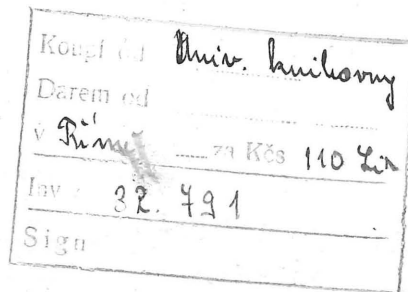


Dott. EDOARDO CARRELLI

Assistente alla cattedra di Papirologia Giuridica nella R. Università di Roma

L'ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ  
PER "LITIS AESTIMATIO",  
NEL PROCESSO CIVILE ROMANOInv. čís.: 428  
Sign: 326SEMINÁRNÍ  
Hist.-práv.KNIHOVNA  
odděleníDott. ANTONINO GIUFFRÈ - Editore  
MILANO

PROPRIETÀ RISERVATA



ROMA - TIPOGRAFIA AGOSTINIANA

## INTRODUZIONE

Nelle numerose indagini che, dalla scoperta del palimsesto veronese, ha subito il principio della *condemnatio pecuniaria*, la preoccupazione di spiegare questo stranissimo fenomeno ha preso a tal punto le menti dei critici, che quasi nessuno ha pensato ad un altro non meno grave problema scaturente dalla necessità da parte del giudice di condannare il convenuto al pagamento di una somma di denaro, e cioè all'ulteriore sorte della cosa controversa.

Punto di partenza in questa indagine è che la cosa resta nelle mani del convenuto; è controverso però a quale titolo. I testi, piuttosto numerosi, malgrado l'accurato lavoro di eliminazione operato dai compilatori, che o hanno sostituito alla *litis aestimatio* l'esecuzione *manu militari* della sentenza, o vi hanno inserito il consenso dell'attore, dandole così l'aspetto di una transazione, emettono massime, almeno in apparenza, così discordanti da rendere lecite le ipotesi più opposte.

Così, mentre l'opinione tradizionalmente accolta <sup>(1)</sup>,

(<sup>1</sup>) Cfr. GLOSSA, *Pertinet ad D. 6 1 46*; CUIACIO, *Operae* (ed. Mutin.) VII col. 322 e sgg.; GLUCK, *Pandette* VI pag. 132 n. 60 (ed. it.); ARNDTS, *Pandette* I pag. 325; BARON, *Pandekten* par. 152 pag. 311; DERNBURG, *Pandette* I pag. 212; WINDSCHEID, *Pandette* par. 192 n. 12; WETZELL, *Vindikationprezess* pag. 223 e sgg.; SCHMID, *Die Grundlehre der Cession* I pag. 25; GEISTERDING, *Entwickelte Lehre von Eigenthum* pag. 345; WANCE-



sulla base di quanto è stabilito per la *rei vindicatio* in D. 6 1 46, ritiene, malgrado la mancanza di una *mancipatio* o di una *in jure cessio*, sia sufficiente il pagamento della L. A. perchè il convenuto possa considerarsi *dominus ex jure Quiritum* della cosa, altri invece, come il LEVY<sup>(2)</sup>, negano che, coll'*Enteignung des Klagers* compiuta dal convenuto mediante il pagamento della L. A., questi acquisti non che il *dominium ex j. Q.*, neanche la proprietà bonitaria, conservando invece il semplice possesso, con la difesa di una *Publiciana* utile, di una *exceptio rei quasi venditae et traditae*, e degli interdetti.

Fra queste due opposte tendenze, se ne è venuta lentamente costituendo una terza, che, pur essendo accolta

row, *Pandekten* I pag. 332, Ann. III I b.; PUCHTA, *Pandekten*; WIRFINCHER, *Versuch über das Jusiurandum in litem* par. 60; BERTOLINI, *Trasmissione* pag. 40; BONFANTE, *Scritti giur.* II pag. 618 (?); PEROZZI, *Istituzioni* I pag. 725 (il quale però senza alcun cenno di dimostrazione avanza l'ipotesi che questo passaggio di dominio avvenga in base a principii di diritto pubblico); ARANCIO RUIZ, *Istituzioni* pag. 273; SIBER, *Passivlegitimation zur rei vindicatio*, pag. 139 e sgg.; id., *Römisches Recht* pag. 99 e sgg. (al quale autore si deve il più vasto studio secondo quest'ordine di idee); DE FRANCISCI, *Translatio dominii* pag. 17; id., *Il trasferimento della proprietà* pag. 135.

(2) LEVY, *Die Enteignung der Klagers in Formularprozess*, Z. S. S. 42 (1921) pag. 476 e sgg. (altri lavori del LEVY nello stesso ordine di idee saranno citati in seguito); cfr. anche, contenente in embrione quello che è il punto centrale della teoria del LEVY, SAVIGNY, *System* V pag. 221 n. C, per il quale il convenuto non acquistava mai *ein wirkliches Recht*, ma, se conservava il possesso, il solo godimento della cosa, non potendo il proprietario esperire di nuovo l'azione già consumata. Al LEVY è però sfuggita questa autorevole conferma della sua ipotesi. Sia pure con qualche oscillazione potrebbe essere ritenuto nello stesso ordine di idee anche il BONFANTE (*Scr. Giur.* II pag. 618 n. 2), il quale ritiene che « per aversi una *l. a.* con efficacia di *iusta causa* fa bisogno che in qualche modo l'autore vi acconsenta, non già che il convenuto paghi per non voler restituire la cosa. *Huius rei argumentum primo aequitas* per dirla coi Romani, di poi lo stesso richiamo analogico alla compravendita e alla transazione ».

da un non irrilevante numero di studiosi, non è stata mai trattata ex professo: la mancanza delle forme solenni di trasmissione della proprietà faceva sì che il convenuto non potesse considerarsi *dominus ex j. Q.* della cosa, ma d'altra parte il pagamento della somma fissata dall'attore stesso mediante *jusiurandum in litem*, esistendo il possesso, raccoglieva in sé tutti gli elementi sufficienti perchè potesse considerarsi avvenuta la *traditio*, e quindi trasmessa la proprietà bonitaria. In tal caso il convenuto, pur non diventando immediatamente *dominus ex j. Q.* della cosa, poteva diventarla trascorso l'anno o il biennio necessario per l'usucapione, e nel frattempo la sua situazione trovava sufficiente protezione nella *actio Publiciana*, negli interdetti possessorii e nell'*exceptio rei venditae et traditae*<sup>(3)</sup>.

Nell'esame della questione occorre tener presenti tutte le numerose azioni munite di clausola arbitraria di restituzione<sup>(4)</sup>, e che quindi, in caso che il convenuto non

(3) PELLAT, *Exposé des principes généraux de la propriété et de l'usucapion* pag. 254 e sgg.; APPLETON, *Histoire de la propriété pretorienne* I pag. 299 e sgg.; MITTEIS, *Interpolationenforschung* Z. S. S. 33 pag. 206; BETTI, *Studi sulla litis aestimatio* I pag. 54; CUQ, *Droit romain* pag. 285 e 301 n. 6.

(4) E cioè tutte quelle azioni per le quali, in caso di rifiuto alla restituzione della cosa, si addiveniva a *jusiurandum in litem* (BETTI, *Studii cit.* I pag. 56; LEVY, Z. S. S. 36 pag. 66 e sgg.; 42 pag. 487 e sgg.); queste azioni sono moltissime, e sono anche in gran numero i testi che si riferiscono all'*jusiurandum in litem*, così per es. per la *Rei vindicatio* D. 6 1 46; D. 35 2 60 1; D. 46 1 73; D. 47 2 9 1 etc.; per la *hereditatis petitio*, D. 5 3 20 1; h. t. 25 10; per la *confessoria servitutis*, D. 8 5 7; per l'*actio Serviana*, D. 20 1 16 3; per l'*actio ad exhibendum* D. 10 4 3 2; h. t. 5 2; D. 12 3 5 pr.; h. t. 6; h. t. 10; D. 49 1 28 1; per gli interdetti *esibitori* e *restitutori*, D. 43 24 15 9; C. 8 4 9; per l'*actio negotiorum gestorum*, C. 5 53 3; per l'*actio depositi*, D. 5 1 64 pr.; D. 16 3 1 26; per l'*actio commodati*, D. 5 1 64 pr.; D. 13 6 3 2; per l'*actio locati*, D. 19 2 48 1; per l'*actio rei uxoriae*, D. 24 3 25 1; per l'*actio tutelae*, D. 12 3 4; h. t. 8; D. 26 6 7 pr.; D. 27 7 4 pr.; C. 5 53 1 2; per l'*actio rerum amotarum*, D. 25 2 8 1, etc.

La facoltà alternativa di restituire *ipsam rem*, e di *l. a. sufferre* era

volesse sottomettersi all'invito del giudice, giungevano alla condanna in denaro invece che alla restituzione della *eadem res*. Ciò poteva avvenire sia per azioni reali, sia per azioni personali derivanti da contratto o da delitto, o anche da un mero dato di fatto, sia anche da azioni preparatorie ed interdetti. In tutti questi casi il risultato ultimo era sempre il medesimo, poichè l'aspirazione dell'attore al ricupero della cosa veniva frustrata dalla condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro.

Per tutte queste azioni il contegno del convenuto può essere schematizzato sotto varie ipotesi: egli può infatti non eseguire l'ordine di restituzione: a) perchè preferisce pagare quella somma che l'attore vorrà fissare; b) perchè non ha più la disponibilità della cosa in seguito a perdita  $\alpha$ ) colposa;  $\beta$ ) dolosa del possesso.

Queste tre differenti ipotesi devono essere esaminate separatamente, in relazione alle varie azioni che possono essere esperite dal proprietario della cosa.

---

per qualche giudizio ignorata, cfr. per es. D. 40 12 36 (PAPIANIANO 12 *Responsorum*), ove per un caso di *preiudicium de libertate*, viene stabilito che « *dominus qui optinuit, si velit servum suum subducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur* ». Cfr. BETTI, op. cit. pag. 29; è da notarsi anche quanto viene stabilito per l'*interdictum de homine libere exhibendo* (D. 43 29 3 13, ULPIANO 71 *ad edictum*): « *Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdictum experiri...* ».

Di molte delle azioni sopra citate, dato che i testi, affermando la possibilità di un *jusiurandum in litem*, nulla ci dicono circa l'ulteriore sorte della cosa controversa, non si potrà tener conto nel corso della nostra indagine; è evidente però che, poste le premesse comuni, quelle conclusioni che si potranno ricavare per es. per le azioni *commodati e depositi*, saranno estensibili, senza che ci si possa accusare di soverchia audacia, anche all'*actio locati*, della quale l'unico testo, che si riferisce all'*jusiurandum in litem*, nulla ci dice sull'ulteriore sorte della cosa controversa, e così anche per le altre.

---

---

## I. CONTUMACIA.

1) L'opinione dominante, che proprio da quanto è stabilito per la R. V. nell'ipotesi di *contumacia* tende a ricavare il principio generale che estende anche alle altre azioni, afferma che il convenuto, il quale si è rifiutato di sottoporsi all'invito alla restituzione, dichiarandosi piuttosto disposto a pagare quella somma, al cui ammontare l'attore ha valutato la cosa, ne acquista il *dominium ex jure Quiritium* <sup>(5)</sup>.

Il testo in cui questa dottrina trova la sua giustificazione è D. 6 1 46 (PAOLO 10 *ad Sabinum*) <sup>(6)</sup>:

« *Eius rei quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* ».

La classicità di questo testo non è stata fino ad ora posta in dubbio, e le poche critiche, che sono state sollevate riguardo a qualche suo punto <sup>(7)</sup>, ne investono sola-

---

<sup>(5)</sup> Cfr. n. 1.

<sup>(6)</sup> Secondo l'opinione unanimemente accolta del LENEL (*Palingenesia Paolo* 1826, I col. 1282 n. 4), l'*inscriptio* va corretta in XIII, ricollegandosi questo frammento a D. 6 1 63; h. t. 71; D. 12 3 2, trattanti tutti della perdita dolosa del possesso da parte del convenuto, e quindi del *jusiurandum in litem*, e ricavati dal I. XIII.

<sup>(7)</sup> Cfr. n. prec.; cfr. anche FABRO, *De erroribus* 75 3; SCHULTING, *Notae in Dig. h. l.*; BERTOLINI, *Transazione*, secondo i quali « *videor* » va corretto in « *videtur* »; più gravi critiche sono state sollevate dal LEVY (op.

mente elementi secondarii. Dall'esame di esso vengono ricavati i seguenti principii:

a) Paolo afferma recisamente che, col pagamento della L. A., il *dominium*, e cioè il *dominium ex jure Quiritium* sulla cosa passa dall'attore al convenuto;

b) delucidando il proprio pensiero, aggiunge che il contenuto della L. A. è una vera e propria transazione, in base alla quale l'attore rinuncia alla proprietà della cosa in favore del convenuto, accettando in cambio una somma da lui stesso fissata (8).

Su questa interpretazione sono state sollevate ampie, e, almeno in parte giuste riserve.

Ponendo da parte i rapporti fra L. A. e transazione, che esamineremo solo più tardi, mi limito per ora all'esame del primo dei due principii ricavati dal nostro testo.

Già il LEVY (9) ha osservato che il valore che normalmente gli si dà potrebbe essergli concesso solo nel caso che la parola *dominium* indicasse il solo *dominium ex jure Quiritium*, e non anche la proprietà bonitaria; ma, almeno per l'epoca di Paolo, è vero proprio il contrario, poichè

---

cit. pag. 488 n. 2), per la cui dottrina questo testo costituisce il massimo ostacolo; il cit. A. nota come la stilizzazione soggettiva del passo dia adito al sospetto che qualche parte ne sia caduta. Questa ipotesi, come vedremo meglio in seguito, è parzialmente, ma solo parzialmente, da accogliersi.

(8) OERTMANN, *Vergleich* pag. 19; SCHRÖTER, *Linde's Zschr.* VII pag. 360 n. 2; secondo l'APPLETON (op. cit. I pag. 299) seguito dal SERAGLI (*de publiciana in rem actione* pag. 40), il testo va interpretato nel senso che il convenuto abbia deferito all'attore il giuramento decisivo sul valore della cosa, accettando il quale, questi avrebbe implicitamente accettato la transazione propositagli; ipotesi evidentemente da respingere, distaccandosi dal testo, che si riferisce non al giuramento deferito dal convenuto, ma all'*jusiurandum in litem* (BERTOLINI, op. cit. pag. 41 n. 2; *Il giuramento nel diritto privato romano* pag. 213 e sgg.).

(9) LEVY, op. cit. pag. 484 n. 1.

essa veniva usata per indicare tanto l'una quanto l'altra proprietà (10).

Ma il testo perde ogni valore, se si tiene conto del fatto che in molti altri si trova recisamente affermato che la L. A. va considerata come una *iusta causa usucapiendi*, e che al *contumax*, che ha pagato la somma fissata dall'attore compete l'*a. Publiciana*.

I sostenitori dell'opinione tradizionale (11) sfuggono a questo ostacolo avanzando l'ipotesi che in questi testi il pagamento della L. A. non abbia prodotto acquisto del *dominium*, ma si sia limitato a creare una *iusta causa usucapionia*, a causa del fatto che l'attore non era effettivamente proprietario della cosa, e che di conseguenza non poteva trasferire al convenuto un diritto di proprietà che egli stesso non aveva.

Questa ipotesi, anche se potesse essere ammessa per qualche testo, ove l'assoluta mancanza di ogni dato di fatto rende lecito, se pure arbitrario sempre, il pensare che la *rei vindicatio* fosse stata intentata *a non domino*, non può essere però accolta, cozzando contro altri, ove viene precisamente indicato che l'azione era stata intentata dal *dominus* (12).

D. 41 4 2 21 (PAOLO 54 *ad Edictum*):

« *Si rem alienam emero, et, cum usucaperem, eamdem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapio-*

---

(10) MEYER, *Zschr. für gesch. Rechtswiss.* VIII pag. 10 e sgg.; ERMANN, *Z. S. S.* XI pag. 257 e sgg.; GRADENWITZ, *Z. S. S.* XII pag. 134 e sgg.; PERNICE, *Labeo II I* pag. 423 n. 2; 447 e sgg.

(11) Cfr. per tutti SIBER, *Passivlegitimation* pag. 141 e sgg.; PEROZZI, *Istituzioni I* pag. 676 n. 1; 725 n. 2.

(12) Per es. D. 42 4 15 (ULPIANO 6 *fideicommissorum*): « *Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit, vel qui litem aestimata retinuit vel ex causa stipulationis, non ob liberalitatem consecutus est* ». Il testo che, secondo lo STEINER (*Datio in solutum* pag. 69) sarebbe completamente rimaneggiato, si esprime in modo così generico, da non poter fornire alcun dato in merito alla nostra ricerca.



*nem meam litis contestatione. Sed si litis aestimationem suffere maluerim, ait Julianus causam possessionis mutari ei qui litis aestimationem sustulerit, idemque esse si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est ».*

Nel testo in esame vien detto in modo inequivocabile che l'azione di rivendica è stata intentata proprio dal *dominus* (*dominus a me petierit*), ma il convenuto, che ha pagato la L. A., non diventa per questo proprietario della cosa, ma anzi viene espressamente stabilito che, mentre prima il titolo, in base al quale egli usucapiva la cosa, era la avvenuta compra vendita *a non domino*, ora invece sarà la L. A. pagata. In ogni modo questa muta la *causa usucapionis*, ma non trasmette il dominio.

Data la gravità di questo testo, il SIBER<sup>(13)</sup> ha tentato di porlo in accordo col principio dell'acquisto del dominio, cercando di dimostrare che esso nella sua seconda parte è stato parzialmente ritoccato dai compilatori, e che la chiusa, nell'originale pauliano, fosse la seguente: « ... *idemque esse ac si dominus ei, qui rem emisset a non domino, mancipasset* ». È facile però constatare che questa ricostruzione non soltanto è arbitraria, ma anche illogica<sup>(14)</sup>, poichè, a parte che essa in nulla riduce il contrasto insanabile fra il testo e il principio dell'acquisto del dominio, che sta nel fatto che, pur essendo stata pagata la L. A., il do-

<sup>(13)</sup> SIBER, op. cit. pag. 140.

<sup>(14)</sup> LEVY, op. cit. pag. 498 n. 8; a parte quanto è sopra esposto il LEVY aggiunge che i compilatori, eliminando l'espressione « *mancipare* », la sostituiscono con « *tradere* » e non con « *donare* ». Secondo il BETTI (*Studi* cit. I pag. 21), dal contrapposto con la *litis contestatio* della prima ipotesi va dedotto che il *litis aestimationem sufferre* della seconda è pensato come un atto compiuto dall'*in jus vocatus* prima che avvenisse la *litis contestatio*, ed escludente il processo. Non mi sembra però che nel testo si possa distinguere fra due diverse ipotesi, poichè il *sed* con cui inizia il secondo quesito non si contrappone alla *litis contestatio*, ma alla *usucapio pro emptore* già in corso.

minio non è stato trasferito (*causam possessionis mutari ei qui litis aestimationem sustulerit*), la stessa sostituzione di *donasset* con *mancipasset* è impossibile: il testo infatti, sia del pagamento della L. A., sia dalla donazione fatta dal *dominus* ammette che sorga una *iusta causa usucapionis*, mentre invece, accogliendo la ricostruzione del SIBER, si verrebbe ad avere una *mancipatio* compiuta *a domino*, che pure non produrrebbe il trasferimento del dominio.

D. 6 2 7 1 (ULPIANO 16 *ad Edictum*):

« *Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Julianus libro vigesimo secundo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere* »<sup>(15)</sup>.

Anche in questo testo si trova sancito che il pagamento della L. A. costituisce una *iusta causa usucapionis*, e che per conseguenza il *contumax* è legittimato attivamente all'*actio Publiciana*. A voler ammettere che Ulpiano pensasse ad un caso di R. V. intentata *a non domino*, si introduce nel testo un elemento che non soltanto vi manca, ma che si pone addirittura in contrasto col sistema logico seguito da Ulpiano nel titolo *de Publiciana in rem actione*: infatti, in tutta la prima parte del lungo commento all'Editto, e

<sup>(15)</sup> Secondo lo STEINER (op. cit. pag. 70; cfr. anche KOSCHAKER, Z. S. S. 37 pag. 368; LEVY, op. cit. pag. 483 n. 1), il passo, nella sua prima parte, e cioè sino a *venditioni*, sarebbe intp., e ciò perchè la *iusta causa usucapionis* sorge non coll'*aestimatio*, ma col pagamento dell'*aestimatio*. È da notare però che quanto afferma lo STEINER appare molto problematico, poichè, se in molti testi (cfr. per es. D. 41 3 27, ULPIANO 31 *ad Sabinum*: « *Neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valet, si nulla donatio nulla dos nullum legatum sit, idem et in litis aestimationem erit dicendum, ut nisi vere quis litis aestimationem subiecit, usucapere non possit.* ») si trova affermato il principio della necessità dell'effettivo pagamento, in altri invece, come in D. 6 1 46, vien detto che « *eius rei quae... aestimata est, dominium statim ad possessorem pertinet* ». Per un più ampio esame della questione cfr. infra pag. 100 e n. 156 e pag. 111 e sgg.

cioè sino al paragr. 7 9 <sup>(16)</sup>, Ulpiano non esamina altri casi se non di alienazione compiuta *a domino*, e solo successivamente, e cioè dal par. 7 10 le alienazioni compiute *a non domino*. Per conseguenza, data la sede del nostro testo, il principio « *si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere* », non può riferirsi ad un caso di L. A. pagata ad un attore che non era effettivamente *dominus ex j. Q.* della cosa, e quindi si deve ammettere che non questa era la causa del mancato trapasso del *dominium*, ma il fatto che non si era compiuta nè la *mancipatio* nè la *in jure cessio*, forme solenni di trasferimento del *dominium*, la cui mancanza impediva l'acquisto da parte del *contumax*.

D. 41 3 4 13 (PAOLO 54 *ad Edictum*):

« *Sed et si vindicavere rem mihi subreptam et litis aestimationem acceperere, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur* » <sup>(17)</sup>.

Anche in questo testo l'azione è intentata dal *dominus (rem mihi subreptam)*, e la fattispecie si distingue da quelle esaminate negli altri testi solo per il fatto che qui la cosa è furtiva, e, come tale, inusucapibile, salvo, secondo la disposizione della legge *Atinia* <sup>(18)</sup>, la purgativa del regresso

<sup>(16)</sup> E cioè i frammenti D. 6 2 1; h. t. 3; h. t. 6; h. t. 7; ricavati tutti dal l. 16 *ad Edictum* di ULPIANO (cfr. LENEL, PALING, ULP. 561, 562, 563, II col. 511); cfr. BONFANTE, *L'editto publiciano*, Scr. Giur. varii II pag. 412; *Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo* id. pag. 618 e sgg.

