEGRI, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di S. Marino 7-9 giugno 1993», Torino, 1996, p. 135 ss., e *Un esempio di organizzazione sistematica dell'esperienza scolastica serviana*, in «La Codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio», Napoli, 1998, p. 121 ss.; cfr. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, p. 215 s.; sul punto una posizione più criticamente analitica è espressa da M. MIGLIETTA, '*Servius respondit*'. *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena*, I, Trento, p. 201 ss. e *praecipue* nt. 307, anche per ricca bibliografia, *Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'Digesta' di Publio Alfeno Varo*, in «Studi A. Metro», IV, Milano, 2010, *praecipue* p. 285 ss. ma anche p. 320 ss., e *Giurisprudenza romana tardoimperiale e formazione della «regula iuris»*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XXV, 2012, p. 232 s.; specie nei due ultimi lavori citati, l'autore conduce una dettagliata indagine offrendo la dimostrazione di alcuni casi in cui il pensiero di Alfeno si scosta da quello del maestro e di altri nei quali, addirittura, l'*auditor* contrappone soluzioni differenti a quelle profilate da Servio.

⁶ Così MIGLIETTA, '*Servius respondit*', cit., p. 216 ss., esaminando i passi con citazione espressa di Servio, citazione carente nella fonte in esame. Nel caso della nostra fonte, l'uso di '*respondere*' alla prima persona singolare non consente di escludere che il *responsum* sia da attribuirsi proprio ad Alfeno. Qui si vuole unicamente sottolineare come anche gli elementi strutturali concorrano a far supporre che – in linea di alta probabilità – il 'caso' venne discusso nell'ambito dall'esperienza di Alfeno quale *auditor* di Servio e che – sicuramente – esso risente dell'impostazione serviana, alla quale apparteneva anche la discussione di casi 'teorici'. Per una possibile 'attribuzione' del responso a Servio si veda la nota successiva.

⁷ Cfr. *infra*, nt. 20, l'opinione espressa dal Negri con riferimento al fr. 58.; l'autore non si è pronunziato, invece, sul fr. 57, nonostante l'evidente affinità dei casi trattati. L'attribuzione a Servio del responso contenuto nel fr. 57 non è esclusa da M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle 'actiones in rem'*, in «SUC.», XXXXIII, 1962-1963, p. 168.

D'altronde costituirebbe un interrogativo interessante, ma pur sempre eccedente l'esegesi del testo, domandarsi come abbia potuto il convenuto possessore «accettare» la *litis contestatio* in entrambi i processi. E, al riguardo, potrebbero essere svolte diverse congetture, se pure è vero che neppure abbiamo notizie su come il convenuto avrebbe avuto modo di rifiutare la *litis contestatio* nel secondo giudizio e in particolare se egli avrebbe potuto rifiutarla adducendo di aver già assunto *defensio* nel primo⁸.

Il modo in cui il giurista pone la questione presuppone soltanto che il possessore abbia accettato la *litis contestatio* di due *rei vindicationes* proposte da due diversi *petitores* della medesima cosa. Se la *litis contestatio* non fosse intercorsa in entrambi i processi e se non fossero stati nominati due *iudices*, lo stesso quesito non avrebbe avuto ragione di esser sollevato.

Il Talamanca sostiene che, ai fini dell'analisi del frammento, si dovrebbe tener conto della necessità di tutelare il primo attore nei confronti dell'attore del secondo processo per il caso in cui il primo rivendicante si vedesse, poi, contestare dal secondo, vittorioso, la proprietà della cosa⁹. Questo problema si pone, però, in linea meramente teorica e non ai fini della specifica esegesi del passo, giacché – come accennato – il testo non tratta affatto di ciò che potrà accadere, una volta conclusi ambedue i processi, tra i due attori.