<sup>(17)</sup> Cfr. anche D. 47 2 85 (PAOLO 2 *ad Neratium*): « *Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen, si eo nomine lis aestimata fuerit, vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari iam usucapionis ius dicendum est* ». Cfr. BONFANTE, *Corso, proprietà* sez. II pag. 234.

<sup>(18)</sup> O delle Dodici Tavole (cfr. la ricostruzione del DIRKSEN pag. 593, 594; del VOIGT, *Zwölf Tafeln* pag. 501; del NIKOLSKY, *XII Tablitz* pag. 591), cfr. BONFANTE, *Storia del diritto romano* I pag. 187, essendo controverso se questa legge si sia limitata a modificare il divieto già sancito dalle XII Tavole, della usucapione di *res furtivae*, o se invece abbia essa stessa introdotto questo divieto. Per la prima ipotesi cfr. BONFANTE,

della cosa nelle mani del *dominus*. Il proprietario, che aveva la scelta fra la *condictio* e la *vindicatio*, ha intentato quest'ultima, e il convenuto ha pagato la L. A.: malgrado che la *lex Atinia* disponga che, per purgare la furtività da una cosa, occorra il suo ritorno in possesso del proprietario, Ulpiano ammette che in tal caso possa non ritornarvi *corporaliter*, ma che basti il pagamento per mutare la *causa possessionis*. È evidente anche qui che, se il pagamento della L. A. conferisse il *dominium ex j. Q.*, il ladro lo avrebbe già acquistato, mentre, se Ulpiano riconosce soltanto il sorgere di una *iusta causa usucapionis*, ciò non può avvenire per altra ragione che per il fatto che il pagamento della L. A. non conferisce altra proprietà che quella *bonitaria*.

I risultati cui si giunge dall'esame dei frammenti trattanti della R. V. sono confermati da quelli cui si può giungere dall'esame dei frammenti che si riferiscono ad altre azioni *in rem*, come la *hereditatis petitio* e l'*actio Serviana*.

Per la prima sono da notare D. 46 3 95 9 (PAPINIANO 28 *Quaestionum*):

« *Dolo fecisti quo minus possideres quod de hereditate ad alim pertinente adprehenderas, si possessor corpus aut litis aestimationem praestiterit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest...* ».

D. 41 4 1 (GAIO 3 *ad edictum provinciale*) <sup>(19)</sup>:

« *Possessor qui litis aestimationem optulit, pro emptore incipit possidere* ».

Nei due testi Papiniano e Gaio esaminano due fattispecie sostanzialmente identiche, e cioè apprensione di co-

*Storia* pag. cit.; GIRARD, *Cours* <sup>8</sup> pag. 331 n. 5: per la seconda l'ampia trattazione dell'HUVELIN, *Etudes sur le furtum* pag. 290 e sgg.; sull'età di questa legge cfr. BONFANTE, *Corso* cit. pag. 228 n. 4; e in genere sul divieto pag. 228 e sgg.

<sup>(19)</sup> Secondo il BETTI (*Studii* cit. pag. 55), il testo si riferisce alla R. V., ma cfr. LENEL, PALING. *GAI* 241 I col. 200.

se ereditarie. Nel testo di Papiniano però l'ipotesi viene resa più complessa dal fatto che essa si riferisce inizialmente ad un caso di perdita dolosa del possesso. Avendo però l'erede convenuto non l'effettivo apprensore della cosa ereditaria, ma il successivo possessore, essa si è trasformata in una normale ipotesi di contumacia. Il convenuto, anche in questo caso, ha la scelta fra restituire il *corpus*, o pagare la L. A. (*si possessor corpus aut litis aestimationem praestiterit*), e il risultato dell'un caso e nell'altro è che all'erede è tolta ogni altra persecuzione giuridica (*quia nihil petitoris interest*), ma, identicamente a quanto si è veduto per la R. V., il convenuto, col pagamento della L. A., non ha acquistato il *dominium ex j. Q.* sulla cosa, ma soltanto una *iusta causa usucapionis (pro emptore)*, che si potrà trasformare in *dominium* solo dopo che sia trascorso l'anno o il biennio.

Una più ricca documentazione ci è data per l'*actio Serviana*, cui si riferisce un non irrilevante numero di testi.

D. 10 2 29 (PAOLO 23 *ad Edictum*) <sup>(20)</sup>:

« *Si pignori data res defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae iudicio venire: is cui adiudicabitur in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredis erit damnandus, nec cavere debet coheredem indemnem fore adver-*

<sup>(20)</sup> Si noti però che con molta probabilità questo testo in origine si riferiva non al pegno, ma alla fiducia, di conseguenza esso farebbe prova per la concessione dell'*exceptio non* al convenuto con l'*actio pignoratitia*, ma al convenuto con l'*actio fiduciae* (cfr. UBBENLOHDE, *Zur Geschichte der Realcontracten* pag. 89 n. 151; SINTENIS, *Pfandrecht*, pag. 447; *gem. Zivilrecht* I pag. 75 n. 9; BACHOFEN, *Pfandrecht* I pag. 196; pag. 205 n. 28; DERNBURG, *Pfandrecht* II pag. 43; ARNDTS, *Pandekten* par. 336; WANGEROW, *Pandekten* I par. 366; WINDSCHEID, *Pandekten* par. 233 a. n. 1; SCHMID, *Zur Lehre der Cession* I pag. 270 e sgg.; ECK, *Doppeln Klagen* pag. 114; OERTMANN, *Fiducia* pag. 43). Esso continua però talvolta ad essere riportato alla *pignoratitia*, cfr. per es. BETTI, *Studii* cit. pag. 25; LEVY, *op. cit.* pag. 500; MANICK, *R. Aenc. Pauly Wissowa*, IX col. 381 *sub v. Hypotheca*.

*sus eum qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is qui optulerit adversus dominum vindicantem exceptione tuendus est... ».*

Il testo è profondamente rimaneggiato <sup>(21)</sup>, ma per unanime consenso è ritenuta classica quella parte che più strettamente interessa la nostra ricerca, ove cioè viene concessa al convenuto con la Serviana o quasi Serviana, che abbia pagato la L. A. una eccezione « *adversus dominum vindicantem* ». Quale sia questa eccezione può facilmente supporre: alla azione di rivendica intentata dal *dominus ex j. Q.* il convenuto, che col pagamento della L. A. ha acquistato l'*in bonis*, opporrà l'*exceptio* che viene concessa al titolare dell'*in bonis* contro il *dominus*, e cioè l'*exceptio rei venditae et traditae* <sup>(22)</sup>.

Tutto ciò trova conferma anche in altri testi, D. 13 7 28 pr. (GIULIANO 11 *Digestorum*):

« *Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione, Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus est, postea debitor eandem rem petens exceptione submovebitur [nisi offerat ei debitor quod pro eo solutum est] ».*

D. 20 6 2 (GAIO 9 *ad Edictum provinciale*):

« *Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit et possessor litis aestimationem obtulerit et ab eo debitor rem vindicet [non aliter hoc facere conceditor nisi prius ei debitum offerat] < exceptione submovebitur > »* <sup>(23)</sup>.

<sup>(21)</sup> Cfr. Index, h. l.; anche la parte che ci riguarda è espunta dal BESELER (*Beitr.* II pag. 108), ma cfr. contro MANICK (*op. cit.* pag. 381 l. 18), il quale ritiene classico il testo in tutta la sua prima parte.

<sup>(22)</sup> LEVY, *op. cit.* pag. 500.

<sup>(23)</sup> Integrazione proposta dal NABER (*Mnemosyne* 38, 1910 pag. 349), diversamente il BETTI (*Studii* cit. I pag. 25), il quale ricostruisce il testo: « *non aliter possessor restituere cogetur, nisi prius litis aestimationem ei*



Nei due testi vengono esaminate due ipotesi assolutamente identiche: un creditore pignoratizio, *amissa possessione*, conviene con la Serviana il possessore della cosa; questi ne rifiuta la restituzione, ed è così condannato a pagare *quanti in litem actor iuraverit*. Se a sua volta il debitore vuole esperire contro di lui la *rei vindicatio*, la sua pretesa sarà respinta mediante un'eccezione <sup>(24)</sup>.

Tanto nell'uno quanto nell'altro testo è intervenuta in modo assolutamente identico la mano dei compilatori <sup>(25)</sup>, i quali hanno limitato il diritto del *contumax* ad opporre l'eccezione al solo caso che il debitore si sia rifiutato di restituirgli quanto egli aveva pagato al creditore, ma le chiuse di ambedue i testi sono così notoriamente interpolate che non occorre spendervi altre parole.

Necessita invece esaminare quale fosse l'eccezione concessa al *contumax*: si è a lungo creduto che questa fosse l'*exceptio doli* <sup>(26)</sup>, ed in realtà non vi è dubbio che i compilatori, inserendo nei due testi le corrispondenti chiuse « *nisi... est* » e « *non aliter... offerat* », abbiano pensato proprio a questa eccezione, seguendo quello stesso ordine di idee per cui chi ha ricevuto lo schiavo in *nox a non do-*

---

*debitor offerat* ». Si noti però che tanto il NABER quanto il BETTI pensano all'*exceptio doli*, e non a quella *rei venditae et traditae*.

<sup>(24)</sup> Cfr. anche D. 10 3 7 12 (ULPIANO 20 *ad Edictum*): « *Inter eos qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero praetio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignatur quidem pignus uni ex creditoribus, [licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere]. Idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pigneraticia in rem agenti offerat* ».

<sup>(25)</sup> Per il primo dei due cfr. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, Z. S. S. 10 pag. 305; indizio sicuro dell'intervento dei compilatori è il pronome *ei* riferito ad un *contumax* del quale nel testo non si fa parola, per gli altri cfr. *Index* h. l.; per il secondo cfr., oltre i già citati, PERNICE, *Labeo* III 1 pag. 189 n. 2; KALB, *Röm. Juristen* pag. 13 n. 1.

<sup>(26)</sup> EISELE, op. cit. pag. 305; KALB, op. cit. pag. 18 n. 1; BETTI, *Studii* cit. pag. 25.

*mino*, può alla R. V. intentata dal *dominus* opporre l'*exceptio doli*, costringendo in tal modo il vindicante a pagargli la L. A., e cioè la *nox a cuius nomine priore iudicio actum est* <sup>(27)</sup>.

Il criterio seguito dai compilatori per giungere alla concessione di questa *exceptio* anche nei due testi in esame è stato chiaramente posto in luce dal LEVY <sup>(28)</sup>: essi, per i quali la possibilità da parte del convenuto con una azione *in rem* di rifiutare la restituzione della cosa, subendo invece una condanna in denaro, era ormai un principio di diritto del tutto obliterato, hanno frainteso i due testi, interpretando per pagamento per conto di altri di un debito garantito con pegno quello che in realtà non era altro che il pagamento per conto proprio della L. A., e per conseguenza, applicando il principio per cui *solvere pro ignorante et invito cuique licet* <sup>(29)</sup>, hanno visto in questi due testi un'ipotesi di *negotiorum gestio*.

---

<sup>(27)</sup> D. 9 4 27 1 (GAIO 6 *ad Edictum provinciale*); h. t. 28 pr. (AFRICANO 6 *Quaestionum*), in questo secondo testo viene concessa alla parte lesa anche l'*actio Publiciana*. È chiaro però che l'analogia fra le due ipotesi è solo apparente, poichè, se in caso di servo dato in *nox a* la consegna alla parte lesa è fatta *a non domino*, l'attore si viene a trovare sì nelle identiche condizioni di chi ha comprato *a non domino* una cosa, nel qual caso non vi è trasferimento del *dominium*, ma sorge soltanto una *iusta causa usucapiendi*, e la difesa della *Publiciana* e dell'*exceptio* vale sì al compratore contro tutti, ma non contro il proprietario che potrà sempre rivendicare la cosa, almeno fino a che essa non è *usucapta*, però se la situazione è identica, vi si inserisce l'abbandono nossale fatto dal possessore alla parte lesa, la quale avrà la difesa dell'*exceptio* e della *Publiciana* contro tutti, ma non contro il *dominus*, e appunto per far valere contro costui il diritto derivante dal delitto commesso dallo schiavo, gli vien concessa l'*exceptio doli*.

<sup>(28)</sup> LEVY, op. cit. pag. 500; a torto però il LEVY nega per diritto classico l'ipotesi di *negotiorum gestio*: in realtà la situazione del creditore di fronte al debitore viene a delinarsi, come vedremo in seguito come quella di un gestore di negozii. Seguono l'interpretazione giustiniana, SCHMID, op. cit. pag. 115; BETTI, *Studii* cit. pag. 24.

<sup>(29)</sup> D. 46 3 53; h. t. 40.



Tutto ciò, per quanto riguarda il diritto classico, è da escludere; qui infatti l'ipotesi di *negotiorum gestio*, almeno nel senso sopra esposto, non può sorgere. Infatti il condannato con l'*actio in rem*, giusta la dizione di D. 6 1 46; ove Paolo, se anche intimamente pensava alla sola R. V., in realtà si riferiva a tutte le azioni reali<sup>(30)</sup>, pagando la somma fissata dall'*actor* coll'*jusiurandum in litem* acquista *statim* il *dominium*, anche se eventualmente l'*actor* non è il proprietario della cosa, ma soltanto il titolare di un *jus in re aliena*. Nè può farci meraviglia il fatto che in questo caso avvenga il trasferimento del dominio senza che sia stato interpellato, almeno ufficialmente il proprietario: questi, anzitutto non avrebbe avuto maggiori possibilità del creditore di fronte al possessore della cosa, in quanto che costui, come convenuto colla Serviana, si era rifiutato di restituirla al creditore, così anche avrebbe potuto opporre un identico rifiuto al debitore che lo convenisse con la R. V.; ed in secondo luogo, se egli stimava il valore del pegno perduto ad una somma molto superiore all'ammontare del debito, e gli era tolta dall'*exceptio rei venditae et traditae* la possibilità di conseguirla dal possessore, nulla gli impediva, previa esibizione della somma dovuta, di esperire la *pigneraticia in personam* contro il creditore, che, rispondendo per custodia, sarebbe stato costretto a pagargli l'effettivo valore del pegno<sup>(31)</sup>. In realtà l'ipotesi contemplata nei due testi in esame deve essere completata sotto l'aspetto processuale: è evidente infatti che il creditore, che sa di dover rispondere per custodia, e sa quindi di poter essere a sua volta contenuto dal debitore con la *pigneraticia in personam*, dovendo fissare mediante *jusiurandum in litem* il valore della *res*, si rivol-

<sup>(30)</sup> LEVY, op. cit. pag. 498.

<sup>(31)</sup> D. 13 7 9 3 (ULPIANO 28 *ad Edictum*): « *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio* »; cfr. anche h. 1. 5; D. 20 6 1 etc.

gerà logicamente al debitore invitandolo ad indicargli quale somma dovrà chiedere al convenuto, e, percepitala, ne tratterrà l'ammontare del debito, restituendo il residuo all'altro<sup>(32)</sup>, ed in tal modo, se questi accamperà successivamente nuove pretese, egli avrà come sicura difesa l'eccezione di dolo. Posto ciò, l'ipotesi di gestione di negozii fra *contumax* e debitore scompare, almeno per diritto classico, ma ne sorge un'altra, e cioè fra il creditore e il debitore, in quanto il primo, nel fissare e percepire la L. A., agisce in realtà per conto del secondo, tanto più poi che egli non ha, almeno per il momento alcuna facoltà di alienare la cosa, facoltà che sorgerà solo più tardi, se il debito alla scadenza non verrà pagato.

La suesposta esegesi trova conferma in un testo, che normalmente viene interpretato in un modo, a mio avviso, erroneo, D. 20 4 11 1 (MARCIANO L. *sing. ad form. hyp.*):

« *Si quoniam non restituebat rem pigneratam possessor condemnatus [ex praefatis modis]* <sup>(33)</sup> *litis aestimationem esolverit, an preinde secundo creditor teneatur, nec si soluta sit pecunia priori creditori quaeritur. Et recte puto hoc admittendum esse* » <sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> D. 13 7 4; h. t. 6 1; h. t. 22; h. t. 24 2, etc.

<sup>(33)</sup> L'inciso « *ex praefatis modis* » è notoriamente intp. (EISELE, Z. S. S. XIII pag. 37; LENEL, *Paling.* I col. 650 n. 2; SECKEL, *Heumann Handlexicon sub v. praefatus*; KALB, *Juristische Latein* pag. 70; per gli altri cfr. *Index h. l.*); per la sana intelligenza di questo testo occorre tener presente anche il *principium*: « *Creditor qui prior [hypothecam] <pignus> accepit, sive possidet eam et alius vindicet [hypothecaria] <pigneraticia> actione, exceptio priori utilis est « si non mihi ante pignoris [hypothecaeve] nomine sit obligata »; sive alio possidente prior creditor vindicet [hypothecaria] <pigneraticia> actione et ille excipiat « si non convenit ut sibi res sit obligata » hic in modum supra relatam replicabit. Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari et poterit [hypothecam] <pignus>, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem* ».

<sup>(34)</sup> La chiusa è sospettata di intp. dal LEVY (op. cit. pag. 500 n. 7), il quale ritiene che in questa frase venga negato il principio dell'acquisto della proprietà da parte del *contumax*, indizii di intp. sarebbero l'avverbio

Il creditore conviene con la Serviana il possessore della cosa, e ne percepisce la L. A.; si domanda se il creditore pignoratorio di grado successivo abbia a sua volta facoltà di convenire il possessore allo scopo di ottenere o la restituzione della cosa o la L. A.; Marciano risponde affermativamente <sup>(34)</sup>.

Per poter portare luce su questo testo, occorre anzitutto partire da un'ipotesi differente, ma connessa a quella qui contemplata, e cioè la vendita del pegno da parte del creditore. Ciò può avvenire o perchè, non essendo stato pagato alla scadenza, questi si è avvalso del suo *jus distrahendi*, o invece perchè è stato incaricato dal debitore di vendere la cosa. Le conseguenze di queste due diverse ipotesi sono diametralmente opposte: nel primo caso infatti la proprietà della cosa pignorata passa al terzo compratore libera di pesi, e gli eventuali creditori di grado posteriore non hanno alcuna possibilità di agire contro costui, ma soltanto il diritto di percepire, a totale e parziale estinzione del proprio credito, il residuo della somma ricavata dalla vendita <sup>(35)</sup>; nel secondo caso avviene invece l'opposto, poichè il venditore pignoratorio vendendo la cosa non esercita un proprio diritto che può anche non essere sorto, ma agisce in veste di un qualsiasi mandatario, e per conseguenza la proprietà della cosa viene trasmessa al compratore gravata da tutti i pesi già esistenti. Se noi applichiamo tutto ciò al testo in esame, apparirà chiaro che tutte le difficoltà che esso può presentare in ordine alla L. A. scompaiono: non avendo il creditore alcuna facoltà di avvalersi del suo *jus distrahendi*, sino a che non è scaduto il debito, e non è stato pagato, qualsiasi atto lecito di

recte, e la costruzione « *puto... admittendum* », per quest'ultima cfr. BESELER, *Beitr.* IV pag. 65.

<sup>(35)</sup> Cfr. C. VIII 19 1 (*Imp. Alexander, a. Athenioni a. 230*): « *Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest* ».

disposizione della cosa da lui compiuto prima di questo momento rivestirà la figura o del mandato, se vi è stato esplicito incarico del debitore, o, mancando ciò, della gestione di negozio. Se quindi, essendo la cosa in possesso di un terzo, egli esperisce contro di lui la *pigneraticia in rem*, e all'invito a restituire si sente opporre un rifiuto da parte del convenuto, poichè l'estrema conseguenza di tutto ciò è che la proprietà della cosa passerà dal debitore al *contumax*, ed il creditore non ha alcuna facoltà di alienarla, è logico che Marciano dichiari che questi, nel fissare mediante *jurandum in litem quanti ea res erit*, agisca non in funzione di un diritto che egli ancora non ha, ma in qualità di un gestore di negozii. In tal caso la cosa controversa passa sì in proprietà del *contumax*, ma gravata di tutti quei pesi che già gravano sul diritto del debitore, e quindi ne va logicamente dedotto che i creditori di grado posteriore non perdono il loro diritto all'azione <sup>(36)</sup>.

Configurata in tal modo la situazione processuale, ne deriva per logica conseguenza che il possessore, che è stato convenuto con l'*actio Serviana*, e che ha pagato la L. A. fissata apparentemente dal creditore, in realtà proprio dal debitore, acquisti l'*in bonis*, come se fosse stato convenuto non da un titolare di un *jus in re aliena*, ma dal proprietario stesso. Se quindi a sua volta il debitore volesse esperire la R. V., che, per non essere egli intervenuto ufficialmente nel giudizio, non è consumata, competerà al possessore la difesa dell'*in bonis*, e cioè l'*exceptio rei venditae et traditae*, così come essa compete a chi ha avuto tradita una cosa *a non domino*, ma per mandato del *dominus* <sup>(37)</sup>.

<sup>(36)</sup> Per le esegesi di questo testo cfr. le osservazioni in gran parte esatte dell'EBRARD, *Digestenfragmenten ad hyp. form.* pag. 138 e sgg.

<sup>(37)</sup> LEVY, op. cit. pag. 500; cfr. D. 21 3 1 2 (ULPIANO 76 ad *Edictum*): « *Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam, nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse ne traderetur, antequam praetium solvatur* ».

Le conclusioni cui siamo giunti attraverso l'esame di tutti questi testi trattanti di *actiones in rem* ci autorizzano ora a negare totalmente il valore che per opinione tradizionale veniva dato alla testimonianza di D. 6 1 46: infatti, se Paolo affermava che il *contumax*, col pagamento della L. A., acquistava il dominio sulla cosa, ciò può essere spiegato soltanto col fatto che egli acquistasse il *dominium ex jure Quiritium*, delle sole *res nec Mancipi*. Ed è da ritenersi quindi probabile che il testo in origine dicesse non « *eius rei* », ma « *nec Mancipi rei* »; i compilatori, che hanno sistematicamente eliminato qualsiasi accenno alla distinzione classica fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, sono intervenuti anche qui, togliendo via la limitazione iniziale, ed estendendo il principio dell'acquisto del dominio, ormai unico, ad ogni cosa <sup>(38)</sup>.

Resta ora da esaminare la teoria opposta, per la quale, il *contumax*, col pagamento della L. A., non soltanto non acquistava il *dominium*, ma neanche l'*in bonis*, e ciò perchè, come per il trasferimento della proprietà quiritaria, occorre determinate forme solenni, *mancipatio* o *in jure cessio*, così anche, per il trasferimento della proprietà bonitaria, occorre una *traditio*, che nell'ipotesi di *condemnatio pecuniaria* mancava.

Non occorrerà dilungarci nell'esame di questa costruzione quanto è stato necessario per l'altra: infatti dai testi che sono stati fino ad ora esaminati si può facilmente de-

---

Del tutto estranea a quella da noi esaminata è l'ipotesi configurata in D. 20 6 8 19 (MARCIANO, *l. sing. ad form. hyp.*): « *Si creditor hypothecaria usus a possessore litis aestimationem consecutus fuerit, et a debitore petat debitum, puto doli mali exceptionem ei obstaturam* ». È evidente che l'*exceptio doli* viene qui concessa al debitore, in quanto il pagamento della L. A. da parte del *contumax* come non ha consumato la R. V. spettante al debitore (essa viene infatti paralizzata mediante una *exceptio*), così non ha neanche consumato l'azione spettante al creditore contro il debitore e derivante dall'obbligazione principale.

<sup>(38)</sup> Cfr. LEVY, op. cit. pag. 500.

durre la sua fallacia, poichè essi dichiarano esplicitamente che il *contumax*, che ha pagato la L. A., acquista l'*in bonis*, oppure che è titolare dell'*actio Publiciana* e dell'*exceptio rei venditae et traditae*, ciò che ha il medesimo significato, dato che questi sono i mezzi giuridici creati dal pretore a difesa della proprietà bonitaria <sup>(39)</sup>.

Il Levy, che, malgrado gli accenni che già si notano in qualche altro autore <sup>(40)</sup>, ha dato per primo pieno svolgi-

---

<sup>(39)</sup> Naturalmente non è il caso di riprendere l'esame di questi testi sotto il nuovo aspetto; mi limiterò quindi, per quanto li riguarda, a brevi cenni: come è logico, pongo anche questa volta da parte D. 6 1 46, in quanto il principio qui contenuto è pienamente contestato dal LEVY, che ritiene il testo rimaneggiato dai compilatori (op. cit. pag. 684 n. 1; cfr. sopra pag. 6 e sgg.), presentano invece un interesse molto maggiore gli altri, la cui classicità non solo non è contestata, ma è anzi difesa dal LEVY, e cioè a) D. 41 4 2 21, (PAOLO 54 *ad Edictum*), ove viene detto che « *si litis aestimationem sufferre maluerim, causam possessionis mutari ei qui litis aestimationem sustulerit* » (cfr. supra pag. 9) il *contumax*, che aveva acquistato la cosa a non domino, e per conseguenza godeva già di una *iusta causa usucapionis pro emptore*, col pagamento della L. A., muta la *causa possessionis*, sorgendo una nuova *iusta causa usucapionis* derivante dal pagamento di *quanti in litem actor iuraverit*; b) D. 41 3 4 13 (PAOLO 54 *ad Edictum*), ove, pagata dal dominus la L. A. della cosa rivendicata, si afferma che sorga una *iusta causa usucapionis*, malgrado che la *res* sia *furtiva*, e non sia ritornata *corporaliter* nelle mani del dominus (anche qui è chiaro che la *iusta causa usucapionis* sorge col pagamento della L. A.); c) D. 47 2 85 (PAOLO 2 *ad Neratium*), ove per un identico caso gli effetti della L. A. sono dichiarati identici a quelli della vendita compiuta dal dominus in favore del *fur*; d) D. 41 4 1 (GAIO 6 *ad Edictum provinciale*), ove, nei riguardi della *hereditatis petitio*, viene stabilito che « *possessor qui litis aestimationem suffert pro emptore incipit possidere* ». In quanto agli altri testi sopra esaminati, ove viene concessa al *contumax* l'*actio Publiciana* e l'*exceptio rei venditae et traditae*, è preferibile per ora tenerli da parte, in quanto il LEVY nega che originariamente fosse concessa a costui una *Publiciana* diretta, ma bensì una utile, e lo stesso per l'eccezione, la quale sarebbe una *exceptio rei quasi venditae et traditae*.

<sup>(40)</sup> Cfr. n. 2; l'identità di pensiero fra il SAVIGNY e il LEVY è evidente, lo è meno invece quella fra questi e il BONFANTE, però, se quest'ultimo Autore ritiene che, per aver acquisto dell'*in bonis* da parte del convenuto, occorre un consenso sia pure larvato dell'attore, e non soltanto il semplice



mento alla dottrina ora in esame, partendo dal fatto che in un testo si domanda se possa venir concessa al *contumax* un' *actio quasi Publiciana*, ne deduce che l'azione spettante a costui in ogni caso non fosse altro che un'azione utile, l'unica Publiciana utile che appaia nelle fonti, e ciò perchè, non essendovi stata *traditio*, bensì espropriazione (*Enteignung*) dell'attore, non si è avuto trasferimento dell'*in bonis*.

Il testo è il seguente, D. 6 1 70 (Pomponio 29 ad Edictum):

« *Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare* » <sup>(41)</sup>.

Il testo, così come ci è pervenuto nella compilazione, privo di qualsiasi accenno all'azione cui esso si riferisce,

---

pagamento della L.A. compiuto dal convenuto allo scopo di non restituire la cosa, è evidente che questa concezione in ultima analisi porta a conclusioni identiche a quelle del LEVY, in quanto, ammesso da una parte l'ostinato rifiuto dell'attore a che la cosa resti nelle mani del convenuto, e dall'altra il non meno ostinato rifiuto del convenuto a restituirla all'attore, le conseguenze derivanti da una simile situazione non potrebbero essere altro che le seguenti: impossibilità da parte dell'attore di recuperare la cosa, in quanto tutta la struttura del processo romano vi si oppone, impossibilità d'altra parte del convenuto di acquistare l'*in bonis*, mancando qualsiasi consenso al trasferimento da parte dell'attore; però, siccome la R. V. contro il convenuto è consumata, questi, nel caso di ulteriore esperimento della azione da parte del *dominus*, avrebbe sempre a sua difesa l'*exceptio rei iudicatae*, e, in caso di perdita del possesso, la difesa interdittale.

<sup>(41)</sup>. Il testo nella compilazione è preceduto da D. 6 1 69 (PAOLO 13 ad Sabinum): « *Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum* ». Cfr. anche LENEL, *Paling. Pomponio* 740, col. 137; questo testo però non ha col nostro nulla a che vedere, poichè mentre D. 6 1 70 si riferisce ad una ipotesi di *contumacia*, (*comparare ab invito domino*), D. 6 1 69 si riferisce ad un'ipotesi di perdita dolosa del possesso, nel quale caso il convenuto doveva « *praestare litis aestimationem* », senza per questo acquistare l'*in bonis*, posto che la cosa non era nelle sue mani.

e senza alcun riallaccio a quelle che dovevano costituire le premesse della massima qui enunciata, presenta effettivamente non lievi difficoltà, al punto che molti critici trovandosi nell'impossibilità di inquadrarlo in uno dei due sistemi (trasferimento del dominio, o trasferimento dell'*in bonis*), sono ricorsi alla extrema ratio di sospettarlo di interpolazione, malgrado che esso tanto nella sostanza, quanto stilisticamente sia pure da qualsiasi menda. Si era così pensato che esso nell'originale suonasse « *nec Publicianam quidem actionem ei dandam placuit* », e che il *quasi* fosse stato inserito successivamente, e ciò in seguito non ad un'interpolazione operata a ragion veduta dai compilatori, che non potrebbe avere alcuna logica giustificazione, ma piuttosto ad un goffo glossema, o forse anche alla svista di un copista <sup>(42)</sup>.

Questa ipotesi può essere facilmente eliminata: anzitutto occorre stabilire con precisione a quale azione intendesse riferirsi Pomponio, se alla *rei vindictio*, come sembrerebbe dalla *sedes materiae* o a qualche altra <sup>(43)</sup>. In quanto alla R. V., essa può essere facilmente posta da parte, poichè, da quanto si è già potuto stabilire, il convenuto

---

<sup>(42)</sup> LENEL, *Edictum Perpetuum*<sup>3</sup> pag. 262, il quale dichiara il testo non immune da sospetti, senza però precisare quale sarebbe secondo lui la parte insitica. Secondo il SOLAZZI (*Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, B.I.D.R. 25 pag. 120), sarebbe into, il *quasi*; aderiscono a questa tesi l'ALBERTARIO (*Iustum praetium e iusta aestimatio, Studii in onore di Rottondi* B.I.D.R. 31 pag. 7), e il PEROZZA (*Istituzioni*<sup>2</sup> pag. 676 n. 1). Si tenga presente che l'uso del verbo *dare* può riferirsi ugualmente alla Publiciana diretta e ad una quasi Publiciana, in quanto anche la prima è un'azione utile (le espressioni *Publicianam dare* e *Publicianam competere* sono usate promiscuamente nel Digesto; cfr. per la prima D. 6 2 2; h. t. 3 1; h. t. 6; h. t. 7 pr.; 1; 5; 7; 9; 16; h. t. 9 pr.; h. t. 11 3; h. t. 12 2; 4; h. t. 13 1; h. t. 15; per la seconda h. t. 11 pr.; 1; h. t. 12 pr.).

<sup>(43)</sup> Naturalmente per *sedes materiae* intendo parlare di quella attuale nel Digesto, non di quella del libro XXIX *ad Sabinum* di Pomponio, ove si trattava *de iudiciis*, lasciando quindi adito a qualsiasi ipotesi rispetto all'azione cui il testo si riferiva.

con l'azione di rivendica, che, pur riconoscendo che la cosa sta fra le sue mani, si rifiuta di restituirla all'attore, è condannato a pagare non il valore della cosa stabilito dal giudice stesso, cioè, salvo minime variazioni, il suo valore effettivo <sup>(44)</sup>, ma il valore richiesto dall'attore, talvolta col solo vincolo molto problematico del giuramento, in quanto il giudice è in facoltà, ma non in obbligo di fissare una *taxatio*, cioè uno massimo che l'attore non possa oltrepassare. Ora, è evidente che di un convenuto posto in una simile condizione si può dire che abbia comprato la cosa *ab invito domino e per rapinam*, in quanto questi può aver sempre preferito a qualsiasi somma il ricupero dell'*eadem res*, ma non certo che l'abbia comprata *iusto praetio*, poichè si può ritenere per lo meno strano il caso che l'attore, con il solo vincolo del giuramento, sia stato così discreto da richiedere soltanto l'effettivo valore della cosa <sup>(45)</sup>.

<sup>(44)</sup> La condanna al pagamento al valore effettivo della cosa si aveva per l'*actio in rem* solo nel caso di perdita colposa del possesso (cfr. D. 6 1 21; h. t. 63; h. t. 68), ipotesi che in questo caso va esclusa, essendo in contrasto con la precisa dizione del testo, ove si parla dell'acquisto di una cosa (*rem comparare*), ciò che non potrebbe avvenire se questa non stesse nelle mani del convenuto, e di un acquisto avvenuto *per rapinam*, inammissibile ove il convenuto avesse perduto la cosa *culpa non fraude*.

<sup>(45)</sup> L'inciso « *iusto praetio* » è ritenuto interpolato dall'ALBERTARIO (op. cit. pag. 7), e dal KRUEGER (*Digesto* h. l.); ma ciò mi sembra sia avvenuto in base ad una incompleta valutazione del testo, e del valore che in esso ha questo inciso, poichè è facile dimostrare che il testo non si riferisce ad una azione mediante la quale il proprietario percepiva la L. A. fissata da lui stesso nel modo sopra descritto, ma invece di una azione ove il compito di determinare il valore della cosa era affidato al giudice, che condannava il convenuto a pagare « *non plus quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit* » (cfr. LEVY, Z. S. S. 43 pag. 534); la sua classicità, per lo meno sotto l'aspetto sostanziale, è del resto confermata dal confronto con D. 25 2 9 (PAOLO 37 *ad Edictum*): ove si trova stabilito che donna convenuta con l'*actio rerum amotarum* debba pagare la L. A. giurata, « *non enim aequum est invitum suo praetio res suas vendere* » (cfr. infra n. 70): Si può invece logicamente supporre che anche in D. 6 1 70 l'originale fosse, in luogo di « *iusto praetio* », « *suo praetio* », e che, o per

Eliminata in tal modo la R. V., ci rimane da identificare quale altra azione fosse quella contemplata nel testo in esame: posto il principio che tutte le azioni munite di clausola arbitraria di restituzione giungevano necessariamente o alla restituzione della cosa, oppure ad una L. A. operata dall'attore mediante *jusiurandum in litem* <sup>(46)</sup>, resta a priori escluso che l'azione in questione potesse essere una di queste; doveva quindi essere una azione che non desse luogo a *jusiurandum in litem*, e cioè una *condictio*. Limitato così il campo, resta ora da esaminare quale fosse la situazione del convenuto con una *condictio*, che

interpolazione, o, come è più probabile, per errore di copista, il testo sia stato modificato nel modo suddetto.

Quanto è detto sopra ci indica quale fosse la funzione dell'*jusiurandum in litem* nelle azioni munite di clausola arbitraria di restituzione: lasciando all'attore la facoltà di fissare egli stesso, con la massima libertà, il valore della cosa, che il convenuto non aveva voluto restituire, e della quale, per conseguenza, egli perdeva la proprietà, si puniva la contumacia o il dolo del possessore facendogli pagare una somma il cui ammontare superava di molto il valore effettivo della cosa, così che la L. A. fissata in tal modo veniva ad essere contemporaneamente il prezzo della cosa e la pena della contumacia. Cfr. D. 12 3 1 (ULPIANO 51 *ad Sabinum*): « *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest [ex contumacia non restituentis] per jusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei praetium* » (per l'interpolazione dell'inciso « *ex contumacia non restituentis* » cfr. BIONDI, *Actiones arbitrarie* pag. 114); h. t. 8 (MARCELLO 8 *Digestorum*): « *Tutor rem [adulti] <pupilli> quam possidet restituere non vult: quaero utrum quanti ea res est, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debet. Respondi: non est aequum praetio, id est quanti ea res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit [et arbitrium potius domini praetium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa]* ». Per le interpolazioni cfr. BIONDI, op. cit. pag. 198; BETTI, *Obbligazioni romane* pag. 114; SOLAZZI, *Arch. giur.* 65 pag. 148). È chiaro quindi che la somma pagata dal *contumax*, resta pur sempre *praetium rei*, ma il modo come la determinazione di questo prezzo è affidata all'attore è tale da costituire contemporaneamente la pena della sua contumacia.

<sup>(46)</sup> BETTI, *Studii* cit. 1 pag. 56; LEVY, Z. S. S. 36 pag. 66 e sgg.; 42 pag. 387 e sgg.

avesse pagato la L. A. fissata dal giudice. Essa ci è indicata con molta chiarezza da un testo trattante della *condictio ex causa furtiva*, D. 47 2 9 1 (POMPONIO 16 ad *Sabinum*):

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

Il proprietario della *res furtiva* può agire contro il *fur* con la *rei vindicatio* o con la *condictio ex causa furtiva*; il giurista esamina ambedue le ipotesi nei riguardi della consunzione processuale: questa non si verifica *ipso jure* nè nell'uno, nè nell'altro caso, ma soltanto *officio iudicis* <sup>(47)</sup>, infatti nel caso di precedente esperimento della R. V., il giudice, *qui de proprietate cognoscit*, prima di invitare il convenuto a restituire, dovrà intimare all'attore di *remittere conductionem*, e solo successivamente invitarlo a fissare la somma che intende richiedere; più complesso è il secondo caso, quando cioè il *reus ex conductione ante damnatus* viene successivamente convenuto con la R. V., poichè il giudice dovrà o respingere la domanda dell'attore, o, *quod magis placet*, invitarlo a restituire quanto ha già percepito con la *condictio ex causa furtiva*, e solo successivamente condannare il convenuto a pagare *quanti in litem actor iuraverit*.

Il testo non è privo di mende <sup>(48)</sup>, ma non credo che

<sup>(47)</sup> LEVY, *Konkurrenz*, II pag. 90 e sgg.

<sup>(48)</sup> Gli indizi di interpolazione sono numerosi: *omnimodo*, espressione tipicamente compilatoria; l'inciso « *nisi restituetur ei homo* » che non combacia con la fattispecie, ove si parla di una *res* in genere (*sed si eam a jure vindicasset*; cfr. anche il pr.); *restituetur*, in luogo di *restit-*

si siano molto accostati alla verità quei critici, che fino ad ora lo hanno fatto oggetto del loro esame. Secondo il PETERS <sup>(49)</sup> e il SIBER <sup>(50)</sup>, esso sarebbe classico, salvo l'inciso « *aut omnimodo* », sino ad *absolvat reum*, così che tutta l'ultima parte, con la quale si dà al proprietario facoltà di « *aestimationem restituere* », sarebbe compilatoria; secondo il LEVY <sup>(51)</sup>, sarebbe invece compilatorio l'inciso « *aut omnimodo* », e il secondo *aut*, che egli sostituisce con un *sed*, mantenendo, salvo qualche lieve ritocco, tutto il resto della chiusa <sup>(52)</sup>.

E' facile dimostrare come nessuna di queste ricostruzioni possa essere accolta. Contro la prima di esse si può

—————  
*tueretur* (che però potrebbe anche essere stato prodotto da un errore di copista); la sconcordanza « *absolvit... esset* ».

<sup>(49)</sup> PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, Z. S. S. 32 pag. 296 n. 3; secondo il FABRO, *Rationalia ad fragm.* 9 D. 12 3; *Coniecturae* XVI c. 12; il testo sarebbe interamente intp. da « *sed potest dici* » in poi; cfr. contro PETERS, op. e pag. cit.

<sup>(50)</sup> SIBER, *Passivlegitimation* pag. 143.

<sup>(51)</sup> LEVY, Z. S. S. 42 pag. 489 e sgg.; *Konkurrenz*, II pag. 90 e sgg.; secondo questo A. la chiusa del testo sarebbe da ricostruire nel seguente modo: « ... *aut absolvat reum, <sed> si paratus esset petitor aestimationem <a possessore sublatam?> restituere, nec restitue<re>tur ei homo, quanti...* ».

<sup>(52)</sup> Cfr. anche la complicatissima ricostruzione del BETTI (*Studii* cit. I pag. 44): « *Sed si eam a jure vindicasset condictio mihi manebit. Sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri ut non aliter iubeat [restitui] <furem litis aestimationem sufferre> quam si conductionem <ei> petitor remitteret: quod si ex conductione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, <officio eiusdem iudicis continetur> ut aut omnimodo absolvat reum <nisi petitor acceptam litis aestimationem restituat> aut [(quod magis placet)] si paratus esset petitor litis aestimationem restituere, nec restitue<re>tur ei homo, quanti in litem iurasset damnaretur ei possessor* ». Il difetto di questa ricostruzione sta principalmente nell'assoluta inutilità di molti dei ritocchi apportati al testo: per es. *furem litis aestimationem sufferre*, in luogo di *restitui* (la *remissio actionis* doveva però avvenire prima che il giudice invitasse il convenuto a restituire la cosa); la frase « *nisi restituat* » con la quale si anticipa la chiusa; sostanzialmente essa corrisponde a quella del LEVY.

opporre anzitutto un principio di equità: non è infatti ammissibile che il proprietario della cosa, per il solo fatto che ha agito con l'una piuttosto che con l'altra delle azioni poste a sua disposizione, debba perdere la disponibilità della cosa, senza poter ottenere quanto gli sarebbe stato possibile con l'altra <sup>(53)</sup>; in secondo luogo la frase « *aut omnimodo absolvat reum* », non può essere classica, poichè con essa si verrebbe ad ammettere una consunzione processuale *ipso jure* della R. V., che invece va esclusa; ed infine il testo, benchè così ridotto, guadagnerebbe ben poco nei riguardi dello stile, in quanto che la frase « *quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut absolvat reum...* », colla ripetizione « *reus... reum* » non può essere attribuita ad un giurista le cui doti di puro ed elegante stilista sono ben note, quale era Pomponio <sup>(54)</sup>.

Osservazioni più o meno simili possono farsi nei riguardi della ricostruzione del LEVY: anche qui la ripetizione « *reus... reum* » lascia adito al sospetto che l'originale di Pomponio fosse alquanto diverso da quello supposto dal citato A.; così anche va respinta la possibilità di una consunzione processuale *ipso jure*, quale sarebbe quella che si può ricavare dalla frase « *aut absolvat reum* », in quanto il LEVY stesso ha potuto ampiamente dimostrare <sup>(55)</sup>, che fra R. V. e *condictio ex causa furtiva* non vi è consunzione processuale *ipso jure*, ma solamente *officio iudicis*; infine, se è possibile supporre un errore di copista nella costruzione « *nec restituetur* », in luogo di « *nec restitu-*

<sup>(53)</sup> D. 13 1 3 (PAOLO 9 *ad Sabinum*): « *Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in conditionem certum est quod intersit agentis* ».

<sup>(54)</sup> KRUEGER, *Geschichte der Rechtsquellen* pag. 177; il diverso giudizio del KALB (*Röm. Juristen* pag. 63) è dovuto al fatto che il testo maggiormente tenuto presente dal cit. A., D. 1 2 2, il ben noto riassunto della storia del diritto romano, il cui stile non è privo di mende, è stato ampiamente rimaneggiato dai compilatori.

<sup>(55)</sup> LEVY, *Konkurrenz*. II pag. 90; Z. S. S. 42 pag. 487 e sgg.

*retur* », questa possibilità va esclusa per il contrasto fra la *res* di cui si parla nella fattispecie, e l'*homo* che interviene invece nella chiusa, dando così largo adito al sospetto che l'inciso « *nec... homo* » sia interpolato.

Io ritengo che la più probabile ricostruzione sia la seguente: « *... quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut, si paratus esset petitor aestimationem restituere, quanti in litem actor iurasset, damnaretur ei possessor* ».