Se stiamo alle parole di Alfeno, possiamo osservare che il giurista non si occupa affatto del problema di quale dei due rivendicanti sia il vero proprietario e che lascia nella penna ciò che potrebbe accadere in un eventuale successivo processo tra i due attori vittoriosi, ma che si fa carico del mero problema di chiarire la questione oggetto della discussione, riguardante la tutela del convenuto nei due processi, con esclusivo riguardo a quello che si conclude per primo. Avanzo, anzi, la congettura che né Alfeno né Servio abbiano altrove trattato dei problemi che sarebbero derivati da un conflitto tra i due attori e che il frammento 57 ci abbia conservato il solo quesito che, probabilmente, era stato dibattuto come teorico caso scolastico.

Non credo neppure che si debba prospettare il frammento in esame come fonte in tema di concorso di azioni. Come è stato autorevolmente sottolineato, per le azioni *in rem* sono gli stessi elementi di struttura – *Pidem corpus* e la qualifica del rapporto, *dominium, ius utendi fruendi, ius eundi agendi* – a determinare il criterio secondo il quale l'azione deve essere valutata se *de eadem* o *de alia re*¹⁰. Nel nostro caso, in effetti, la cosa rivendicata è la medesima ed entrambi gli attori propongono

⁸) TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva*, cit., 169 nt. 140.

⁹) TALAMANCA, *op. cit.*, p. 169 nt. 143, il quale osserva anche che «...comunque sia per la struttura formale della *cautio*, dal punto di vista sostanziale va rilevato che le esigenze da contemperare erano due: che il possessore due volte convenuto non subisse il *duplex damnum* della perdita della cosa e della *litis aestimatio* nel secondo processo; che, d'altra parte... il risultato dannoso di questo secondo processo non venisse imposto, in via definitiva, al primo *petitor*, come avverrebbe, se questi si impegnasse a pagare senza condizioni la *litis aestimatio* imposta al possessore nel secondo processo. A me sembra che, dal punto di vista pratico, il modo per arrivare a ciò fosse quello di permettere al primo *petitor* di effettuare la *restitutio* al secondo, per evitare al possessore il pagamento della *litis aestimatio*, di cui egli avrebbe dovuto rispondere. Indubbiamente il veder decisa per prima la propria causa portava qui ad uno svantaggio, e cioè di dover assumere, nel caso si volesse contestare al secondo *petitor* vittorioso la proprietà della cosa controversa, il ruolo più gravoso dell'attore; ma non vedo altra via d'uscita al proposito. La *cautio* doveva, quindi, con ogni probabilità, contenere l'impegno del primo *petitor* di restituire la cosa, oggetto della controversia, al secondo *petitor*, ove vittorioso, e di risarcire, nel caso ciò non avvenisse, il danno. Ed è proprio quanto dice Stefano nell'*index* a D. 6.1.57 (sc. 1 a Bas. 15.1.57, in SCHELTEMA, B. III, 872), conservatoci frammentariamente ...». Sulla lettura del Talamanca dello scolio, a mio avviso convincente, si vedano, però, le perplessità di GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., p. 140 ss. Osservo, sotto altro profilo, come l'assunzione da parte del primo *petitor* di una garanzia a favore del convenuto sia appunto giustificata dalla restituzione della cosa da parte di costui e che non risulterebbe contrario ad *aequitas* che il primo attore, che ora è divenuto possessore della cosa, si trovi sottoposto sul piano pecuniario della *litis aestimatio* esattamente al medesimo rischio cui è sottoposto il convenuto che, nel frattempo, ha perso il possesso. E, d'altro lato, anche nel secondo giudizio, l'onere probatorio compererà naturalmente al secondo *petitor*. E dovrebbe anche tenersi conto che la «prova», cui costui sarà tenuto, riguarderà la sua signoria, il suo *dominium* sul fondo rivendicato e non già la carenza di un titolo per cui il convenuto ne abbia avuto possesso.