Questa ricostruzione presenta per lo meno i seguenti vantaggi: a) eliminando anzitutto la frase « *aut absolvat reum* », elimina l'accento ad una consunzione processuale *ipso jure*, che in realtà non si aveva; b) elimina la cacofonia « *reus... reum* » ben poco probabile in un testo di Pomponio; c) elimina inoltre anche la strana costruzione « *aut absolvat reum... damnaretur ei possessor* », ove l'ingiustificato cambiamento sia di tempo, sia di qualifica del convenuto rende molto probabile un ampio intervento dei compilatori <sup>(56)</sup>; d) elimina infine gli incisi « *quod magis placet* » e « *nec restituetur ei homo* », dei quali il primo è una costruzione tipicamente compilatoria <sup>(57)</sup>, ed il secondo in pieno contrasto con le premesse dà adito al sospetto di un posteriore rimaneggiamento.

Ammessa questa ricostruzione, le conclusioni che se ne possono ricavare sono evidenti <sup>(58)</sup>: se il convenuto con la

<sup>(56)</sup> Ciò non può dirsi per il primo dei due *reus*, in quanto questo si riferisce al primo giudizio e non al secondo, come l'altro; l'espressione *possessor*, nei riguardi di un convenuto con la R. V., è naturalmente la più adatta, ciò che non potrebbe invece dirsi per una *condictio*.

<sup>(57)</sup> Per questa costruzione cfr. BESELER, Z. S. S. 45 pag. 471; *Beitr.* IV pag. 3; ALBERTARIO, *Studii dell'univ. di Pavia* VI (1921) pag. 109 n. 1; GUARNIERI CITATI, *Indice sub v. magis e placet*.

<sup>(58)</sup> Bisogna però precisare che anche secondo la redazione pervenuta le conclusioni, cui si dovrebbe giungere, non sono molto diverse: infatti, ammessa la facoltà dell'attore di restituire la L. A. già percepita mediante la C. F., è evidente che la frase « *absolvat reum* » dovrà riferirsi



R. V. può ottenere dal giudice che l'attore, prima di giurare *in litem*, gli rimetta la C. F., tale possibilità va esclusa se il proprietario ha agito con la C. F., e la ragione di ciò viene indicata all'evidenza proprio da D. 6 1 70, ove vien detto infatti che il *fur* convenuto (con la *condictio*) è condannato a pagare non *quanti in litem actor iuraverit*, ma l'effettivo valore della cosa, e che per conseguenza non vi è trasferimento a suo favore della proprietà bonitaria.

In tal modo le due decisioni contenute in D. 47 2 9 1 e in D. 6 1 70 si completano a vicenda: stabilito che il pagamento della L. A. nella C. F. non trasferisce l'*in bonis*, e ciò perchè non vi è stato *jusiurandum in litem* se ne deve dedurre per necessaria conseguenza che il *reus*, in caso di successiva perdita del possesso, non potrà esperire l'*actio Publiciana*, che è la difesa che compete al titolare di un diritto che egli non ha. Il giurista poi, che in base a questa constatazione aveva escluso la possibilità di una azione diretta, si era successivamente domandato se, in luogo di questa, gli si potesse concedere una Publiciana utile (quasi Publiciana) <sup>(59)</sup>, esclude anche questa possibilità, non essendo giusto che « *in potestatem cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare* » <sup>(60)</sup>.

---

al caso che il proprietario si sia rifiutato di « *aestimationem restituere* », con che il *fur*, condannato con la R. V., non si difenderà con l'*exceptio rei venditae et traditae*, che non gli può competere, non avendo acquistato l'*in bonis*, ma con l'*exceptio doli*, poichè può ben dirsi in dolo il proprietario che, avendo già percepito con la C. F. il valore della cosa, cerchi ora di percepirlo una seconda volta con la R. V.

<sup>(59)</sup> Si può anche facilmente stabilire quale fosse l'azione utile cui Pomponio pensava: posta l'impossibilità di concedere al convenuto con la C. F.; l'*actio Publiciana*, in quanto il pagamento della cosa conferiva l'*in bonis*, la formula della azione utile che gli si sarebbe potuto concedere avrebbe dovuto contenere nella sua *intentio* una fictio « *ac si in bonis A. i A. i esset* ».

<sup>(60)</sup> Altro indizio da cui ricavare che l'azione di cui a D. 6 1 70 era una *condictio* ci è dato dall'inciso « *iusto praetio* », in quanto appunto il condannato con la C. F. pagava l'*iustum praetium* della cosa, così che que-

Accolta questa esegesi, cade quell'argomento che può dirsi la chiave di volta della teoria del LEVY: anche ammesso che il pagamento della L. A. produca una espropriazione dell'attore, e che in essa manchino gli estremi della *traditio*, punto che esamineremo in seguito, resta sin da ora stabilito che la quasi Publiciana negata in D. 6 1 70 non al convenuto qui *dolo desinit possidere*, come sembrerebbe dalla posizione del frammento nel Digesto, ma al convenuto con la *condictio furtiva* che ha pagato la L. A. fissata dal giudice in base al *iustum praetium*, nulla ha a che vedere con l'azione concessa al convenuto con R. V. che è stato condannato a pagare *quanti in litem actor iuraverit*, così da restar esclusa qualsiasi antinomia fra D. 6 1 70 e D. 6 2 7 1, poichè la quasi Publiciana negata nel primo è estranea alla Publiciana concessa nel secondo, e identicamente è da escludere che l'espressione *Publicianam competere*, che si nota in questo secondo testo, sia, come opina il LEVY <sup>(61)</sup>, una espressione abbreviata di una originaria *quasi Publicianam*.

II) Il principio della spettanza della proprietà bonitaria e soltanto di questa al convenuto con un'azione *in rem*, che abbia pagato la L. A., può venir esteso dalle azioni reali a quelle personali.

Naturalmente perchè una azione personale derivante da contratto o da delitto possa interessare la nostra ricerca, occorre che il convenuto con questa azione detenga in base

---

sta espressione assolutamente inesatta attribuita alla R. V., diventa logica per la C. F.; cade così ogni ragione per ritenere intp. almeno sostanzialmente questo inciso, come opina l'ALBERTARIO (cfr. n. 45). Si potrebbe anche tentare di ricostruire approssimativamente quella parte del ragionamento di Pomponio che a noi non è pervenuta: « *Si quis ex conditione damnatus litis aestimationem sustulerit, si postea rem amiserit, Publicianam non habet, quia in bonis eius res non est, nec quasi Publicianam quidem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare* ».

<sup>(61)</sup> LEVY, op. cit. ag. 485 n. 2.

al contratto o al delitto una cosa di proprietà dell'attore (così per es. nelle *actiones depositi, commodati, locati, pigneraticia in personam*, per le prime; *rerum amotarum* per le seconde), nel qual caso il rifiuto di restituire la cosa opposto dal convenuto produce, di fronte alla pretesa dell'attore, le medesime conseguenze che avrebbe prodotto se egli fosse stato convenuto con la R. V. o con altra azione *in rem*, e cioè il diritto dell'attore di fissare mediante *iusiurandum in litem* il valore della cosa <sup>(62)</sup>.

Di fronte alla *condemnatio pecuniaria* le *actiones in personam* presentano una particolare caratteristica: mentre nella R. V. e nelle altre azioni *in rem* il convenuto già possiede in buona o in mala fede la cosa, nelle azioni *in personam* egli non è altro che un mero detentore <sup>(63)</sup>, cosicché

<sup>(62)</sup> D. 13 6 2 1 (ULPIANO 28 *ad Edictum*): « *In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur...* »; per il comodatato; D. 16 3 1 26 (ULPIANO 30 *ad Edictum*): « *In depositi quoque actione in litem iuratur* » per il deposito; D. 25 2 8 1 (POMPONIO 16 *ad Sabinum*): « *Sabinus ait, si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari deberi quanti in litem vir iurasset* » h. t. 9; (PAOLO 37 *ad Edictum*): « *(non enim aequum est invitum suo praetio res suas vendere)* » per l'actio rerum amotarum; per l'ipotesi di locazione conduzione cfr. D. 19 2 48 1 (MARCELLO 8 *Digestorum*): « *Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit damnabitur* ». Secondo il LENEL (*Paling. Marcello* 114 1 col. 607; cfr. anche BETTI, *Studii* cit. 1 pag. 62), il testo si riferirebbe non all'actio locati, ma all'actio furti, che il giurista riteneva si dovesse esperire a locazione finita. In realtà manca ogni indizio da cui ricavare tutto ciò: se nel libro VIII *Digestorum* Marcello tratta effettivamente dell'actio furti, non è lecito dedurre da ciò che il par. 1 del frammento 48 si riferisse a materia diversa da quella trattata nel *principium*, che, pur essendo anch'esso ricavato dallo stesso l. VIII, tratta dell'actio locati (« *Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram, constabit habere me ex locato actionem* »); sembra invece più logica l'ipotesi che ambedue i par. trovassero la loro sede nella prima parte del l. VIII, ove si trattava del *iudicium tutelae*, e che si riferissero, assieme a D. 21 2 61, all'actio locati.

<sup>(63)</sup> Cfr. D. 41 2 3 20; RICCOBONO, *Tradictio ficta*, Z. S. S. 34 pag. 188 n. 3.

la *pronunciatio* del giudice ha come effetto la trasformazione di un *detinere* in un *possidere* <sup>(64)</sup>.

Contrariamente a quanto si verifica per la R. V., ove si è potuto trovare una documentazione testuale notevolmente ricca, malgrado l'opera dei compilatori, per le azioni personali derivanti sia da contratto sia da delitto essa è molto più ristretta, riducendosi per le prime a soli due testi, e cioè per il comodatato D. 13 6 5 1 (ULPIANO 28 *ad Edictum*), e per il deposito D. 16 3 30 (NERAZIO 1 *Responsorum*):

« *Si quis hac actione egerit et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit* ».

« *Si fideiussor pro te apud quem depositum est litis aestimationem damnatus est, rem tuam fieri* ».

fondamentale della nostra ricerca, se cioè, col pagamento della L. A. da parte del convenuto con l'azione contrattuale trasferisce la proprietà della cosa al commodatario o depositario, avvenendo ciò sia se la L. A. è stata pagata da costui, sia se da un suo fideiussore. Le espressioni generiche usate nei due testi (*rem tuam fieri, rem offerentis facit*) <sup>(65)</sup> ci danno ben poco lume su quello che è il punto fondamentale della nostra ricerca, se cioè, col pagamento della L. A., il commodatario o depositario della cosa da meri detentori diventino addirittura *domini ex jure Quiritium* della cosa <sup>(66)</sup>, o soltanto proprietari *bonitarii*. Posto ciò, se si vuole giungere ad un risultato più concreto, oc-

<sup>(64)</sup> LEVY, op. cit. pag. 499 e n. 2 e 3.

<sup>(65)</sup> *Meum* per indicare la proprietà bonitaria, è usato ampiamente anche fuori dalla compilazione, cfr. per es. GAI I 167: « *... unde si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea...* »; II 41: « *Nam si tibi rem mancipi neque mancipaverit neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucipias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse...* ».

<sup>(66)</sup> Tale è per es. l'interpretazione del SIBER, *Passivlegitimation*, pag. 140.

corre prendere altra via, la quale ci è data da quanto è stabilito in D. 41 1 9 5 (GAIO 2 *Rerum cottidianarum*) e da D. 41 3 33 1 (GIULIANO 44 *Digestorum*):

« *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi locavi aut commodavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen quod patior eam ex causa emptionis apud te esse tuam efficio* ».

« ... *Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eumdem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutare. Idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse* ».

Stiamo sul campo della *traditio brevi manu*: la *traditio* cioè compiuta mediante la trasformazione dello stato d'animo fra le parti, nel senso che chi prima deteneva la cosa a nome di altri comincii ora, consenziente la controparte, a possederla come propria <sup>(67)</sup>; in tal modo, se la *res* è *nec Mancipi*, il conduttore, commodatario, depositario etc. della cosa ne acquisterà la proprietà, se invece questa è *Mancipi*, come per es. nel caso contemplato nel secondo dei due testi (*si quis emerit fundum*), si limiterà ad acquistarne l'*in bonis*, e *incipiet pro emptore possidere* <sup>(68)</sup>.

Se si applica tutto ciò alla L. A., non si può negare che anche qui noi abbiamo un proprietario della cosa che buono o malgrado è costretto a rinunciarvi, in cambio di una certa quantità di denaro da lui stesso fissata, ed un detentore della cosa che, col pagamento della somma fissata dall'attore, ne acquista la proprietà: è evidente quindi il pa-

<sup>(67)</sup> ARANGIO RUIZ, *Istituzioni* pag. 186.

<sup>(68)</sup> Cfr. RICCOBONO, *Traditio ficta* Z. S. S. 34 pag. 188 n. 3; LEVY, op. cit. pag. 499; cfr. anche BONFANTE, *Sul cosiddetto dominio bonitario*, Scr. Giur. varii 11 pag. 377 e sgg., specie circa l'uso di *possessio* per indicare la proprietà bonitaria.

rallelismo fra i due casi, così che non potrà sembrare azzardato l'affermare che le espressioni « *rem tuam fieri* » è « *rem offerentis facit* » di D. 13 6 5 1 e di D. 16 3 30 debbano sì intendersi nel senso si acquisto della proprietà, ma solo nei riguardi di una *res nec Mancipi*, poichè nel caso opposto si avrebbe avuto soltanto una *iusta causa usucapionis pro emptore*, così come è disposto in D. 41 3 33 1 per un caso di *traditio di res Mancipi* <sup>(69)</sup>.

In quanto alle azioni personali derivanti da delitto, bisogna anzitutto escludere dal nostro campo di ricerca quelle azioni penali con le quali *poenam tantum persequimur* (come per es. l'*actio furti*), e che non escludono così la possibilità di esperire successivamente altre azioni (R. V. o *condictio ex causa furtiva*), come pure quelle azioni che presuppongono la distruzione della cosa (*actio legis Aquiliae ex capite primo*), o il deterioramento di cosa che è poi rimasta nelle mani dell'attore (*actio legis Aquiliae ex capite tertio*).

Ristretto così il campo di ricerca, possiamo passare all'esame dei testi riguardanti queste azioni: anche qui la casistica è molto limitata, ma in compenso dati di importanza fondamentale ci sono offerti da un testo trattante dell'*actio rerum amotarum* <sup>(70)</sup>, D. 25 2 22 pr. (GIULIANO 19 *Digestorum*):

<sup>(69)</sup> Nello stesso senso va interpretato anche D. 41 2 3 20 (PAOLO 54 *ad Edictum*): « *Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutari, qui ne possidebam quidem* » che normalmente viene invece interpretato nel senso che il commodante e depositante non fosse proprietario della cosa, ma che va in realtà inteso nel senso da noi esposto, cioè di una *nuda traditio di res Mancipi* (LEVY, op. cit. pag. 499 n. 3).

<sup>(70)</sup> Alla L. A. nell'*actio rerum amotarum* si riferiscono anche D. 25 2 8 1 (POMPONIO 16 *ad Sabinum*): « *Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset* » h. t. 9 (PAOLO 37 *ed Edictum*): « *non enim aequum est invitum suo praetio res suas vendere* ». Secondo il PAMPALONI (*Di alcune azioni attinenti il delitto di*

« *Si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? Movit me quia dolo adquisiit possessionem. Respondi: qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est. Ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est* ».

Il marito, disciolto mediante divorzio il matrimonio, ha agito *propter res amotas* contro la donna: come si sa, questa azione teneva, nei rapporti fra i coniugi, il luogo dell'*actio furti*, la cui esperibilità, in base ai principii dell'*honor matrimonii* <sup>(71)</sup>, non era ammessa. La donna condannata ha pagato la L. A., e, avendo successivamente perduto il possesso della cosa, si domanda *an ei actio danda est*. Appare anche chiaro che l'interrogante sarebbe favorevole ad una risposta negativa, in base alla constatazione che la donna *dolo adquisiit possessionem*. Questa difficoltà

---

*furto*, *Studii Senesi* XVII pag. 161 n. 48), i due testi in origine trattavano della *condictio ex causa furtiva*. La caducità di questa ipotesi è per noi già evidente, in quanto la testimonianza di D. 47 2 9 1 e di D. 6 1 70 ci ha permesso di escludere l'acquisto della proprietà da parte del convenuto con questa azione, appunto perchè in essa la L. A. non veniva operata mediante *juriurandum in litem*. Le massime « *non enim... vendere* » di D. 25 2 9 e « *ne in potestate... comparare* » di D. 6 1 70 coincidono sì, ma per giungere a risultati opposti: condanna in base alla somma fissata con *juriurandum in litem* dall'attore e conseguente acquisto del possesso *ad usucapionem* da parte del convenuto nella prima, condanna in base a *quanti adversarii interest* senza alcun diritto alla Publiciana nella seconda.

(71) h. t. 2 (GAIO ... *ad edictum praetoris sub tit. de re iudicata*): « *Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur* ». Cfr. però ZANZUCCHI (*Il divieto delle azioni famose e la reverentia fra i coniugi*, R. I. S. G. 42 pag. 7 e sgg; 47 pag. 3 e sgg.), secondo il quale A. questa motivazione sarebbe giustiniana, mentre in diritto classico l'*actio furti* era possibile contro il marito, e l'*actio rerum amotarum* contro la donna era una sopravvivenza dell'antico matrimonio *cum manu*, nel quale il furto da parte della donna era escluso, diventando essa *filia familias*.

viene eliminata dal giurista, il quale risponde che « *qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est* », e che per conseguenza l'origine furtiva della cosa è sanata. Resta però da chiarire quale sia la situazione della donna. Secondo la teoria, che, dal suo più energico assertore, potremmo chiamare del SIBER, essa già avrebbe acquistato il *dominium ex J. Q.*, secondo il LEVY, essa invece non dovrebbe avere neanche l'*in bonis*. In realtà il giurista dà torto a tutti e due, in quanto egli riconosce sì che chi ha pagato la L. A. va ritenuto *emptoris loco*, e che questa massima vale non soltanto per le azioni reali, ma anche per quelle personali, ma, pur ammettendo il trapasso della proprietà dall'uno all'altro coniuge, nega implicitamente l'acquisto del *dominium ex J. Q.*, ciò che ci risulta da dati indiscutibili: infatti il giurista si prospetta due ipotesi, e cioè a) che il marito, dopo aver intentato l'*actio rerum amotarum* e conseguito in tal modo la L. A., abbia esperito la R. V.; b) che la donna, dopo aver pagato la L. A., abbia perduto il possesso. Nel primo caso, occorrerà darle un mezzo di difesa contro la pretesa del marito, nel secondo invece un'azione, ed in tal modo il giurista stabilisce che essa *adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet*, e che, *si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est*. È evidente che questa *exceptio* non può essere altra che l'*exceptio rei venditae et traditae*, che abbiamo già vista concessa al convenuto con l'*actio Serviana*, che ha pagato la L. A., contro la R. V. intentata dal debitore; in quanto poi all'*actio in rem* che le deve esser concessa, è anche facile determinare quale essa sia: non certo la R. V., della quale noi sappiamo che non *datur*, ma *competit*, ma invece proprio la Publiciana che abbiamo vista concessa negli altri casi, poichè di questa azione, nella sua qualità di *rei vindicatio utilis*,



si può ben dire che *datur* al titolare dell'*in bonis*, in quanto gli viene concessa dal pretore <sup>(72)</sup>.

La classicità di questo testo, sia sotto l'aspetto formale, sia sotto quello sostanziale, è stata negata dal PAMPALONI <sup>(73)</sup>, il quale ha tentato di dimostrare che esso, nell'originale giuliano, si riferisce alla *condictio ex causa furtiva*. L'inattendibilità di questa ipotesi può essere facilmente dimostrata in base alla constatazione che qui ci risulta che la donna ha pagato la L. A. fissata mediante *jusiurandum in litem*, mentre noi sappiamo che per la *condictio ex causa furtiva* la L. A. era determinata dal giudice, e che inoltre in questo testo viene concessa alla donna che ha pagato la L. A. una eccezione *adversus dominum*

(72) Si noti però che per l'*actio Publiciana* le due espressioni *dare* e *competere* sono usate indifferentemente (cfr. n. 42), ciò non deve fare impressione trattandosi di un'azione utile edittale, per la quale un tale uso, anche per diritto classico, era possibile: non lo sarebbe stato invece la dizione « *in rem actionem dare* » riferito alla R. V., azione che non può altro che competere. Cfr. intorno a questo testo LEVY, op. cit. pag. 499, il quale però erroneamente pensa ad una *Publiciana* utile. Il SIBER (*Passivlegitimation* pag. 142 e 143), dinanzi alla precisa dizione « *actionem dare* », è costretto a rinunciare al principio del trasferimento del dominio, almeno limitatamente alle sole azioni penali, e di lì a quelle *in personam*, in contrasto con quanto aveva prima asserito (op. cit. pag. 130), che cioè per le *actiones depositi* e *commodati*, anch'esse *in personam*, si aveva trasferimento.

(73) PAMPALONI, op. cit. pag. 161, che ricostruisce il frammento: « *Si condictione furtiva propter res amotas egero cum muliere... ideo si mulier cum qua amotarum actum est...* »; cfr. contro ZANZUCCHI, op. cit. pag. 45 e 46: i testi in cui l'*actio rerum amotarum* è considerata come una *condictio* sono tutti notoriamente intp. (D. 25 2 21 5; SAVIGNY, *System* V pag. 616; ZANZUCCHI, op. cit. pag. 53 n. 5; DE FRANCISCI, *Actiones poenales* pag. 80 n. 1; BIONDI, *Actiones arbitrarie* pag. 112; D. 25 2 26, oltre i già cit. FABRO, *De erroribus* LXXIX 7, 8, 9; LENEL, *Edictum perpetuum* 3 pag. 308; RICOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Ann. Palermo III, IV pag. 603; D. 25 2 29, PAMPALONI e ZANZUCCHI, opp. cit.).

*vindicantem*, mentre invece in D. 47 2 9 1 si è visto che il *fur qui ex condicione ante damnatus litis aestimationem sustulerit* poteva ancora essere convenuto con la R. V. <sup>(74)</sup>.