¹⁰) Cfr. F.P. CASAVOLA, *Concursus actionum*, in «NNDI», III, Torino, 1959, p. 1064, il quale – con riguardo a quanto si trae dalle fonti giuridiche romane – avvisa come, se da unica fattispecie derivi pluralità di rapporti e di differenti pretese, occorra allora procedere, per l'identificazione dell'*eadem res*, a considerare la *causa actionis* dal punto di vista dello scopo o della funzione che le singole azioni tendono a perseguire. Cfr. G. NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto ro-*

un'azione di rivendica. Tuttavia, la fattispecie che il frammento ci conserva riguarda semplicemente due processi paralleli, aventi per oggetto la rivendica della proprietà del fondo da parte di due diversi attori contro il medesimo possessore, processi in entrambi i quali è intercorsa *litis contestatio* ed è stata effettuata nomina di differenti giudici. Applicando i moderni schemi di tecnica processuale, non parrebbe quindi realizzarsi tecnicamente un concorso di azioni, ma – al più – si potrebbe profilare un cumulo soggettivo, il quale sarebbe produttivo di un litisconsorzio facoltativo¹¹. Com'è, però, evidente, con quest'osservazione, si fuoriesce inevitabilmente dalla «dogmatica» del diritto romano.

Come si è detto, lo strumento suggerito nel responso a tutela del convenuto consiste nell'imposizione, a suo favore, di una garanzia in capo al primo rivendicante. Sembra in proposito corretta l'opinione del Levy: l'attore del primo processo può ottenere la restituzione del fondo se promette al convenuto, su ordine del giudice, quanto costui dovrebbe a titolo di condanna nel secondo processo. Questo sarebbe – secondo lo studioso – il significato da attribuire a 'cavere' e a 'satis dare'¹². Non pare, invece, condivisibile l'idea dell'autore che parte della frase finale 'vel eum ... praestare' – certamente non di estrema chiarezza, ma coerente – sia stata introdotta da un compilatore postclassico¹³.

Sembra poi conforme a logica pensare – come osserva il Talamanca – che non potesse essere il *iussum* in sé a essere condizionato alla prestazione della *cautio* da parte dell'attore, ma che – nel *iussum* stesso – dovesse esserlo la *restitutio*¹⁴. L'ordine doveva, infatti, condizionare la restituzione alla prestazione della garanzia. Il che, del resto, mi pare essere in aderenza alle parole: 'restitui ubere, ut possessori caveret vel satisdaret'.

La *cautio* – è stato osservato – parrebbe essere prestata per evizione¹⁵; nel testo leggiamo: 'si alter fundum evicisset'. Questa la finalità, ma ne viene sottolineata l'analogia con quella di cui si parla, a proposito di una duplice *petitio hereditatis*, in D. 5.3.57 (Nerat. 7 membr.)¹⁶.

Altri autori ritengono, inoltre, che la perdita del possesso – *post litem contestatam* – sia, nel passo

mano, medievale e moderno, in «Digesto», III, Torino, 1988, p. 250 ss., anche per una ricchissima bibliografia in punto. Si veda, poi, la nota seguente per qualche richiamo bibliografico pertinente a profili dogmatici di diritto contemporaneo.

¹¹ Sulla nozione di azione concorrente nel moderno processo civile rimane significativo, sebbene risalente, il saggio di E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in «Studi U. Ratti», Milano, 1934, p. 663 ss. Sul vasto dibattito che, più recentemente, ha occupato la scienza processualistica italiana sulla questione, *ratione materiae* del presente lavoro, appare giustificarsi un mero rinvio bibliografico al fondamentale lavoro di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 106 ss.; per opportuni richiami bibliografici, vd. C. BALBI, 'Connessione e continenza nel diritto processuale civile', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», V, Torino, 1988 (rist. 1995), p. 457 ss.; in una prospettiva anche comparatistica, cfr. P.G. MONATERI, 'Cumulo di azioni', *ivi*, p. 41 ss.; si veda anche V. DE PETRIS, 'Connessione (diritto processuale civile)', in «ED.», IX, Milano, 1961, p. 10 ss.; con specifico riguardo ai casi in cui si configura un litisconsorzio facoltativo, cfr. G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, *passim*, e S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, *passim*.

¹² E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, p. 30, ad avviso del quale il possibile contenuto della *cautio* è analogo a quello di D. 5.3.57 (Nerat. 7 membr.); il che è molto probabile, ma – in punto – una posizione più critica e prudente è espressa da TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva*, *cit.*, p. 169; cfr. *infra*, nt. 16.

¹³ LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz*, *cit.*, p. 29 s., integra 'eum praestare' con 'indemnem', opinando in tal modo che – nel testo originale – si desse atto di una *cautio indemnitis*; TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva*, *cit.*, p. 169 nt. 143, non ritiene provata l'interpolazione e ipotizza che 'eum' possa riferirsi a 'fundum', pur ammettendo l'ineleganza del costruito.

¹⁴ TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva*, *cit.*, p. 169 nt. 142, in critica all'opposta opinione di S. CHIAZZESE, *Iusurandum in litem*, Milano, 1958, p. 71 s.

¹⁵ GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', *cit.*, p. 166 s., reputa quello in esame un caso squisito di *cautio evictionis*, osservando che questo tipo di *cautio iudicialis* deriverebbe da quella *indemnitis* e che, come per quest'ultima e per quella *defensionalis*, «si dovrà ritenere che il giudice subordini alla prestazione di essa una sua pronuncia a favore della parte che si deve impegnare». Mi pare, tuttavia, più corretta l'opinione testé riferita del Talamanca che, non la pronuncia, ma – nel caso – la *restitutio* dovesse essere condizionata alla prestazione della *cautio* e che in ciò dovesse strutturarsi l'ordine del giudice.

¹⁶ In questo senso LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz*, *cit.*, p. 29 s., e GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', *cit.*, p. 168 s.; tuttavia, a mio avviso, rimane corretta l'opinione di TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva*, *cit.*, p. 169 nt. 143, il quale riscontra come – a rigore – in D. 5.3.57, non sia espressamente indicato in cosa consista la *cautio* e come le nostre maggiori informazioni siano piuttosto desunte proprio dal passo di Alfeno qui in esame.

di Alfeno, configurata come non imputabile al convenuto così come nell'ipotesi in cui fosse avvenuta per caso fortuito o come in quello in cui la cosa fosse andata distrutta *sine dolo malo aut culpa possessoris*¹⁷. Si osserva, infatti, che nel caso un convenuto dichiari di non possedere più la cosa e, quindi, di non essere in grado di dare esecuzione all'ordine di restituire, il giudice debba indagare sul precedente contegno dello stesso convenuto vagliando le circostanze in base alle quali sia avvenuta la perdita del possesso¹⁸.

Non sembra corretto, tuttavia, riferire al frammento in esame un'osservazione come questa che, invero, potrebbe attagliarsi piuttosto all'attività eventualmente spettante al giudice nel secondo processo, nel corso del quale il convenuto non avrebbe più il possesso e la restituzione del fondo sarebbe dunque impossibile. Configurare la perdita del possesso nel primo processo come non imputabile al possessore pare pertanto un'illazione non collegabile alla *ratio* del frammento in esame, frammento che tratta – lo si ripete ancora una volta – solo di cosa dovrebbe fare il primo giudice a tutela del possessore per metterlo al sicuro – o comunque garantirlo – dal rischio di soccombere in un secondo processo di rivendica.

Le considerazioni rammentate da ultimo si rivelano, invece, pertinenti al caso di D. 6.1.58, che prospetta una fattispecie parzialmente analoga, anche se invero più articolata, rispetto a quella del frammento 57:

D. 6.1.58 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*): A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisfactum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. Sed si prius de furto iudicium factum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.

In questo caso, il passo è tratto dal terzo libro dell'Epitome di Paolo dei *Digesta* di Alfeno¹⁹ ed è, ad avviso del Negri, molto probabile che riporti un responso di Servio²⁰. Analogamente al frammento 57, è verosimile che anche questo secondo passo registri la discussione di un caso profilato solo in via teorica tra gli *auditores* serviani e non la risoluzione di un caso reale. A parere di chi scrive, costituisce prova di ciò lo svolgimento delle due ipotesi che vengono considerate; ipotesi invero prospettate in via, appunto, di mera possibilità. Né l'una né l'altra appaiono infatti configurarsi, ad un esame ravvicinato, come casi concreti offerti all'attenzione del giurista.