(74) Il proprietario, l'erede o il legatario della cosa, prima di esperire le azioni *in rem* poste a loro disposizione, potevano, allo scopo di riconoscere l'oggetto, chiederne l'esibizione da chi lo deteneva, mediante l'*actio ad exhibendum* e gli interdetti esibitorii e restitutorii. Esperita l'azione, l'attore poteva, nel caso che il convenuto restasse *contumax*, lasciar cadere l'azione *ad exhibendum* e esperire in suo luogo la R. V., ma poteva anche portare questa sino alla *condemnatio*, ed in tal caso il giudice doveva condannare il convenuto a quanto l'attore aveva fissato mediante *jusiurandum in litem* (cfr. D. 10 4 5 2, ULPiano 24 *ad Edictum*: « *Item Julianus scribit emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuraverit: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat* »), col quale si abbracciava l'interesse dell'attore non soltanto all'esibizione, ma anche alla restituzione della cosa. Per conseguenza la R. V. non era più esperibile (cfr. D. 10 4 5 1, cfr. anche SIBER, op. cit. pag. 147) e, dato il parallelismo fra le due azioni, vi è anche qui da pensare che vi sia stato trapasso della proprietà bonitaria a favore del *contumax*. I testi però, relativamente numerosi per quanto riguarda l'*jusiurandum in litem* (D. 12 3 2, PAOLO 13 *ad Sabinum*: « *Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur... cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor* »). Cfr. anche h. t. 5 pr.; h. t. 2; h. l. 3; h. t. 10), non forniscono invece alcun dato per quanto riguarda più strettamente la nostra ricerca, e cioè se, col pagamento della L. A. vi sia trapasso della proprietà quiritaria, o della bonitaria, o neanche di questa (cfr. D. 43 5 3 15, ULPiano 68 *ad Edictum*).

---

---

## PERDITA DEL POSSESSO.

Al caso di un convenuto che, pur riconoscendo di aver la cosa fra le sue mani, si rifiuti di restituirla all'attore, fa riscontro il caso di un convenuto che dichiari invece di non possedere più la cosa, e di non essere quindi più in grado di dare esecuzione all'ordine di restituzione emanato dal giudice. Una simile dichiarazione pone il giudice nella necessità di indagare sul precedente contegno di costui, vagliando le circostanze in seguito alle quali si è avuta la perdita del possesso, allo scopo di accertare se questa è dovuta ad un evento fortuito ed inevitabile, o invece a dolo o colpa del convenuto.

Nel caso di perdita fortuita della cosa, se questa passa nelle mani di un terzo, il primo possessore cessa di essere legittimato passivamente, in quanto l'azione dovrà essere sperimentata contro il nuovo <sup>(75)</sup>; per conseguenza

---

<sup>(75)</sup> D. 6 1 27 1 (PAOLO 21 *ad Edictum*): « *Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, quum autem res iudicatur, sine dolo malo aut culpa amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur possedit, probanda est Proculi sententia ut omnimodo condemnetur...* ». Naturalmente il principio della irresponsabilità del convenuto in tutti quei casi in cui la perdita della cosa era avvenuta *sine dolo malo aut culpa possessoris*, trovava un'eccezione nei casi in cui il convenuto era tenuto a *praestare custodiam*, in quanto il furto o la perdita altrimenti avvenuta della cosa non poteva costituire per lui una circostanza escusante (sempre nei limiti del *damnum fatale*); egualmente avveniva nel caso, che però, per ovvii motivi, non in-

il problema della *condemnatio pecuniaria* e del conseguente acquisto del possesso da parte del *contumax* si esclude nei riguardi del primo possessore; lo stesso può dirsi nel caso che la cosa sia andata distrutta *sine dolo malo aut culpa possessoris*, poichè anche qui, oltre al fatto che normalmente la responsabilità del convenuto viene negata <sup>(76)</sup>, il fatto stesso della distruzione della cosa rende *a priori* impossibile un'indagine sull'eventuale acquisto della proprietà da parte del convenuto.

Rimangono così da esaminare le ipotesi di perdita della cosa in seguito a circostanze imputabili a colpa o a dolo del convenuto. Il testo fondamentale in materia è D. 6 1 68 (ULPIANO 58 *ad Edictum*); ove, malgrado le evidenti interpolazioni, il pensiero classico è posto in piena luce:

« *Qui restituere iussus iudici non paret contendens*

teressa più la nostra ricerca, che la cosa fosse andata distrutta: così il *fullo*, *qui vestimenta lavanda conduxerit*, è tenuto *ex locato*, *si ea mures roserint* (D. 19 2 13 6 ULPIANO 32 *ad Edictum*), benchè in una simile circostanza sia impossibile ipotizzare una colpa da parte sua.

<sup>(76)</sup> Non sempre però, in quanto *si moram fecerit de homine reddendo possessor, et homo mortuus sit*, il convenuto è tenuto a restituire i frutti percetti e percipiendi sino al momento della *condemnatio* (D. 6 1 17 1, ULPIANO 16 *ad Edictum*; cfr. anche BAS. XV 1 17 per la R. V.; D. 5 3 30, PAOLO 22 *ad Edictum*, per la *hereditatis petitio*; D. 12 4 12 4, PAOLO 26 *ad Edictum*, per l'*actio ad exhibendum*; cfr. anche D. 30 47 6; D. 16 3 14 1); si considera come perdita della cosa dovuta a caso fortuito l'essere stato il possessore costretto a venderla (cfr. D. 6 1 15 1, ULPIANO 16 *ad Edictum*, per la R. V.; D. 5 3 12 20, ULPIANO 15 *ad Edictum*, per la *hereditatis petitio*): in tal caso dovrà restituire il solo prezzo riscossone; l'essere stato il fondo confiscato per assegnazione di terre ai militari (cfr. D. 6 1 15 2, ULPIANO 16 *ad Edictum*; cfr. anche BAS. XV 1 43), dovendo solo restituire solo quanto *honoris gratia* gli sia stato dato; la fuga del servo, sempre che questo *integrae opinionis videbatur, ut non debuere custodiri* (D. 6 1 21, PAOLO 21 *ad Edictum*); l'averlo consegnato ad un terzo, dal quale il possessore era stato convenuto in giudizio, rimanendo soccombente (D. 6 1 57, ALFENO 6 *Digestorum*); l'averlo dato in *noxam* (D. 6 1 58, PAOLO, III *Epitomatorum Alfeni Digestorum*), etc.

*non posse restituere* [ *si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere* ], *si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione* [ *in infinitum* ] *iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. [Haec sententia generalis est et ad omnis, sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habent]* » <sup>(77)</sup>.

A parte l'inserzione evidentemente compilatoria dell'esecuzione *manu militari* della sentenza, restano le due ipotesi della perdita dolosa e colposa del possesso: nel primo caso il convenuto è condannato a pagare *quanti in litem actor iuraverit*, nel secondo *quanti ea res est*, cioè il valore della cosa determinate dal giudice stesso. Il testo però non ci dà alcun lume sopra le ulteriori sorti della *res*, in quanto la condanna, sia nell'uno, sia nell'altro caso, può essere stata imposta non soltanto a titolo di restituzione, essendo ormai impossibile restituire l'*eadem res*, ma anche a titolo di pena. Occorre così esaminare singolarmente i due casi:

1) Perdita colposa del possesso: ciò può avvenire sia nel caso di un possessore convenuto con la R. V., o con altra azione in *rem*, sia di un detentore convenuto con una azione personale (*commodati, depositi, locati*, etc.) <sup>(78)</sup>; la prima ipotesi è esaminata in D. 6 1 63 (PAPINIANO 12 *Quaestionum*) <sup>(79)</sup>:

<sup>(77)</sup> Per la interpolazione delle frasi fra parentesi cfr. *Index h. l.*

<sup>(78)</sup> Per la *condictio ex causa furtiva*, e in genere per le altre *condictiones* cfr. pag.

<sup>(79)</sup> Il testo è ricavato dal l. 12 *Quaestionum, de furtis* (LENEL, *Papiniano* 207 1 col. 837); però, dato il suo contenuto, non poteva trattare della *condictio ex causa furtiva*, ma della R. V. (cfr. LEVY, *Z. S. S.*



« Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice si desideret, ut adversarius actione sua cedat: quum tamen praeter auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur; ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere »<sup>(80)</sup>.

L'interpretazione normalmente data di questo testo è la seguente<sup>(81)</sup>: il giudice, prima di emettere la sentenza con cui condanna il convenuto a pagare quanti *ea res est*, può costringere l'attore a cedere le sue azioni a costui; ma, anche se ciò non è avvenuto, questi non resterà privo di tutela giuridica, in quanto *praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente*, mediante la concessione di un'*actio quasi Publiciana*<sup>(82)</sup>, in luogo della R. V.

43 pag. 530; la tesi opposta è stata sostenuta dal SIBER, *Passivlegitimation* pag. 144).

<sup>(80)</sup> La classicità di questo testo è stata già posta in dubbio dal BESELER (*Beitr.* III pag. 181; cfr. anche Z. S. S. 47 pag. 363 e sgg.), il quale lo ricostruisce nel seguente modo: « Si culpa quis possessionem amiserit, pati debet aestimationem: quum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari ». Ricostruzione che, se per moltissimi punti è accettabile, vedremo in seguito come nel suo spirito sia poi da respingere.

<sup>(81)</sup> Cfr. CUIACIO, *Operae* (ed. Mutin) III col. 286; IV col. 289; WITZELL, *Vindikationprozess* pag. 228 e sgg.; PELLAT, *Propriété* pag. 353 e sgg.; GEISTERDING, *Entwickelte Lehre von Eigenthum* pag. 343; MUNHLENBRUCH, *Cession* pag. 473 n. 54; WINDSCHEID, *Pandekten* par. 337 n. 2; APPLETON, *Histoire de la propriété pretorienne* I pag. 287 e sgg.; SIBER, *Passivlegitimation* pag. 144.

<sup>(82)</sup> Punto di partenza è naturalmente il già esaminato D. 6 1 70 e l'*actio quasi Publiciana* di cui si tratta, l'argomento però non ha alcun valore, poichè il testo si riferisce alla *condictio ex causa furtiva*, mentre nel testo in esame il proprietario ha esperito la R. V.

non cedutagli dal proprietario, azione che potrà esperire anche contro costui, ove mai la cosa sia ritornata nelle sue mani, nè questi potrà difendersi offrendogli la restituzione della L. A. da lui già percepita, ma, non restituendo la cosa, dovrà subire la condanna in base a *quanti in litem actor iuraverit*.

In altri termini, secondo l'opinione tradizionale<sup>(83)</sup>, il convenuto succede nel diritto dell'attore, così come nell'ipotesi di contumacia, colla differenza però che, mentre nel primo caso si ha una successione *jure civili*, in questo secondo si ha una successione per diritto pretorio, e per conseguenza, in luogo della R. V., viene concessa al convenuto un'*actio Publiciana* (utile).

A questa interpretazione sono state sollevate gravi difficoltà dal LEVY<sup>(84)</sup>, ed altre ancora se ne possono sollevare: a voler anche prescindere dagli indizii formali di interpolazione, che sono pure così evidenti nella frase « cum tamen... adficietur »<sup>(85)</sup>, e che danno ampio adito al sospetto che tutto questo squarcio sia compilatorio, la stessa concedibilità di un'*actio quasi Publiciana* urta contro tali difficoltà da dover essere esclusa, in quanto essa verrebbe concessa, mancando quello che è l'elemento fondamentale della sua esperibilità, il possesso: infatti il convenuto, nel momento in cui ha pagato la L. A., non aveva più fra le sue mani la cosa, nè quindi si può dire di lui, come del *contumax*, che possieda *pro emptore*.

Ciò ci viene confermato da un testo, la cui dizione è così precisa ed univoca, che, se fosse stato tenuto presente, avrebbe impedito di cadere nell'equivoco di concedere un'*actio Publiciana*, sia pur in via utile, a chi non possiede e non ha mai posseduto, D. 6 1 47 (PAOLO 17 *ad Plautium*):

<sup>(83)</sup> SIBER, op. cit. pag. 144.

<sup>(84)</sup> LEVY, Z. S. S. 43 pag. 530 e sgg.

<sup>(85)</sup> LEVY, op. cit. pag. 531.

« *Haec si res praesens sit; si absens, tunc cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris: et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice quam si caverit actor quod per se non fiat possessionem eius non traditum iri* ».

Il testo è stato dai compilatori riavvicinato al ben noto D. 6 l 46, ciò che, secondo alcuni <sup>(86)</sup>, è dovuto ad un equivoco, in quanto l'uno tratta della contumacia e l'altro della perdita colposa del possesso. Ciò non è del tutto esatto, poichè i due frammenti, pur essendo ricavati da opere diverse (l. 13 *ad Sabinum* il primo, l. 17 *ad Plautium* il secondo), esaminano il medesimo argomento <sup>(87)</sup>. Il pensiero di Paolo nel frammento in esame può essere infatti facilmente ricostruito: dopo aver stabilito in una sua prima parte, che i compilatori non hanno riportato, perchè ripeteva (in modo probabilmente più succinto) quanto era stato già trattato in D. 6 l 46, che cioè il pagamento della L. A. conferisce l'*in bonis* al convenuto <sup>(88)</sup>, egli aggiungeva, che, perchè potesse avvenir ciò, occorreva che la cosa stesse attualmente nelle sue mani (*haec si res praesens sit*), ove questa stesse invece nelle mani di terzi, in conseguenza di perdita colposa del possesso, l'acquisto dell'*in bonis* si sarebbe potuto verificare solo quando « *possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris* », quando cioè la cosa fosse ritornata nelle sue ma-

<sup>(86)</sup> Cfr. per es. PELLAT, op. cit. pag. 397 e sgg.

<sup>(87)</sup> Conforme LENEL, *Paling. Paolo* 1241, l col. 1177; il l. 17 *ad Plautium* trattava *de condictionibus*, però è evidente che in questo testo Paolo non poteva riferirsi ad un convenuto con la *condictio ex causa furtiva*, visto che il pagamento della L. A. in questa azione non produceva acquisto dell'*in bonis*.

<sup>(88)</sup> Volendo ricostruire il pensiero di Paolo, non è forse lontana dall'originale una ricostruzione del genere della seguente: « *Si ex condictione damnatus reus litis aestimationem exsolverit, dominium ad eum non transfertur, si ex vindicatione transfertur: haec res praesens sit, si absens tunc cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris...* ».

ni, e da lui posseduta come propria, in quanto solo in questo momento si sarebbero verificate le condizioni necessarie per l'usucapione: il possesso della cosa *ex iusta causa*, e l'intenzione di possederla come propria.

Posto tutto ciò, è evidente che, fino a quando la cosa non è ritornata nelle mani del convenuto, non può sorgere a favore di costui una *iusta causa usucapionis*, mancando infatti la condizione fondamentale per l'usucapione, il possesso: quindi il pretore potrà concedere a costui ogni altro mezzo giuridico, ma non la Publiciana, in quanto la sua situazione è per il momento considerata analoga a quella di un qualunque *emptor*, che ha pagato il prezzo della cosa, ma non la ha ancora avuta tradita <sup>(89)</sup>.

A tutto ciò si aggiunga che l'ipotesi della concessione di una *actio quasi Publiciana* contrasta con quelle che sono le premesse del testo: questo infatti inizia affermando che l'aiuto che il giudice è tenuto a dare al convenuto *qui culpa non fraude amiserit possessionem* è costituito dalla

<sup>(89)</sup> D. 6 2 7 16 (ULPIANO 16 *ad Edictum*): « *Ut igitur Publiciana competat haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bona fide quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit* ». Si noti poi che questa azione non potrebbe venir concessa neanche in base alla precedente usucapione, e ciò per motivi evidenti: in primo luogo, la primitiva usucapione è stata interrotta dal *dominus* coll'esperienza della R. V., nè si tien conto di essa rispetto alla nuova, che ha inizio dal pagamento della L. A. (D. 41 4 1: « *qui litis aestimationem suffert, pro emptore incipit possidere* »; cfr. anche D. 41 4 2 21: « *... Sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Julianus causam possessionis mutari ei qui litis aestimationem sustulerit...* »), nè quindi se ne può tener conto nei confronti di una nuova Publiciana utile da concedersi in base alla nuova usucapione. In secondo luogo, bisogna tener presente che il testo è ricavato dal l. 12 *Quaestionum*, ove si trattava *de furtis*: la *res de qua agitur* è quindi una *res furtiva*, sottoposta per conseguenza al divieto di usucapione della *lex Atinia*, in tal caso, anche a non voler accettare quanto è sopra esposto, bisognerebbe sempre ammettere l'impossibilità di una Publiciana utile per questo caso, in quanto il vizio della furtività è sanato solo dal pagamento della L. A., ciò che è avvenuto nel momento in cui la cosa già non stava più nelle mani del convenuto.

*cessio actionis* che egli può imporre all'attore. È evidente che i due rimedi della *cessio actionis* e della Publiciana utile si escludono a vicenda, in quanto, se il pretore poneva a disposizione del convenuto un'azione da far valere contro tutti, anche contro il *dominus ex jure Quiritium*, non aveva poi più alcuna ragione plausibile per concedere la *cessio actionis* <sup>(90)</sup>.

Posto ciò, rimane da determinare con precisione quale fosse effettivamente la protezione giuridica concessa dal pretore al convenuto: anzitutto la *cessio actionis*, che, a richiesta dell'interessato, il giudice poteva imporre all'attore, prima di emanare la sua sentenza; in tal modo, il convenuto veniva costituito *cognitor in rem suam* <sup>(91)</sup>, e poteva esperire l'azione contro chiunque possedesse la cosa. Del diritto del convenuto a chiedere la *cessio actionis* fa prova, oltre che il già esaminato D. 6 1 63, anche h. t. 21 (PAOLO 21 *ad Edictum*):

« *Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus an talis fuit, ut et custodiri debuerit; nam, si integrae opinionis videbatur, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus eius temporis, quo possedit praestet. Quodsi nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de perseguenda ea re; quominus enim petitor, eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat, nec iniquum id esse Pomponius libro trigesimo nono ad edictum scribit. Si vero custodiendus fuerit, etiam ipsius nomine damnari debet; ut tamen si usu eum non cepit actor ei actionibus suis cedat... » <sup>(92)</sup>.*

<sup>(90)</sup> LEVY, op. cit. pag. 532.

<sup>(91)</sup> Cfr. SCHULZ, *Klagen Cession in Interesse der Cessionars*, Z. S. S. 27 pag. 99 e 147; GIRARD, *Cours* pag. 321 e 730 n. 1.

<sup>(92)</sup> Il testo è ritenuto intp. dal BESELER, che lo ricostruisce nel seguente modo (*Beitr.* III pag. 180): « *Si a bonae fidei possessori fugerit ser-*

Il giurista qui si prospetta sia l'ipotesi di perdita della cosa per caso fortuito, sia quella colposa, per la prima, come si è già visto, *absolvendus est possessor* <sup>(93)</sup>, col solo obbligo che, se *interim eum usuceperit*, ceda le sue azioni al *petitor*, obbligo che naturalmente cade *quodsi nondum eum usucepit*; se invece *servus custodiendus erat*, e quindi nella sua fuga si può ipotizzare una colpa da parte del convenuto, *etiam ipsius nomine damnari debet, ut tamen actor actionibus suis cedat*. Come si vede, il caso prospettato e la soluzione datane coincidono perfettamente con quanto è disposto in D. 6 1 63, poichè anche qui il giurista non ricorre alla concessione di un'*actio Publiciana* ma alla *cessio actionis*.

Il diritto del convenuto a richiedere al giudice la *cessio actionis* ci risulta non soltanto per le *actiones in rem*, ma anche per quelle *in personam*, e precisamente da due testi trattanti dell'*actio locati*.

Come si sa, se il *fullo* e il *sarcinator*, qui *polienda curandave aut sarcienda vestimenta mercede certa acceperit* <sup>(94)</sup>, *ea furto amiserit*, il proprietario delle vesti potrà

*vus, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori et fructus eius temporis quo possedit praestet. Quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de perseguenda re Pomponius libro trigesimo nono scribit. Julianus autem, etsi non cogitur cavere de perseguenda re, tamen cavere debet possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat, idque Pomponius libro trigesimo quarto variarum lectionum probat: quod verius est.* Ricostruzione accolta dall'HAYMANN, Z. S. S. 40 pag. 172 n. 1; e dal ROTONDI, *Opere* III pag. 145 e 146; ma cfr. LEVY, Z. S. S. 43 pag. 531 n. 3; il quale osserva che il plurale *actionibus* è qui usato per il fatto che Ulpiano pensava non solo alla R. V., ma anche all'*actio ad exhibendum*.

<sup>(93)</sup> Cfr. n. 75.

<sup>(94)</sup> GAI III 206, 207, 208; cfr. anche D. 4 9 5 pr. (GAI 5 *ad Edictum provinciale*); la classicità e l'estensione della responsabilità per custodia costituiscono uno dei punti più dibattuti della attuale scienza romanistica; non è qui il luogo di riportare alla ormai immensa letteratura in materia, mi limito così a rinviare alla più recente opera sull'argomento, ARANCIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale*<sup>2</sup> (1933).



*suum consequi iudicio locati, nam illi mercedem accipiendo custodiam praestant.* Anzi in questo caso la responsabilità del *fullo* e del *sarcinator*, come anche in genere di ogni altro responsabile per custodia, è ancor più gravosa di quella di un possessore convenuto con la R. V., in quanto, mentre costui risponde solo si *culpa rem amiserit* <sup>(95)</sup>, gli altri invece rispondono per il solo fatto che si trovano nell'impossibilità di restituire la cosa, senza che il giudice debba altrimenti preoccuparsi di accertare una loro colpa nella mancata restituzione. Una simile responsabilità gravava per diritto classico, oltre che su costoro, su tutti gli altri conduttori d'opera, e in genere su tutti gli altri soggetti di negozi giuridici, nei quali l'interesse del negozio era tutto a favore di una sola delle parti <sup>(96)</sup>, come per es. il commodatario, il creditore pignoratizio, etc.

I testi, che neanche in questo caso sono molto numerosi, si limitano soltanto a trattare del *fullo* e del *sarcinator*, però dato che la situazione degli altri responsabili per custodia era identica, ci è lecito estendere all'intera categoria i principî stabiliti solo per questi due, che del resto costituiscono i casi tipici ed esemplari di responsabilità oggettiva.

D. 19 2 60 1 (LABEONE POSTERIORUM l. 5 a *Javoleno epitomatorum*):

« *Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilominus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere at ab eo res tuas consequi fullonis videlicet sum-*

<sup>(95)</sup> Il non aver tenuto presente ciò ha tratto lo SCHULZ nell'errore di includere il *bonae fidei possessor* nella categoria dei responsabili per custodia (cfr. SCHULZ, *Die aktiv Legitimation zur Aktion furti* Z. S. S. 32 pag. 83 e sgg.

<sup>(96)</sup> KUEBLER, *Das utilitätsprincip als Grund der Abstufung der Kontraktshaftung*, *Festschriften Gierke*.

*ptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet* » <sup>(97)</sup>.