Abbiamo qui due azioni diverse intentate contro il medesimo convenuto possessore di uno schiavo: un'azione di rivendica e un'azione di furto esperite da due diversi soggetti; ossia, da una parte che si dichiara proprietaria dello schiavo e da una parte che se ne dichiara derubata. Anche qui due sono i *iudicia* e due sono i *iudices*. Anche qui si pone il problema di tutelare il convenuto '*si utroque iudicio condemnatus esset*'. Il che, fra l'altro, consente di osservare incidentalmente che il frammento costituisce espressa conferma che – *post litem contestatam* – non vige il principio per cui *noxa caput sequitur*.

Nel caso il possessore debba restituire lo schiavo al rivendicante, la tutela proposta dal giurista di fronte al rischio di una condanna nel processo di furto è del tutto analoga a quella del frammento precedente. Ciò nel caso il processo di rivendica venga attivato per primo. Diverso è, invece, il caso '*si prius de furto iudicium factum esset*'. Si ha qui – come osserva il Talamanca – «un sostanziale mutamento della prospettiva»²¹. Se il convenuto ha dato lo schiavo a noxa al derubato, come è del resto

¹⁷) E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per 'litis aestimatio' nel processo civile romano*, Milano, 1934, p. 43 s.

¹⁸) CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per 'litis aestimatio'*, cit., p. 95 nt. 151 con riferimento oltre che al *fr.* 57 anche al *fr.* 58 che qui si considera più avanti.

¹⁹) LENEL, *Palingenesia*, I, cit., p. 47 n. 49.

²⁰) NEGRI, *Concorso delle azioni*, cit., p. 254 nt. 5. Se l'attribuzione di questo *responsum* a Servio coglie nel vero, stante l'affinità della prima fattispecie in esso considerata con quella presa in esame nel *fr.* 57, si sarebbe indotti a intravedere la figura del maestro anche in quest'ultimo.

²¹) TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva*, cit., p. 171.

suo diritto, e ‘*deinde de ipso homine secundum petitorem iudicium factum esset*’, il giurista afferma che il giudice non deve procedere alla *litis aestimatio*, benché il convenuto non consegna lo schiavo al rivendicante, giacché la mancata consegna non dipende né da sua colpa né da suo dolo²². La differente soluzione indicata per le due ipotesi che vengono teoricamente profilate pare conforme a logica e, quindi, non giustificare il sospetto d’interpolazione sollevato – proprio a suo motivo – dal De Sarlo²³.

Difficilmente, inoltre, pare condivisibile l’opinione di Levy, che qualifica il caso del frammento 58 come un’ipotesi di concorso attivo di azioni, in quanto vengono esperite azioni diverse da più persone nei confronti di un medesimo convenuto²⁴. Anche questo caso sono ipotizzati due distinti *iudicia* e non pare ravvisabile un concorso di azioni, ma piuttosto un concorso di soggetti-parti dal lato attivo²⁵.

Nella seconda ipotesi contemplata dal frammento 58 (dazione a nozza del servo al derubato successiva alla *litis contestatio* del processo di rivendica) la soluzione teorica di come tutelare il possessore convenuto non impone – come nella prima ipotesi (consegna dello schiavo al rivendicante) e come nel frammento 57 – che l’attore che ottiene la cosa garantisca il convenuto di prestargli cauzione per evizione. La tutela del convenuto è, infatti, già ravvisata nella valutazione che il giudice del processo di rivendica fornirà circa assenza di colpa o dolo nell’aver dato a nozza.

3. Come si è visto, molte sono le questioni sollevate in dottrina riguardo ai passi alfeniani e altre ancora potranno in futuro esser poste.

In precedenza ho più volte rimarcato la natura teorica delle fattispecie. Credo, infatti, che non sia senza rilievo osservare che i vari problemi cui si è fatto cenno dovrebbero essere affrontati tenendo conto che i casi dovevano esser stati profilati con finalità speculativa. Non si tratta di responsi – di Alfenio o di Servio – resi a fronte di quesiti posti su casi reali, ma elaborati su fattispecie delineate in linea del tutto astratta.