D. 19 2 25 8 (GAIO 10 *ad Edictum provinciale*):

« *Si fullo aut sarcinator vestimenta tua perdidit eo-que nomine domino satisfecerit, necesse est dominum vindicationem eorum et condictioem cedere* ».

L'ipotesi prospettata nei due testi coincide con quella esaminata in D. 6 1 21 e in h. t. 63: anche qui il convenuto con l'*actio locati* ha perduto la cosa (nella fattispecie è stata rubata), ed è stato condannato a pagarne il valore all'attore; però il giudice può, prima di emanare la sentenza, costringere il proprietario a cedere le sue azioni al *fullo*. Quali siano queste azioni è indicato in D. 19 2 25 8, la *vindicatio* e la *condictio*, non l'azione di furto, che già compete a costui, come anche al *bonae fidei possessor*, in quanto interessato alla salvezza della cosa, mentre le altre spettano al solo *dominus* <sup>(98)</sup>.

Oltre la *cessio actionis* da richiedersi al giudice, il convenuto aveva a propria disposizione anche una *cautio*, che, sempre a sua richiesta, il giudice poteva imporre all'attore, e alla quale si riferisce la seconda parte del già esaminato D. 6 1 47 per la R. V., e D. 13 6 13 pr. (POM-

<sup>(97)</sup> Il testo nella sua parte centrale è notoriamente intp. (cfr. *Index* h. l.), la chiusa però deve ritenersi classica (cfr. LEVY, *Z. S. S.* 42 pag. 501 n. 4; *Konkurrenz* II pag. 93 n. 8).

<sup>(98)</sup> Cfr. GAI 111 202 a 206; D. 47 2 12; h. t. 14 14, 15; 16 etc.; la situazione si capovolge col diritto giustiniano, almeno nei riguardi del *fullo* e del commodatario, poichè l'interpolazione di D. 19 2 60 2, e le profonde modificazioni apportate in INST. 4 1 16 a GAI 111 207 ci indicano come costoro, che, per diritto classico, erano legittimati ad agire ad esclusione del *dominus*, lo diventano nel nuovo diritto solo per il caso che il *dominus* all'azione di furto contro il *fur* preferisca esperire la più sicura *actio locati* o *commodati* contro il *fullo* o contro il commodatario (cfr. SCHULZ, *op. cit.* pag. 37 e 59).

PONIO 11 *ad Sabinum*) per l'*actio commodati*, e in genere per le *actiones in personam*:

« ... *et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice quam si caverit actor quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri* »<sup>(99)</sup>.

« *Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet* ».

Lo scopo ed il funzionamento di questa *cautio* era assai semplice: mentre la *cessio actionis* serviva per il caso che il convenuto, avendo identificato l'attuale possessore della cosa, volesse recuperarla da costui, intentando le azioni spettanti al proprietario, la *cautio* invece valeva per il caso che proprio il proprietario fosse ritornato in possesso della cosa, obbligandolo in tal modo a riconsegnarla al convenuto, non potendo questi esperire contro il *dominus* le azioni da lui cedute, in quanto, appunto perchè *actiones cessae*, le loro formule erano redatte in modo tale

(99) La chiusa del testo è sicuramente rimaneggiata; è però arbitraria l'affermazione del BESELER (Z. S. S. 45 pag. 460), il quale ritiene che il testo da *et ideo* in poi sia una « *Erganzung der Byzantiner* », in quanto Paolo si sarebbe preoccupato soltanto del problema della proprietà. Tutto ciò è completamente da escludere, poichè, appunto perchè Paolo si interessava del problema della proprietà, ed aveva già stabilito che il pagamento della L. A., in mancanza del possesso, non conferiva l'*in Bonis*, era logico che egli si preoccupasse anche di accertare quali mezzi giuridici fossero stati creati dal pretore a difesa del convenuto, e quindi anche della *cautio*. Del resto si vedrà meglio in seguito come proprio l'istituto della *cautio* non possa essere considerato giustiniano, in quanto i compilatori concedono al convenuto altri ben più potenti mezzi. Molto più sostanziose sono le osservazioni del LEVY (Z. S. S. 42 pag. 503 n. 3), il quale limita l'emblema a « *quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri* »; si noti infatti che la portata della *cautio* concessa in questo testo non coincide con quella concessa in D. 13 6 13 pr., ma è molto più vasta, in quanto non si riferisce ad un obbligo di *praestare repertam rem*, ma addirittura di non porre alcun ostacolo a che la cosa ritorni in possesso del convenuto. L'originale potrebbe essere il seguente: « ... *quam si caverit actor ut repertam condemnato praestet* ».

che con esse si sarebbe venuti a riconoscere che il *dominium ex jure Quiritium* spettava proprio al convenuto<sup>(100)</sup>.

Fino ad ora abbiamo esaminato soltanto quanto si verifica per le *actiones in rem*, e precisamente per la R. V., e per le *actiones in personam* munite di clausola arbitraria di restituzione. Resta ora da vedere se l'obbligo di cedere le azioni e di prestare la *cautio*, oltre che a queste, si estendesse anche ad altre azioni, per le quali, in caso di contumacia, si è visto sopra che il convenuto non acquistava l'*in bonis*, poichè è evidente che se i detti mezzi giuridici ci risultano concesso anche per queste azioni, svanirà quel parallelismo che sino ad ora si era ritenuto poter mettere in luce da una parte la *cessio* e la *cautio* nel caso di perdita colposa del possesso, e dell'altra l'acquisto dell'*in bonis* nel caso di contumacia.

L'ipotesi di *cessio actionis* non è nei testi contemplata, lo è invece, e proprio nei riguardi della *condictio ex causa furtiva*, quella della *cautio de restituenda re*, che viene negata nel modo più reciso in D. 13 1 14 1 (GIULIANO 22 *Digestorum*):

« *Cavere autem ex hac actione petitor ei cum quo agitur non debet* ».

Che il testo si riferisca alla perdita colposa del possesso è indicato con sicurezza dall'inciso « *ex hac actione* » e dall'avversativo *autem*<sup>(101)</sup>, con i quali si contrappo-

(100) LEVY, op. cit. pag. 502; si noti anche che, agendo il convenuto in qualità di mandatario giudiziale, sia pure senza obbligo di rendiconto, la possibilità da parte sua di esperire l'azione era limitata dal fatto stesso che l'azione era un'*actio mandata*.

(101) Cfr. LENEL, *Paling. Giuliano* 349 1 col. 377, il quale riallaccia questo testo a D. 6 2 7 1. Però è da notarsi che fra quanto ULPIANO riferisce, riassumendo il testo di Giuliano, e il nostro vi è soluzione di continuità, poichè evidentemente nel l. 22 *Digestorum*, oltre che della contumacia, Giuliano doveva trattare anche della perdita colposa del possesso, sempre nei riguardi della R. V., contrapponendo l'obbligo della *cautio* gravante sul *dominus* che esperisce questa azione, a quanto dispone in D. 13 1 14 1 per la C. F.

ne l'esenzione dall'obbligo di prestare la *cautio* nella *condictio ex causa furtiva* a quanto era invece disposto per le altre azioni nelle quali l'obbligo gravava; ed in ispecial che con una contrapposizione. Per conseguenza il testo modo dalla congiunzione *autem* inspiegabile altrimenti non poteva in origine riferirsi al caso di perdita dolosa del possesso, ove, come vedremo in seguito, l'esenzione dall'obbligo di prestare la *cautio* era generale. È evidente quindi che, come il *fur* convenuto con la *condictio ex causa furtiva* era tenuto a prestare *quod intersit agentis* (h. t. 3, PAOLO 9 *ad Sabinum*), in base al calcolo fatto dal giudice, e non acquistava per conseguenza l'*in bonis*, restando quindi esperibile ancora contro di lui la R. V., così anche, nel caso di perdita colposa del possesso, il *dominus*, pur percependo la L. A., non era tenuto a prestargli la *cautio de restituenda re*, nè, credo si possa aggiungere senza timore di soverchia audacia, a cederli le sue azioni, *ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare*, così che il pagamento della L. A. non rendeva il convenuto *emptoris loco*.

Tanto la *cessio actionis* quanto la *cautio*, perchè potessero venir concesse al convenuto, occorreva che costui si facesse parte diligente, richiedendo al giudice che le imponesse all'attore prima di emanare la sua sentenza. Poteva quindi darsi il caso, benchè fosse indubbiamente difficile a verificarsi, che il convenuto trascurasse di chiederle, e che per conseguenza il giudice emanasse incondizionatamente la sua sentenza. In tal caso il convenuto non aveva più la protezione creata dal pretore, e d'altra parte non per questo era esonerato dal pagare la somma per cui era stato condannato.

I giuristi si sono preoccupati anche di questa eventualità, e le fonti riportano alcuni testi, in cui si prende in esame la situazione del convenuto che *culpa amiserit possessionem*, senza che venga fatto alcun cenno alla *cessio ac-*

*tionis* e alla *cautio*, così che si deve logicamente supporre che nei casi prospettati in questi testi, per trascuratezza del convenuto o per altro, esse non fossero state concesse.

D. 13 6 17 5 (PAOLO 29 *ad Edictum*):

« *Rem commodatam perdidit et pro ea praetium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere, aut quod a me accepisti reddere* ».

h. t. 21 pr. (AFRICANO 8 *Quaestionum*):

« *Rem mihi commodasti, eamdem subripuisti: deinde cum commodati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi: postea comperi a te esse subrentam: quaesitum est quae mihi tecum actio sit. Respondi: furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utilem mihi fore* » (102).

D. 12 7 2 (ULPIANO 32 *ad Edictum*):

« *Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino ex locato conventus praetium praestiterit, posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi praetium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere dominum posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sit putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur* ».

I tre testi contemplanò le solite ipotesi di perdita della cosa concessa in comodato, e delle vesti che il *fullo lavanda conduxerit*, e le fattispecie, salvo qualche leggiera variante, si corrispondono: nel primo e nel terzo testo la cosa commodata e le vesti sono rubate da un terzo, nel se-

(102) *Contrario intp.*; cfr. PARTSCH, *Negotiorum gestio* pag. 54 n. 2.



condo invece proprio dal commodante; dato però che si tratta di furto di cosa propria, l'*actio furti* è esclusa<sup>(103)</sup>. Il convenuto, che ha pagato la L. A. fissata dal giudice in base al valore effettivo della cosa (*praetium*), avendo saputo che il proprietario ha recuperato il possesso della cosa, domanda con quale azione potrà recuperare a sua volta o la somma pagata o la cosa: le conformi decisioni di ben cinque giuristi (Labeone, Cassio, Africano, Paolo e Ulpiano) sono favorevoli all'esperibilità delle *actiones contrariae commodati* e *locati*. Date le decisioni dei giuristi, è evidente che nel caso in esame non vi era stata concessione di *cautio*, in quanto, nel caso contrario, il convenuto avrebbe esperito contro il *dominus* non le *actiones* suddette, ma l'*actio ex stipulatu*<sup>(104)</sup>. Ciò non toglie però

(103) Non sempre però, il debitore *sub pignore* che ruba il pegno, può essere convenuto dal creditore pignoratizio anche con l'azione di furto, cfr. GAI III 203.

(104) Nell'ultimo dei tre testi, oltre che le azioni contrattuali, viene concessa da Cassio una *condictio indebiti*, che però è negata da Ulpiano, il quale sembra sostituirla con una *condictio sine causa*. L'inesperibilità della *condictio indebiti* è evidente; come osserva acutamente Ulpiano, non può dirsi indebita la somma pagata dal *fullo* che non ha restituito le vesti, anche se il successivo riacquisto di queste da parte del *dominus* ha fatto sparire la causa della condanna. La concessione della *condictio sine causa*, nella redazione attuale del testo, attribuita ad Ulpiano, è in realtà compilatoria, e ciò per motivi sia formali che sostanziali (cfr. ALBERTARIO, *Filangieri* 36 pag. 322; BETTI, B. I. D. R. 28 pag. 68; LEVY, op. cit. pag. 503 n. 6; DE FRANCISCI, *Sunallagma* II pag. 388, secondo i quali l'emblema avrebbe inizio da *nisi*): infatti, se il *fullo ex locato conventus*, pagando il prezzo, non ha pagato *indebitum*, lo stesso può dirsi per la *condictio sine causa*, in quanto anche qui non si può dire che il *praetium rei* sia *sine causa solutum*, anche se il successivo recupero della cosa ha eliminato la causa. L'originale, a mio avviso, era « ... et ait Cassius non solum ex conducto agere, verum et condicere dominum posse, ego puto ex conducto <tantum> [omnimodo] eum habere actionem [...] ». Può invece ritenersi certamente esperibile la *condictio indebiti* nel caso prospettato in D. 13 6 21 pr., in quanto, essendo la cosa data in *commodato* nelle mani dell'attore anche nel momento in cui « *iudex me condemnavit et solvi* », il *praetium rei* non era mai stato dovuto.

che al conduttore e al commodatario non venga negata una sia pur limitata protezione giuridica, salvo che, mentre nel sistema della *cessio* e della *cautio* il convenuto aveva la R. V. *utilis* contro i terzi, l'*actio ex stipulatu* contro il *dominus*, ora invece le sue possibilità di recupero della cosa o del prezzo si restringono al solo caso che le vesti o la cosa commodata siano ritornate nelle mani di costui, in quanto, non essendovi stata *cessio actionis*, il titolare della R. V. continuerà ad essere il *dominus* della cosa.

I testi ora esaminati, se ci danno delle notizie che possono essere considerate pienamente attendibili, non ce le danno però di una portata tale da valere per tutti i casi sottoposti alla nostra indagine, in quanto in essi viene esaminata soltanto l'ipotesi di un detentore convenuto con un'azione contrattuale (conduttore, commodatario), in cui era quindi facile riconoscere a costui il diritto di esperire l'*actio contraria* derivante dal contratto. Ma tale mezzo va a priori escluso nel caso che il possessore della cosa sia stato convenuto con un'azione *in rem*, per la quale non si può certo parlare dell'esperibilità di un'*actio contraria*.

I testi non ci danno in proposito alcun lume: l'unico a prospettarsi la possibilità che il convenuto non abbia chiesto la *cessio actionis* o la *cautio*, il già esaminato D. 6 1 63, è nella sua parte centrale, ove appunto viene esaminata questa ipotesi, così notoriamente interpolato<sup>(105)</sup>, da dovergli disconoscere ogni attendibilità. È d'altra parte inammissibile che il pretore abbia negato al convenuto una qualsiasi protezione giuridica, nè il fatto che di questa non appaia alcuna traccia nelle fonti può farci soverchia impressione, in quanto l'interpolazione di D. 6 1 63 ci dimostra come in questo punto i compilatori abbiano deviato dal pensiero classico, concedendo la Publiciana utile in luogo di un altro mezzo giuridico da noi ignorato.

(105) Cfr. sopra pag. 46.



Dato l'assoluto silenzio delle fonti, è necessario avanzare nella nostra indagine per via di congetture: esclusa la R. V. *utilis*, in quanto, almeno per diritto classico, è inconcepibile una *actio cessa* senza che vi sia stata cessione<sup>(106)</sup>, esclusa per i motivi già altrove addotti<sup>(107)</sup> l'esperibilità di una Publiciana utile, la soluzione che i giuristi romani davano al nostro problema può essere ricavata soltanto dalla configurazione giuridica che nelle fonti viene data all'istituto della L. A. E una traccia di notevole importanza può essere ricavata dal già esaminato D. 6 1 47<sup>(108)</sup>, ove viene stabilito che, perchè si abbia acquisto dell'*in bonis* da parte del convenuto occorre che la *res* sia *praesens*, senza di che l'acquisto verrà procrastinato sino al momento in cui il convenuto terrà la cosa nelle proprie mani *ex voluntate actoris*<sup>(109)</sup>.

Il parallelismo fra il nostro istituto e la *traditio* in genere e la *brevi manu traditio* in specie appare evidente: come il convenuto che ha pagato la L. A. non acquista l'*in*

(106) Cfr. LEVY, Z. S. S. 43 pag. 533.

(107) Cfr. sopra pag. 47.

(108) Cfr. sopra pag. 48 e 49.

(109) Il requisito della *voluntas actoris*, che nell'ipotesi di contumacia è piuttosto apparente che reale, limitandosi ad un mero riconoscimento del fatto compiuto, in quella di perdita colposa del possesso ha invece un'esistenza effettiva: infatti l'attore, dinanzi alla dichiarazione del convenuto di non possedere più la cosa, sapendo del diritto di costui a chiedere la *cessio actionis*, può lasciar cadere l'azione intentata contro di lui, ed esperire la R. V. contro il nuovo possessore, recuperando così la cosa, o, per lo meno ottenendo una sentenza di condanna ad una somma da lui stesso fissata. Se invece preferisce procedere nel giudizio contro il primo possessore, ciò significa che la difficile reperibilità del nuovo possessore o altri motivi rendono improbabile il ricupero della cosa, ed egli logicamente fra la somma minore ma sicura, che potrà avere dal *reus qui culpa amiserit possessionem*, e quella molto maggiore ma improbabile, che potrebbe avere dal *contumax*, preferisce la prima: per conseguenza si può dire di costui ben più che del *contumax* che abbia venduto la cosa di propria libera volontà.

*bonis* se non nel momento in cui viene immesso nel possesso della cosa a nome proprio e col consenso dell'attore, così anche, perchè si abbia trasferimento della proprietà bonitaria, non basterà che il *dominus* vi rinunci a favore dell'acquirente, in quanto « *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur* »<sup>(110)</sup>, ma occorrerà che questi abbia fra le sue mani la cosa, così che, mentre prima la deteneva a nome altrui, ora invece, consenziente il *dominus*, la possieda a nome proprio. Fino a che queste condizioni non si saranno verificate, la semplice convenzione (come anche nel nostro caso la condanna), l'anticipato pagamento del prezzo (o della somma fissata dal giudice nella sentenza) non sarà sufficiente a rendere l'acquirente (o il convenuto) titolare dell'*in bonis*, e per conseguenza a legittimarlo attivamente all'*actio Publiciana*<sup>(111)</sup>, in quanto la vendita (e la L. A., che *similis est emptioni*) non è traslativa di proprietà, o di diritti reali, ma genera soltanto delle obbligazioni, cosicchè, fino a che il compratore non sarà immesso nel possesso, il titolare delle azioni di proprietà resterà sempre il venditore (o l'attore).

Il perfetto parallelismo constatato sino a questo punto ci permette ora di procedere di un passo più avanti senza che ci si possa accusare di soverchia audacia: ammesso che « *litis aestimatio similis est emptioni* », e spettando all'*emptor*, sino al momento della *traditio*, la sola azione contrattuale, l'*actio empti*, contro il venditore, è evidente che il convenuto, che ha pagato la L. A., e che più tardi è venuto a sapere che la cosa è ritornata in possesso dell'attore, potrà chiedere ed ottenere dal pretore un'*actio*

(110) C. 2 3 20 (Diocleziano e Massimiano a. 293).

(111) D. 6 2 7 16 (ULPIANO 16 ad Edictum): « *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit* ».

*empti utilis*, mediante la quale gli sarà possibile recuperare o la cosa o il prezzo <sup>(112)</sup>.

Tutto ciò per diritto classico; la dottrina giustiniana è invece ben diversa, si può anzi dire che l'opinione dominante, che, sin dalla Glossa, ha interpretato D. 6 1 63 nel senso che al convenuto dovesse essere concessa dal pretore una *Publiciana utile*, limitatamente al solo diritto giustiniano, ha visto nel giusto. Ciò può essere facilmente dimostrato:

a) l'argomento principe è dato anzitutto dalla parte centrale di D. 6 1 63 (*quum tamen... adficietur*), evidentemente interpolata, ove viene stabilito che « *praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente* » e che per conseguenza il convenuto « *nulla captione adficietur* », anche in mancanza della *cessio actionis*; poichè è evidente che questo principio può essere spiegato solo ammettendo la concessione di un'*actio in rem*, l'unica che potesse essere esperita *quolibet alio possidente*, non potendosi certo dire che il convenuto, che non avesse richiesto la *cessio actionis* e la *cautio*, fosse per diritto classico protetto contro tutti, non avendo invece a propria difesa che un'*actio empti utilis* contro il *dominus*, e nulla contro il terzo possessore;

b) ciò trova conferma nel nuovo significato che acquista nel testo così rimaneggiato la frase « *ipso quoque qui litis aestimationem perceperit possidente debet adiuvari* », che, mentre nell'originale non poteva riferirsi ad al-

(112) Cfr. *Glossa adiuvari* ad h. l.; l'esperibilità dell'*actio empti utilis* proposta da Rogerio e da Martino fu respinta da Azone, la cui opinione favorevole alla concedibilità della *Publiciana utile* rimase incontrastata; cfr. anche LEVY, *Z. S. S.* 43 pag. 531 n. 7 e 532, che però è in dubbio fra un'*actio empti utilis* e un'azione *in factum*; cfr. anche CHLAMTACZ, *Die rechtliche Natur der Uebereignung durch Tradition in röm. Recht* pag. 127, che in base a quanto è stabilito nella chiusa di D. 6 1 46 ritiene la L. A. una vera e propria compra vendita, e da concedersi per conseguenza l'*actio empti* diretta.

tro che alla *cautio de restituenda re* imposta dal giudice all'attore su richiesta del convenuto, ora invece, posta di seguito alla frase « *cum tamen... adficietur* », può intendersi soltanto nel senso che l'*auxilium* concesso dal pretore poteva essere rivolto contro tutti, ed anche quindi contro il *dominus*: è evidente anche qui che un *auxilium* di tale portata non poteva essere altro che un'azione *in rem*;

c) in terzo luogo è da notarsi che anche la chiusa del testo in esame, nella quale viene stabilito che il proprietario convenuto con quello che chiameremo l'*auxilium praetoris* « *nec facile audiendus erit si velit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit reddere* », è stata in egual senso fraintesa, poichè, mentre essa nell'originale si riferiva alla *cautio de restituenda re*, con la quale il *dominus* si era obbligato a consegnare la cosa al convenuto, nel caso che questa tornasse nelle sue mani, ora invece non può riferirsi ad altro che a quell'*auxilium*, che il *praetor quandoque laturus sit*; cosicchè l'antico *dominus* convenuto con questo *auxilium* è tenuto a restituire la cosa, e a pagare *quanti actor in litem iuraverit* <sup>(113)</sup>;

d) ed è da notarsi infine il nuovo valore che nella compilazione viene dato a D. 6 1 70, che, mentre per diritto classico si riferiva alla *condictio ex causa furtiva*, e stabiliva che il convenuto con questa azione non acquistava l'*in bonis* « *ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare* », ora, nella sua nuova sede, posto di seguito a D. 6 1 69, ove viene negato il diritto alla *cessio actionis* a chi *dolo fecit quo minus possideret*, deve essere riferito non più alla *condictio*, ma proprio alla R. V., così che la *quasi Publiciana* negata a

(113) Ciò se non si voglia seguire l'ipotesi tutt'altro che improbabile del BESELER (*Beitr.* III pag. 181; *Z. S. S.* 47 pag. 363), che ritiene l'intera chiusa compilatoria.

costui viene ad essere implicitamente concessa a chi ha perduto la cosa *culpa*, in quanto non si può dire di quest'ultimo che la compri *per rapinam* e *ab invito domino*.

II) PERDITA DOLOSA DEL POSSESSO: anche qui il punto di partenza ci viene anzitutto dato dal già esaminato D. 6 1 63, il quale contempla, oltre che l'ipotesi della perdita colposa, anche quella della perdita dolosa del possesso, per la quale viene stabilito che « *si quidem (reus) dolo fecit quo minus possideret, quanti adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est* »<sup>(114)</sup>. Si può anche facilmente determinare la ragione, per cui viene imposta a costui una condanna in base non all'effettivo valore della cosa, ma alla stima fatta con giuramento dall'attore stesso, esaminando quanto è disposto in D. 50 17 131 (PAOLO 22 *ad Edictum*), e in h. t. 157 1 (ULPIANO 71 *ad Edictum*):

« *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est* »<sup>(115)</sup>.

« *Semper qui dolo fecit quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet* ».

Tutto ciò costituisce, rispetto alla nostra ricerca, una necessaria premessa: però, stabilito che *qui dolo fecit quo minus possideret* deve essere condannato a pagare *quanti*

<sup>(114)</sup> Cfr. anche D. 12 3 2 (PAOLO 13 *ad Sabinum*): « *Sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti si culpa non restituentis vel non exhibentis punitur. Cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor* ». Per le interpolazioni di questo testo cfr. infra pag. 77; D. 6 1 22 (ULPIANO 16 *ad Edictum*): « *Quod si dolo fugerit servus, damnandum sum (possessorem) quasi possideret* ». D. 5 3 25 8. (ULPIANO 15 *ad Edictum*): « *Perinde* », inquit, « *condemnandos quasi considerent* ». Merito: *nam is qui dolo fecit quo minus possideret, ut possessor condemnatur* ».

<sup>(115)</sup> Che però probabilmente si riferiva all'*actio noxalis ex lege Aquilia* (cfr. LENEL, *Paling.* Paolo 372 1 col. 1012; BESELER, *Beitr.* I pag. 28).

*in litem actor juraverit*<sup>(116)</sup>, e ciò perchè *pro possessione dolus est*, nulla ancora si sa nei riguardi del nostro problema, per il quale si deve procedere più oltre ad indagare quali saranno state le successive sorti della cosa. Infatti i giuristi possono aver considerato la somma pagata dal convenuto come il prezzo della cosa o come la pena del dolo, e, a seconda che abbiano accolta l'una o l'altra delle due concezioni, i risultati vengono ad essere diametralmente opposti: nel primo caso infatti essi avrebbero sottoposto l'ipotesi in esame agli identici principii che abbiamo già visto per le altre due della contumacia e della perdita colposa del possesso, ove la somma pagata all'attore, sia che fosse stata fissata da costui, sia dal giudice, veniva sempre considerata come il prezzo della cosa, che il convenuto era condannato a pagare<sup>(117)</sup>; nel secondo invece, derogando ai principii stabiliti per le altre due ipotesi, la somma fissata dall'attore mediante *jusiurandum in litem*, sarebbe la pena imposta al convenuto in conseguenza del suo dolo, così da lasciare all'attore ogni persecuzione giuridica contro il terzo possessore della cosa, nè per conseguenza il convenuto avrebbe diritto a pretendere quella cessione delle azioni e quella *cautio de restituenda re*, alle quali invece si aveva diritto in caso di perdita colposa della cosa.

Se, trascurando, per il momento, quanto può essere stabilito nei testi, ci limitiamo ad esaminare il caso in questione alla luce dei principii generali regolanti il nostro

<sup>(116)</sup> Sempre nel caso che l'attore voglia esercitare questo suo diritto; le fonti contemplano però anche l'eventualità che l'attore declini l'invito rivoltogli dal giudice di fissare egli stesso con *jusiurandum in litem* la somma: in tal caso provvederà a fissarla il giudice, ma sempre in base al criterio del valore effettivo della cosa (cfr. D. 6 1 71, PAOLO 13 *ad Sabinum*).

<sup>(117)</sup> Cfr. per la contumacia pag. 26 n. 45; per la perdita colposa pag. 60 e sgg.

istituto, e che, nell'indagine precedentemente svolta, si sono potuti mettere in evidenza, apparirà chiaro che esso viene a delinearci a guisa di un *quid medium* fra gli altri due della contumacia e della perdita colposa del possesso. Nel primo di questi infatti noi ci troviamo di fronte ad un convenuto che, pur possedendo la cosa, e riconoscendo di possederla, col suo rifiuto di dare esecuzione all'*iussus iudicis*, contrappone la propria volontà alle volontà riunite del giudice e dell'attore, così da costringere il primo a condannarlo al pagamento di una somma di denaro, ed il secondo a contentarsi di questa somma, rinunciando alla proprietà della cosa, che pure il giudice aveva riconosciuta sua: abbiamo quindi un possesso che i giuristi erano costretti a riconoscere come legittimo, solo perchè l'ordinamento giuridico non concedeva alcun mezzo per costringere il convenuto ricalcitante a sottostare alla volontà del giudice. Non può quindi fare meraviglia se i giuristi, pur riconoscendo la legittimità di questo possesso *ad usucapionem*, lo considerino però acquistato *per rapinam* <sup>(118)</sup>, e a questa rapina infliggano una pena costituita proprio dal modo come la somma della *condemnatio* viene stabilita dal giudice, l'*aestimatio* fissata dall'attore stesso mediante *jusiurandum in litem* <sup>(119)</sup>. Nel secondo

<sup>(118)</sup> Cfr. D. 6 1 70; malgrado che questo testo si riferisca, come si è visto, alla *condictio ex causa furtiva*, l'inciso « *per rapinam* », in contrapposizione all'altro « *iusto praetio* », ci indica appunto come Pomponio, pur riconoscendo l'acquisto dell'*in bonis*, nei casi in cui la L. A. non era operata in base all'*iustum praetium*, non dimenticasse però che questo si era ottenuto contro la volontà del giudice e dell'attore; cfr. anche D. 25 2 22 pr. (*mover me, quia dolo adquisiit possessionem*).

<sup>(119)</sup> D. 12 3 1 (ULPIANO 51 *ad Sabinum*): « *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per jusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei praetium* ». Cfr. anche h. t. 8, e per l'*actio rerum amotarum* D. 25 2 9 (PAOLO 37 *ad Edictum*): « *Non enim aequum est invitum suo praetio res suas vendere* ».

caso manca da parte del convenuto qualsiasi velleità di ricalcitare all'invito del giudice, egli anzi si dichiara disposto alla restituzione della cosa, ma nella materiale impossibilità di operarla, avendone perduto il possesso. Anche qui indubbiamente non vi è restituzione, ma ciò non avviene *per rapinam*, ma in conseguenza di circostanze per le quali il convenuto può essere imputato di sola colpa. Appunto in base a questa constatazione, il giudice costringerà sì il convenuto a pagare il valore della cosa perduta per sua colpa, ma lo esonererà dalla pena, condannandolo cioè a pagare il solo valore effettivo della cosa, e non la somma molto maggiore, che l'attore avrebbe potuto richiedere <sup>(120)</sup>. Però, siccome la somma pagata viene considerata tanto nel primo, quanto nel secondo caso prezzo della cosa (la pena sta infatti solo nell'aver lasciato all'arbitrio dell'attore la determinazione del prezzo), i giuristi, riconoscendo ciò, sono costretti ad ammettere l'acquisto dell'*in bonis* nell'ipotesi di contumacia, ove, nel momento in cui viene emanata la sentenza, il convenuto già possiede la cosa, e il diritto alla cessione delle azioni nell'ipotesi di perdita colposa, ove invece, mancando il possesso, il convenuto viene a trovarsi nelle condizioni di un *emptor*, che ha pagato la cosa, ma che non l'ha ancora avuta *tradita* <sup>(121)</sup>.

Nel caso in esame, abbiamo un convenuto che non si è rifiutato di restituire la cosa, ma che ha tenuto un contegno agli effetti analogo, tentando di farne perdere le tracce, allo scopo di ottenere una sentenza, nella quale si negasse ogni sua responsabilità nei confronti dell'attore. Anche qui, considerando i giuristi « *dolus pro possessione* », egli sarà condannato, « *ac si haberet* », a pagare non l'effettivo *praetium rei*, ma *quanti in litem actor iurave-*

<sup>(120)</sup> Non sarà quindi tenuto a nulla, se l'evento, in conseguenza del quale si è perduta la cosa, non era imputabile a lui; cfr. pag. 43.

<sup>(121)</sup> Cfr. D. 6 1 47, *supra* pag. 47 e *sgg.*



rit, e cioè una somma, che, per l'analogia con quanto è stabilito per la ipotesi di contumacia, dovrebbe essere considerata come il prezzo della cosa da lui non restituita. Contemporaneamente l'analogia con l'ipotesi di perdita colposa del possesso dovrebbe indurci a ritenere che anche qui, non avendo il convenuto presso di sé la cosa nel momento in cui viene condannato, manchino gli estremi della *brevi manu traditio*, e che per conseguenza anche il *reus qui dolo fecit quo minus possideret* debba essere considerato come un *quasi emptor*, ed ammesso a richiedere la *cessio actionis* e la *cautio de restituenda re*.

Ma, con nostra meraviglia, i principii che troviamo stabiliti nei testi sono precisamente gli opposti, poichè in essi viene affermato che il convenuto, che *dolo fecit quo minus possideret* non soltanto è tenuto a pagare la L. A. fissata dall'attore mediante *jusiurandum in litem*, ma che questo pagamento non lo autorizza in nessun modo a chiedere la *cessio actionis* e la *cautio*, D. 6 1 69 (PAOLO 13 *ad Sabinum*):

« *Is qui dolo fecit quo minus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, si quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum* ».

In conseguenza di questo principio, troviamo stabilito che il pagamento della L. A. da parte del convenuto, che ha perduto *dolo malo* il possesso, non impedisce all'attore di esperire la R. V. contro l'attuale possessore della cosa, e di ottenere così che questi gliela restituisca, o gli paghi la L. A. fissata anche in questo caso dall'attore stesso mediante *jusiurandum in litem*.

D. 5 3 13 14 (ULPIANO 15 *ad Edictum*):

« *Item si quis dolo fecerit, quo minus possideret, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus sit possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus libro quarto Digestorum tractat ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio-*

*nem, et magis evanescere ait, nisi petentis interest; certe, inquit, si paratus sit restituere, indubitatum est evanescere. Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur, eum qui possidet non liberabit* ».

D. 46 3 95 9 (PAPINIANO 8 *Questionum*):

« *Dolo fecisti, quo minus possideres quod ex hereditate ad alium pertinente adprehenderas: si possessor corpus aut litis aestimationem praestiterit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest: ceterum si tu ante conventus ex praeterite dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit* ».

Ma la nostra meraviglia aumenta, se si considera che in un altro testo viene affermato il principio diametralmente opposto, che cioè il convenuto con un'azione contrattuale (*depositi* o *commodati*), *quamquam dolo res absit*, può chiedere al giudice, prima che venga emanata la sentenza, che imponga all'attore la *cessio actionis*.

D. 42 1 12 (MARCELLO 4 *Digestorum*):

« *In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut actionibus suis dominus cedat* ».

La stridente antinomia fra D. 6 1 69 e D. 42 1 12 ha preoccupato i critici, i quali hanno inutilmente tentato ogni via per operare una conciliazione fra le due massime contraddicentisi <sup>(123)</sup>. Sarà quindi bene esaminare le varie ipotesi, che sono state avanzate, malgrado che sin da ora si possa dichiarare che nessuna di queste può essere accolta.

a) Secondo il POTHIER <sup>(123)</sup>, la massima di Paolo

<sup>(122)</sup> Altri invece, come il DE RUGGIERO (B. I. D. R. 19 pag. 19 n. 1), dichiarano addirittura di rinunciare alla speranza di poter dare una soluzione al problema.

<sup>(123)</sup> POTHIER, *Pandectae* h. l.; cfr. anche GOTOFREDO, *Pandectae* h. l., che già dava una identica spiegazione.

deve essere intesa limitatamente al solo stretto diritto, essendo impossibile che la *cessio actionis* negata al convenuto con la R. V., fosse poi concessa al convenuto con le azioni *commodati e depositi*, mentre in realtà il primo è colpevole solamente di dolo, ed il secondo di abuso di fiducia e di mala fede <sup>(124)</sup>: in tal modo, la massima stabilita *stricto jure* da Paolo in D. 6 1 69 sarebbe poi stata corretta da una pratica contraria imposta dall'equità, alla quale si riallaccierebbe il testo di Marcello.

Non credo che questa interpretazione possa essere accolta: la massima di Paolo, così come è redatta nel testo in esame, ha l'apparenza di un principio ancora attuale e vigente in tutta la sua integrità: sarebbe infatti stato per lo meno ridicolo se il giurista, dopo aver enunciato con tanta solennità il principio che « *qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur...* », indicando in tal modo un aggravamento ancora attuale della responsabilità del convenuto (*punitur*), aggiungesse poi che in realtà questo aggravamento esisteva solamente in teoria, poichè una prassi ormai definitivamente accolta lo aveva fatto sparire del tutto. Trattandosi di un principio ormai puramente storico, egli avrebbe dovuto usare per lo meno l'imperfetto, ma non mai il presente.

b) Un'altra interpretazione, che è quella che per molto tempo ha avuto il maggior seguito, è quella che, data già dalla *Glossa* <sup>(125)</sup>, ha poi trovato il suo massimo sostenitore nel CUIACIO <sup>(126)</sup>, secondo il quale Autore, le opposte decisioni sarebbero conseguenza dei diversi poteri

<sup>(124)</sup> POTHIER, op. cit.: « *in hoc iudicio (vindicationis) possessor doli dumtaxat, non etiam perfidiae reus est* ».

<sup>(125)</sup> *Glossa non habet ad h. l.*

<sup>(126)</sup> CUIACIO, *Operae* (ed. Mutin.) IV col. 290; *comm. in quaest. Papiniani ad l. 63 h. t.*; per la successiva letteratura cfr. MUHLENBRUCH, *Grundlehre der Cession* pag. 411, n. 374, che per primo ha negato l'attendibilità di questa interpretazione.

conferiti al giudice nei diversi giudizi, a seconda che si trattasse di *actiones stricti juris*, quale era la R. V., o di *actiones bonae fidei*, quali erano le *actiones commodati e depositi*; mentre in queste ultime il *latissimum officium iudicis* poteva permettergli di seguire i principii di equità, imponendo ad ambedue le parti « *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* », ciò non gli era possibile in un *iudicium stricti juris*, in quanto qui i suoi poteri erano ristretti ad accertare chi fosse il titolare del diritto (*si paret A. i A. i esse... condemna, si non paret absolve*), e, ove questi fosse l'attore, a invitare il convenuto a restituire, condannandolo, in caso di rifiuto, in denaro.

Anche questa interpretazione deve essere respinta: essa ha anzitutto il grave torto di provare troppo più del necessario, poichè infatti, ammesso che nei *iudicia stricti juris* i poteri del giudice fossero così limitati, da non conferirgli alcuna facoltà di ascoltare il convenuto che *dolo fecit quo minus possideret*, e che successivamente gli chiedesse di imporre all'attore la *cessio actionis*, una identica impossibilità sarebbe sorta per l'ipotesi del convenuto *qui culpa non fraude possessionem amiserit*, in quanto essa non derivava dall'esistenza o meno del dolo da parte di costui, ma dalla limitatezza dei poteri del giudice, limitatezza che era uguale nell'un caso e nell'altro, mentre invece le fonti, nel caso di perdita colposa del possesso, ci affermano il diritto del convenuto alla *cessio actionis*. È evidente quindi che la causa dell'antinomia fra i due testi non può essere ricercata in una circostanza puramente processuale, quali sono i diversi poteri del giudice nei giudizi *stricti juris* e in quelli *bonae fidei*, poichè qui si batte sicuramente falsa strada, dato che sin da ora si può dire che la causa non deve essere cercata altrove che nel dolo <sup>(127)</sup>.

<sup>(127)</sup> Un cenno a quanto è esposto sopra viene già dato dal LEVY, op. cit. pag. 508 n. 4 (*ist auch die Vindikation in Hinblick auf die Mä-*

A questo che può dirsi l'argomento principe, se ne possono aggiungere altri: infatti già il MUHLENBRUCH<sup>(128)</sup> ha notato che, se l'impossibilità di chiedere la *cessio actionis* è la pena del dolo, i differenti poteri del giudice non avrebbero potuto produrre alcuna conseguenza, in quanto in ogni azione, fosse essa *stricti juris*, fosse essa *bonae fidei*, il dolo trovava la sua sanzione, anzi maggiormente in queste ultime, ove il giudice era direttamente autorizzato ad indagare sull'esistenza o meno di esso; ed infine, osservava il LEVY<sup>(129)</sup>, se il diritto classico moveva dall'intento di porre un limite all'acquisto del possesso da parte del convenuto, questo limite doveva essere posto non fra azioni contrattuali e azioni reali, ma fra perdita colposa o fortuita da una parte e perdita dolosa dall'altra<sup>(130)</sup>.

c) Secondo il DONELLO<sup>(131)</sup>, le due opposte massime derivano dal fatto che nella R. V. il proprietario non era obbligato verso il possessore, col quale non era vincolato da contratto, come avveniva invece per le altre azioni: se quindi egli doveva fare qualche cosa per l'altro, ciò non poteva essergli imposto che dall'*arbitrium iudicis*, se

---

*glichkeit von judizialen Zessionen gewiss keine « strikte » Klage); cfr. anche MUHLENBRUCH, op. e n. cit.*

<sup>(128)</sup> MUHLENBRUCH, op. cit. pag. 383 della prima ed. 411 della quarta; cfr. anche WETZELL, *Vindikationsprozess* pag. 226 e sgg.; SCHMID, *Grundlehre der Cession* I pag. 264 e sgg.; LEVY, *Z. S. S.* 42 pag. 508; SIBER, *Pasivlegitimation* pag. 140 n. 1.

<sup>(129)</sup> LEVY, *Z. S. S.* 42 pag. 508.

<sup>(130)</sup> Si noti poi che l'*actio contraria commodati* non è affatto sicuro che fosse un *iudicium bonae fidei*, secondo il KUEBLER (*Z. S. S.* 38 pag. 75 e sgg.), e specialmente il BIONDI (*Bonae fidei iudicia, Annali Palermo* VII pag. 176, 183, 259 e sgg.), la formula di questa azione sarebbe invece stata *in factum concepta*.

<sup>(131)</sup> DONELLO, *Comm. ad Tit. Dig. de re iudicata sub l. 12* (Tomo XI pag. 200); in alcune edizioni questo commentario occupa la sede del l. XXVII dei *Commentarii juris civilis*, che il DONELLO non aveva avuto il tempo di redigere; l'interpretazione del DONELLO è stata accolta dal PELLAT (op. cit. pag. 388), ma senza l'apporto di nuovi argomenti.

lo esigeva l'equità, ed in questo caso non vi era nessuna ragione nè di diritto, nè di equità, per venire in aiuto di chi aveva commesso una attività dolosa; mentre invece, essendo il deposito e il comodato contratti reali bilaterali, vi era un'obbligazione anche dal lato del commodante o depositante, e questi era tenuto a rendere l'altro indenne, così che il secondo avrebbe potuto esperire contro il primo l'*actio contraria*, allo scopo di costringerlo a cedergli le azioni.

Ma anche questa spiegazione è inaccettabile: è vero che il proprietario che agiva con la R. V., non essendo legato da contratto contro il possessore, non era tenuto a nulla nei confronti di costui, se non in quanto lo esigevano ragioni di diritto o di equità, ma non è meno vero che, se esisteva un vincolo contrattuale fra commodante e depositante da una parte, e commodatario e depositario dall'altra, non sarebbe certo stato questo vincolo ad imporre ai primi di risarcire i secondi di tutti quei danni che avessero potuto subire nello svolgimento di un'attività dolosa ai danni dell'altro contraente. Cosicché, se il commodatario o il depositario, che avesse perduta *dolo malo* la cosa, e che per conseguenza fosse stato condannato a pagare *quantum in litem actor iuraverit*, avesse avuto poi l'improntitudine di esperire contro l'altro contraente l'*actio contraria commodati* o *depositi*, allo scopo di costringerlo alla *cessio actionis*, nessun giurista avrebbe certo negato al giudice il diritto di tener conto del precedente dolo di costui, e di frustrarne per conseguenza qualsiasi pretesa. Ammessa quindi la *cessio actionis* a favore del convenuto con l'azione contrattuale non vi sarebbe stata alcuna ragione di negarla al convenuto con l'azione di rivendica, o in genere con altra azione non contrattuale.

d) Un'ultima interpretazione è stata proposta recentemente dal LEVY<sup>(132)</sup>, il quale identifica l'elemento discri-

---

<sup>(132)</sup> LEVY, op. cit. pag. 508 e sgg.

minante nel fatto che, nel caso di esperimento della R. V., il dolo è extracontrattuale, nel caso invece di esperimento delle *actiones commodati o depositi*, il dolo è contrattuale, e, per conseguenza, non ha alcuna persecuzione giuridica per sè stante, ma è fatto valere come elemento della lesione contrattuale, che, secondo la regola generale, conduce solo alla *persecutio rei*, o a un risarcimento del danno, ma non mai ad una pena (*hic dolus ex contractu reique persecutione continet*)<sup>(133)</sup>; cosicchè, se il convenuto ha pagato la L. A. giurata, può pretendere dall'attore tutto ciò che può occorrergli per il regresso, come anche può far fronte ad ogni successivo esperimento dell'azione da parte del *dominus*; mentre invece nel primo caso si ha un delitto, che, come tale, è punito, e deve essere considerato come delitto anche se, per economia di mezzi giuridici, si rinuncia a concedere una azione *ex delicto* per sè stante, limitandosi invece ad inserire una clausola *doli* nella formula dell'*actio in rem*. Per conseguenza la L. A. giurata pagata dal convenuto con una azione contrattuale è considerata come *praetium rei*, anche se il calcolo del valore della *res* è affidato all'attore stesso, senza altro vincolo che quello molto problematico dell'*jusiurandum in litem*; la somma invece pagata dal convenuto con un'azione *in rem* è pena e non altro che pena, così che il proprietario sarà sempre libero di convenire il terzo possessore con la azione *in rem*, e di ottenere da costui o la cosa, o il valore di essa in base alla stima giurata.