Limite le mie osservazioni al responso di cui al frammento 57, oggetto specifico di questo studio e connotato, rispetto al 58, da una minore articolazione.

La natura teorica di questo caso è di tutta evidenza, tanto che – come si è detto²⁶ – il *responsum* potrebbe essere esito di un dibattito svoltosi tra gli *auditores* della scuola serviana, riguardo al quale potrebbe forse addirittura esser stato lo stesso maestro ad aver indicato la soluzione più adatta per il convenuto che avesse potuto incorrere in un *duplex damnum*.

Costituiscono indici della natura del testo la formulazione stessa del caso: ‘*is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est*’: uno cui era stato richiesto un fondo con azione petitoria è stato convenuto da un altro per il medesimo fondo. Risulta palese la formulazione astratta dell’evento. Ciò è, poi, confermato non solo dal ‘*quaerebatur*’, che pone la *quaestio*, ma da tutto il tratto ‘*quaerebatur ... traheret*’ e dagli stessi modi e tempi verbali impiegati. Invero, ‘*restituisset*’, ‘*indicaretur*’, ‘*traheret*’ implicano situazioni solo astrattamente ipotizzate in conformità al tipico metodo diairetico che permea gli

²²) A quest’ipotesi – la seconda profilata dal *fr.* 58 – risultano, quindi, pertinenti le osservazioni che il Carrelli (vd. *supra*, nt. 18) riferisce anche al *fr.* 57. In questo caso soltanto, infatti, assume rilievo che la mancata riconsegna nel secondo processo non sia imputabile a un comportamento – anche processualmente – colposo o doloso.

²³) L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 39, per il quale – anche nell’ipotesi in cui la dazione a nozza avesse preceduto la conclusione del giudizio petitorio – si sarebbe dovuto suggerire al derubato di prestare cauzione a favore del convenuto, del tutto analogamente al caso inverso in cui la restituzione della cosa fosse stata effettuata a favore del rivendicante.

²⁴) LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz*, cit., p. 48 ss., ravvisa il concorso attivo nel dato che contro il medesimo convenuto si sarebbero avute azioni, proposte da differenti soggetti, diverse per carenza di *eadem res*.

²⁵) A mio avviso, un concorso di azioni potrebbe essere ammesso solo ove il rivendicante e il derubato fossero la stessa persona, nel qual caso il concorso sarebbe cumulativo. Ma – almeno in linea teorica – si porrebbe subito un quesito circa la legittimazione all’azione di furto di colui che vanta il *dominium* dello schiavo autore del furto a suo danno, legittimazione che – sempre in linea teorica – gli sarebbe sostanzialmente restituita ove risultasse sconfitto nell’azione di rivendica intentata prima di dar corso a quella di furto. Naturalmente, in un caso simile, occorrerebbe, però, aver riguardo alla prospettazione offerta dalla parte attrice.

²⁶) Cfr. *supra*, § 1.

interi *Digesta* alfeniani²⁷.

Rappresenta, del resto, un ulteriore significativo indizio che questa sia effettivamente la natura del passo in esame anche il verbo ‘*iudicare*’; verbo che compare due volte nel frammento 57, alla fine dell’esposizione del caso e nello stesso responso, ove non assume – com’è evidente – il significato specifico della conclusione del processo con sentenza, ma allude all’attività compiuta dal primo giudice e, in particolare, alla fase decisionale del *iudicium* che precede l’emanazione della sentenza di condanna²⁸.

Anche tenendo conto del metodo topico cui s’ispira una larga parte dei testi giurisprudenziali romani, ciò non è tuttavia in contrasto con le riflessioni teoriche altrettanto spesso diffuse anche indipendentemente dal genere letterario delle opere dei giuristi romani. Del resto, molti dei testi che ci sono stati trasmessi dall’antologia dei *Digesta* giustinianeî sono sì casi concreti, ma non necessariamente reali. Casi concreti reali si trovano, ad esempio, sicuramente nelle opere di Quinto Cervidio Scevola, nei libri della raccolta paolina dei decreti imperiali, in talune delle *disputationes* di Ulpiano e di Trifonino. Nel complesso, però, in minor numero rispetto a quelli teorici.

Il passo oggetto di questo studio appare, sotto questo profilo, talmente nitido da poter essere assunto come paradigmatico.

Se si accoglie l’idea che il frammento affronti un caso meramente teorico, formulato in astratto e in limiti ben definiti e non, invece, quello di due processi realmente intercorsi, non si pongono più alcuni dei problemi che si sono rammentati e – tra questi – soprattutto quello relativo a come avrebbe potuto eventualmente impostarsi un successivo processo tra i due *petitores* o, quantomeno, questi problemi fuoriescono dalla stretta esegesi del passo, limitato solo al quesito che vi è registrato, divenendo essi stessi – a loro volta – squisiti casi di scuola. E, in ciò, potrebbe forse ravvisarsi uno dei debiti della scienza moderna nei confronti della giurisprudenza romana e, in particolare, della scuola serviana.

La natura meramente teorica del caso giustifica pienamente tali «omissioni». E ciò non deve stupire in ragione della stessa impostazione metodologica della scuola serviana. In questo contesto, appare anzi del tutto radicata la formulazione di un caso in via meramente teorica senza alcun effettivo riferimento a reali processi e senza che fossero messe in conto tutte le conseguenze che ne sarebbero concretamente derivate.

Poste queste modalità metodologiche, i problemi – certo di rilievo – sul piano della tecnica processuale non rilevano ai fini della stretta esegesi del passo, limitato al solo quesito che vi è registrato. E neppure è detto questi problemi siano stati posti da Alfeno – piuttosto che da Servio – essendo l’ipotesi teorica considerata fine a se stessa. Che a questa potessero poi concatenarsi alcune conseguenze o altre specifiche questioni si può ben ritenere non rientrasse nell’interesse del giurista.

Le mie considerazioni vorrebbero, quindi, sottolineare che – come emblematicamente accade nel caso in esame – il gioco dialettico portava a esaminare e a risolvere singoli e del tutto peculiari quesiti, senza coinvolgere in queste operazioni intellettuali altri e differenti problemi.

Beninteso, la natura del caso non fa venir meno i molti interrogativi che il frammento ha posto sui diversi punti di tecnica processuale che sono stati rammentati. Ma induce a ritenere che non su questi vertesse la *quaestio* che era stata dibattuta come un caso di scuola limitatamente al profilo della tutela che avrebbe potuto ricevere chi fosse stato due volte convenuto per la rivendica della stessa cosa.

²⁷ NEGRI, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, cit., p. 138 s. Ciò, naturalmente, non impedisce che siano stati trattati anche casi concreti. Si veda il famoso caso della clausola testamentaria, conservata da D. 35.1.27 (Alf. 5 dig.) sul quale si veda MIGLIETTA, *Casi emblematici di ‘conflitto logico’*, cit., p. 301 ss.

²⁸ J. VÁŽNY, *Osservazioni generali sulla sentenza e la ‘res iudicata’*, in «BIDR.» XXXVII, 1940, p. 120 ss.; secondo l’autore, in età repubblicana, la sussistenza del diritto dedotto nelle *actiones in rem* fu oggetto di specifico pronunciamento da parte del giudice, da non confondersi con l’atto successivo della sentenza e sussisterebbe, inoltre, un’antitesi di natura solo concettuale, ma non pragmatica tra *iudicare* e *condemnare*. L’autore indica il testo alfeniano qui esaminato come caso squisito in cui si attesta un sostanziale pronunciamento giudiziale consistente nell’esteriorizzare il convincimento che anticipa il contenuto del *iudicatum*. Ad avviso del Vážny (p. 129 s.), questa distinzione, solo idealmente ravvisabile nelle *actiones in personam*, assumerebbe un rilievo particolarmente importante nelle *actiones in rem*, nelle quali la «constatazione» giudiziale non riguarda un ‘*dare oportere*’, ma la signoria sulla cosa.