Ma anche l'interpretazione proposta dal LEVY è tut-

(133) D. 16 3 7 1 (ULPIANO 30 *ad Edictum*): « *Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum: quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum unus heres tenetur, plures vero pro ea parte qua quisque heres est* ». Il testo è però notoriamente intp. (cfr. BESELER, Z. S. S. pag. 465) proprio nella parte del LEVY riportata.

t'altro che accettabile: essa ha però rispetto alle altre il grande merito di aver identificato quello che è il punto fondamentale del problema: questo infatti non potrà essere risolto se non dopo che sia stato determinato con precisione se nella L. A. giurata pagata dal convenuto, in caso di perdita dolosa del possesso, si debba effettivamente vedere una *poena doli*, o, come negli altri casi, un *praetium rei*.

Di L. A. giurata, come si è visto, si parla tanto per questa ipotesi, quanto per quella di contumacia, per la quale si è potuto accertare che la somma pagata dal convenuto in luogo della cosa è considerata come un *praetium rei*. D'altra parte il parallelismo fra i due casi è evidente, poichè, se per il primo dei due si ha un convenuto che cerca *dolo malo* di far sparire le traccie della cosa, allo scopo di frodare l'attore, conservandone il possesso, pur sfuggendo al pagamento della L. A., per l'altro si ha un convenuto, che, pur riconoscendo di possedere la cosa, si rifiuta di restituirla, così che, a voler stilizzare in poche parole questo parallelismo, si può dire che, se da un lato vi è dolo, dall'altro vi è rapina. Ma, ammesso ciò, la L. A. giurata dovrebbe essere considerata o pena o prezzo, ma sempre in modo identico tanto nell'ipotesi di contumacia quanto in quella di perdita dolosa del possesso, mentre invece per il primo la pena consiste solo nell'aver lasciato all'arbitrio dell'attore la determinazione del prezzo<sup>(134)</sup>.

Ciò è ampiamente dimostrato da un testo già altre volte citato, e ove appunto si definisce lo scopo e le funzioni dell'*jusiurandum in litem*, D. 12 3 1 (ULPIANO 51 *ad Sabinum*):

« *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res*

(134) Cfr. sopra pag. 26 n. 45 e 47 e sgg.



*pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei praetium* ».

Il testo, nella sua redazione attuale, avulso dai frammenti che lo precedevano, fa prova solo per l'ipotesi di contumacia, definendovisi l'*jusiurandum in litem* come il mezzo creato dalla giurisprudenza per punire il rifiuto del possessore di dare esecuzione all'*iussus iudicis*, il lasciare cioè all'attore la facoltà di stimare *ultra rei praetium* il valore della cosa.

Ma la forza probante del testo diventa molto maggiore, se lo si inserisce nel quadro della originaria trattazione ulpiana, poichè apparirà chiaro che la massima valeva anche per l'ipotesi di perdita dolosa del possesso, e che forse era stata addirittura emessa tenendo presente solo questa ipotesi.

Nel libro 51 *ad Sabinum* di Ulpiano solo due frammenti trattano della *condemnatio pecuniaria* e dell'*jusiurandum in litem*, e sono il nostro e il ben noto D. 6 I 68, ove veniva esaminata in origine la sola ipotesi di perdita del possesso in genere (*qui restituere iussus non paret [contendens non posse restituere]*)<sup>(135)</sup>, e sancito l'obbligo di pagare, in caso di perdita colposa *non plus quam quanti res est*, in caso di perdita dolosa *quanti adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit*. Se, come è sotto ogni aspetto probabile, il nostro testo era posto direttamente di seguito all'altro, la determinazione dello scopo dell'*jusiurandum in litem* doveva essere fatta proprio in funzione del caso esaminato precedentemente, e cioè della perdita dolosa del possesso; si deve quindi ritenere che l'inciso « *ex contumacia* », nella seconda parte del frammento, sia interpolato, come lo è l'altro « *ex contumacia non restituentis* », che si legge nella prima parte, o, ciò che

<sup>(135)</sup> Per l'interpolazione di questo inciso cfr. BETTI, *Obbligazioni romane* pag. 114.

è forse più probabile, che nell'originale ulpiano il testo dicesse « *ex contumacia aut dolo aestimatur ultra rei praetium* ».

Ammessa questa esegesi, se ne dovrebbe per conseguenza dedurre che la L. A. fosse considerata come un *praetium rei* tanto nel caso di contumacia quanto in quello di perdita dolosa, mentre invece la pena del dolo e della contumacia sarebbe stata costituita dall'aver lasciato al pieno arbitrio dell'attore la valutazione della cosa, anche *ultra rei praetium*; cadrebbe in tal modo quello che il fondamento dell'ipotesi del LEVY, poichè essendo la L. A. tanto per le *actiones in rem*, quanto per quelle *in personam*, *praetium rei*, se ne dovrebbe dedurre il diritto alla *cessio actionis* da parte del convenuto per ambedue i casi.

Però, siccome, dato lo stato in cui i testi ci sono pervenuti, non è possibile dare una esauriente dimostrazione dello stretto legame esistente fra i due frammenti, malgrado che questo sia sotto ogni aspetto probabile, la nostra esegesi non potrebbe uscire dal campo della mera congettura, se non fosse possibile dimostrare per altra via come essa effettivamente corrisponda al pensiero dei giuristi romani. Infatti il LEVY, nell'affermare che la L. A. nel caso in esame debba essere considerata pena e non altro che pena, non ha tenuto sufficientemente conto di altri testi, ove la sua ipotesi viene recisamente rinnegata.

D. 12 3 2 (PAOLO 13 *ad Sabinum*):

« Si [ve] nostrum quid petamus [sive ad exhibendum agatur], interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis [vel non exhibentis puniuntur]: cum vero dolus aut contumacia non restituentis [vel non exhibentis] quanti in litem iuraverit actor ».

<sup>(136)</sup> L'*inscriptio* 51 *ad Edictum*, che si legge nel Digesto per questo frammento, è notoriamente erronea, cfr. LENEL, *Paling. Ulpiano* 2987, II col. 1997 e n. 2.

D. 6 1 71 (PAOLO 13 *ad Sabinum*);

« *Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est* ».

I due testi sono ricavati dal libro 13 *ad Sabinum* di Paolo, come i già esaminati D. 6 1 46 <sup>(137)</sup> e h. t. 69, ed originariamente costituivano un'unica complessa trattazione <sup>(138)</sup> dedicata alla sola R. V. <sup>(139)</sup>, nella quale venivano esaminate le varie conseguenze del contegno del convenuto, che per una ragione o per un'altra non aveva dato

<sup>(137)</sup> L'*inscriptio* di questo testo nel Digesto è però l. 10 *ad Sabinum*; l'errore è del resto pacifico. Cfr. LENEL, *Paling. Pauli* 1826 1 col. 1282 n. 4.

<sup>(138)</sup> Conforme LENEL, *Paling.* I col. 1286 n. 1857 e 1858; il citato Autore però ordina i testi nel seguente modo: D. 6 1 69; D. 12 3 2; D. 6 1 71; io ritengo invece che essi vadano ordinati in modo alquanto diverso, e cioè anzitutto D. 12 3 2, ove Paolo poneva i capisaldi della sua trattazione (*Si nostrum quid petamus, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis punitur, cum vero dolus aut contumacia, quanti in litem iuraverit actor*); successivamente aggiungeva che, se l'attore si rifiutava di determinare la somma, la *condemnatio* doveva essere fissata dal giudice stesso, in base a *quod intersit agentis*; ed infine concludeva (con qualche taglio fra testo e testo ad opera dei compilatori) che la proprietà bonitaria *eius rei quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit, statim ad possessorem pertinet*, mentre invece negli altri casi (perdita colposa e dolosa), questo acquisto non si ha per mancanza di possesso, e che inoltre il *reus qui dolo fecit quo minus possideret*, a differenza di quanto è stabilito per la perdita colposa, *hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet etc....*

<sup>(139)</sup> L'inserzione dell'*actio ad exhibendum* in D. 12 3 2 è, a mio avviso, triboniana; normalmente si ritiene invece, sulle orme del GRADENWITZ (*Festgabe Güterbock* pag. 316; per la ulteriore letteratura cfr. *Index h. l.*) che siano state inserite dai compilatori le frasi che si riferiscono alla R. V.; io ritengo però che non si sia tenuto sufficientemente conto del fatto che il testo fa parte di un complesso di frammenti, che si riferivano alla R. V., e soltanto a questa azione.

esecuzione all'*iussus iudicis*, agli effetti della determinazione della L. A., e dell'ulteriore sorte della cosa.

Ambedue i testi sono stati ampiamente rimaneggiati dai compilatori; in ispecie il primo, ove è stata rotta l'armonia di un complesso di frammenti trattanti della sola R. V., mediante l'inserzione dell'*actio ad exhibendum*; se però qui il rimaneggiamento è più vasto, esso presenta in realtà un interesse molto minore che nel secondo <sup>(140)</sup>, ove i compilatori hanno operato ritocchi sostanziali, restringendo al solo *reus qui dolo amiserit possessionem* una massima che, per Paolo, si riferiva anche al *contumax*: ciò ci viene dimostrato sia dalla connessione con la chiusa di D. 12 3 2 (*cum vero dolus aut contumacia*), che contempla ambedue i casi, sia dalla stessa espressione *possessor*, che, con precisione, può riferirsi al solo *reus contumax*, l'unico che, nel momento in cui viene deferito all'attore l'*jusiurandum in litem*, possieda effettivamente la cosa, e solo per un'estensione dovuta a necessità di esposizione al *reus qui dolo fecit quo minus possideret* <sup>(141)</sup>, sia infine perchè la

<sup>(140)</sup> Infatti l'esperimento dell'*actio ad exhibendum*, nei riguardi della *condemnatio pecuniaria*, aveva effetti completamente identici a quelli della R. V. e di ogni altra azione in *rem* (cfr. supra pag. 41 n. 74).

<sup>(141)</sup> Le ragioni di tutto ciò sono intuitive: inserito in D. 6 1 68 il principio dell'esecuzione *manu militari* della sentenza, i compilatori dovevano necessariamente espungere dai passi successivi qualsiasi accenno alla *condemnatio pecuniaria*; viceversa le ipotesi di perdita colposa e dolosa della cosa continuavano a presentarsi nel diritto giustiniano non meno che per quello classico. L'attività compilatoria in D. 6 1 71 si può essere svolta o inserendo nel testo lo squarcio « *possessor... fecerit* » (l'originale sarebbe così stato « *quod si actor iurare non vult* »), come opina il LEVY (*Z. S. S.* 36 pag. 67 n. 4; 42 pag. 494 n. 2), ricostruzione che, a mio avviso, è resa poco probabile dal fatto che l'espressione *possessor* vi sarebbe stata introdotta, in luogo di *reus*, per indicare un convenuto che attualmente più non possiede; oppure accorciando il testo mediante l'eliminazione dell'accenno al *contumax* (*quod si possessor quidem non restituit, aut dolo fecit quod minus restituerit, actor vero iurare non vult*), ricostruzione che io credo sia sotto ogni aspetto più probabile. In tal caso

possibilità di un rifiuto a prestare l'*jusiurandum in litem* da parte dell'attore poteva sorgere in ambedue i casi, e doveva necessariamente portare all'identica conseguenza che la somma della condanna sarebbe stata fissata dal giudice stesso.

Posto ciò, la massima sancita in D. 6 1 71 acquista, nei riguardi della nostra ricerca, un significato di fondamentale importanza, e completamente diverso da quello che ha attualmente nella compilazione: tanto nell'ipotesi di contumacia quanto in quella di perdita dolosa del possesso, nella somma fissata dall'attore mediante *jusiurandum in litem* non si può più infatti vedere una pena (ciò che del resto nel primo caso è indiscusso), ma semplicemente un prezzo, la cui determinazione è lasciata all'arbitrio dell'attore, così come è lasciato all'arbitrio del convenuto il restituire o meno la cosa. La pena inflitta al dolo o alla contumacia di costui, se pure pena si può chiamare, è costituita solo dall'aver lasciato all'attore il pieno arbitrio nella determinazione del valore della cosa, cosicchè, se questi si rifiuterà, per qualche sua ragione, di fissarla, il convenuto ne andrà esente, in quanto sarà condannato a pagare l'effettivo *iustum praetium* della cosa; ma in ogni caso, sia operata la valutazione dell'attore mediante *jusiurandum in litem*, o sia invece operata dal giudice, la somma viene in definitiva sempre considerata *praetium rei*, anche se, in qualche caso, il suo ammontare supera di molto l'effettivo valore della cosa non restituita.

Tutto ciò trova conferma proprio in quei due testi già sopra citati (D. 5 3 13 13, ULPIANO 15 *ad Edictum*; D. 46 3 95 9, PAPINIANO 8 *Quaestionum*), nei quali si era normalmente vista una applicazione del principio sancito in D. 6 1 69:

---

la parola « *possessor* » dovrebbe essere intesa nel significato pregnante di chi possiede o ha posseduto precedentemente.

« *Item is qui dolo fecerit, quo minus possideret hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus libro quarto Digestorum tractat, ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio: et magis evanescere ait, nisi petentis interest: certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum est evanescere. Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur, eum qui possidet non liberabit* ».

« *Dolo fecisti, quo minus possideres, quod ex hereditate ad alium pertinente adprehenderas: si possessor corpus aut litis aestimationem praestiterit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest: ceterum si tu ante conventus ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit* ».

L'apprensore di cose ereditarie, se ne perde dolosamente il possesso, può essere convenuto, secondo quanto stabilisce Marcello seguito da Ulpiano, con l'*hereditatis petitio*, e ciò perchè *pro possessione dolus est* <sup>(142)</sup>; ma se l'erede ha identificato l'attuale possessore della cosa, e costui *paratus est iudicium pati*, Marcello si domanda se il giudizio già intentato contro il primo non *evanescat*; la risposta è affermativa, *nisi petentis interest*. Se però il possessore è pronto non soltanto a *iudicium pati*, ma addirittura a *rem restituere*, allora *indubitatum est evanescere*. Viceversa l'esperimento dell'azione contro *eum qui desiit* non impedisce che possa essere convenuto il *possessor* successivamente identificato.

Un caso apparentemente identico è prospettato da Papiniano: anche qui l'apprensore di cose ereditarie *dolo fecit quo minus possideret*, e può quindi essere convenuto con l'*hereditatis petitio*; se però l'attuale possessore *cor-*

---

(142) D. 50 17 131, cfr. anche h. t. 157 1.

*pus aut litis aestimationem prestiterit* di ciò sarà avvantaggiato anche *is qui dolo desiit*, poichè il pagamento della L. A., o la restituzione della cosa da parte del primo esonera il secondo da ogni responsabilità. Viceversa nessun vantaggio procurerà al possessore il pagamento della L. A. da parte di colui *qui dolo desiit*.

Le decisioni di Papiniano e di Marcello, apparentemente identiche, presentano in realtà differenze profonde: mentre infatti Marcello autorizza l'erede a scegliere fra l'esperimento dell'*hereditatis petitio adversus eum qui desiit* o *adversus possessorem*, escludendo questa scelta solo nel caso che costui si dichiari disposto ad operare l'effettiva restituzione della cosa (*certe... si paratus sit restituere, indubitatum est evanescere*), Papiniano invece sembra escludere la possibilità di convenire l'apprensore delle cose ereditarie, *quia nihil petitoris interest*, avendo già percepito dall'altro la L. A., o avendo già avuta restituita la cosa. Ciò è dovuto al fatto che le fattispecie contemplate nei due testi, pur coincidendo in quasi tutti i loro elementi essenziali, differiscono però in un punto di fondamentale importanza, nel momento cioè in cui viene dall'erede identificato l'attuale possessore della cosa: nel testo di Papiniano ciò avviene quando l'erede non aveva ancora esperito *adversus eum qui dolo fecit l'hereditatis petitio*, nel testo di Ulpiano quanto l'azione era stata invece già intentata contro costui, e forse anche contestata la lite, ma sempre però prima che fosse stato deferito all'attore l'*jusiurandum in litem* (*ne forte evanescat... litis aestimatio*).

Ma, ammesso ciò, è chiaro come le chiuse dei due testi, nelle quali si era vista normalmente una applicazione pratica del principio sancito in D. 6 1 69, interpretandole nel senso che il pagamento della L. A. da parte del *reus qui dolo fecit quo minus possideret* non libera il successivo possessore dalla possibilità di essere convenuto dall'erede con l'*hereditatis petitio*, perdono rispetto alla nostra ricerca ogni importanza, poichè esse, a nostro avviso,

non presuppongono che l'azione esperita contro il *reus* fosse stata portata fino alla condanna, ma soltanto che il giudizio fosse stato iniziato: essi infatti si limitano ad affermare che (D. 5 3 13 14), mentre l'esperimento dell'azione contro il successivo possessore libera da ogni responsabilità l'apprensore delle cose ereditarie, l'esperimento della azione contro l'apprensore (*ante conveniatur*) non libera il possessore, poichè l'erede potrà sempre lasciar cadere l'azione contro il primo, e rivolgersi contro il secondo, specialmente nel caso che costui si dichiari pronto alla effettiva restituzione della cosa; oppure che (D. 46 3 95 9) il pagamento della L. A. da parte dell'apprensore non fa acquistare alcun diritto al possessore, ciò che è del resto evidente, poichè, tanto se si accetta il principio stabilito in D. 6 1 69, quanto se si accetta quello stabilito in D. 42 1 12, egli potrà esser sempre convenuto con la *hereditatis petitio*, con la sola differenza che nel primo caso sarà l'erede stesso ad esperire l'azione, nel secondo invece *qui dolo fecit*, avendo costui ottenuto la *cessio actionis* col pagamento della L. A. nel precedente giudizio.

Ma i due testi, anche sotto un altro aspetto, presentano, nei riguardi della nostra ricerca, una fondamentale importanza: se la L. A. da pagarsi nel caso di perdita dolosa del possesso fosse *poena doli*, e non *praetium rei*, sia Marcello che Papiniano avrebbero dovuto riconoscere all'erede il diritto di convenire tanto l'attuale possessore, e di ottenere da costui o la cosa o la L. A. fissata mediante *jusiurandum in litem*, quanto l'apprensore, e di ottenere da costui la pena del suo dolo. Nè in questo secondo giudizio potrebbe ostare il fatto che egli ha già recuperato la cosa, o per lo meno percepito la L. A., poichè egli dedurrebbe in giudizio due pretese completamente diverse, un *praetium* nel primo, una *poena* nel secondo. Ma le decisioni dei tre giuristi sono precisamente le opposte, poichè essi escludono nel modo più reciso la possibilità di convenire



l'apprensore, e di percepire da costui la L. A., quando già la si è percepita dall'attuale possessore <sup>(143)</sup>.

Cade così il caposaldo dell'interpretazione del LEVY: infatti, stabilito che, anche nell'ipotesi di perdita dolosa del possesso, la somma che viene pagata dal convenuto all'attore non è la pena del dolo, ma il prezzo della cosa, perchè, a voler ammettere la prima ipotesi, si *actor iurare non vult*, il suo contegno dovrebbe essere considerato come una completa rinuncia a ogni diritto nei confronti del convenuto, e questi per conseguenza dovrebbe andare totalmente esente da pena, cade quella discriminante che il LEVY aveva creduto poter identificare fra le statuizioni di D. 6 1 69 e di D. 42 1 12, in quanto sia nell'ipotesi di possessore convenuto con la R. V., o con altra azione *in rem*, sia in quella di detentore convenuto con una azione *ex contractu* (*depositi* o *commodati*), la somma pagata da *qui dolo fecit quo minus possideret* deve essere considerata sempre e soltanto *praetium rei*, e per conseguenza il diritto a chiedere la *cessio actionis* deve essere negato o concesso in ambedue i casi, ma sempre ugualmente.

Respinto ogni precedente tentativo di interpretazione, e per motivi, a mio modesto avviso, fondati, possiamo passare alla nostra esegesi. E' anzitutto da premettere che, nell'esame di questi due testi, non è stato sufficientemente tenuto presente che essi fanno parte di un complesso di testi, sopra i quali l'attività dei compilatori si è svolta su larghissima scala <sup>(144)</sup>, ciò che è del resto pacifico, in quan-

<sup>(143)</sup> Si noti poi che la decisione di Marcello, cui si rifà Ulpiano, è ricavata proprio dal l. 4 *Digestorum* (*de rei vindicatione*), e cioè dallo stesso libro dal quale è estratto D. 42 1 12, al quale con ogni probabilità era originariamente collegata (cfr. LENEL, *Paling. Marcello* 30, 31 1 col. 594).

<sup>(144)</sup> A torto quindi il LEVY (op. cit. pag. 507) afferma che « *die hiernach diametral entgegengesetzte Stellungnahme beider Fragmente zu erklären, ist die Interpolationensonde mit Recht nicht angelegt worden:*

to essi si riallacciano a quel principio della *condemnatio pecuniaria*, che il diritto giustiniano aveva completamente respinto, sostituendolo con quello dell'esecuzione *manu militari* della sentenza. Stabilita questa premessa, che certo non potrà essere considerata illegittima, è ovvio il sospetto che uno di questi due testi sia stato rimaneggiato dai compilatori.

Quale esso possa essere è anche evidente: di due frammenti, uno dei quali completamente fuori della sua *sedes materiae*, quale è D. 42 1 12, che è tratto dal titolo *de re iudicata*, l'altro invece D. 6 1 69, non soltanto posto *in sede materiae* (*de rei vindicatione*), ma collegato a frammenti interpolati materialmente o idealmente, quali h. t. 68 e 70, quello sul quale si è autorizzati ad appuntare i proprii sospetti non può essere che il secondo.

Ma, a parte queste constatazioni di ordine generale, il testo stesso, nella sua sostanza, è tutt'altro che immune da sospetti: il possessore convenuto con l'*actio in rem*, prima che fosse emessa la sentenza con cui lo si condannava a pagare *quanti ea res est*, poteva chiedere la *cessio actionis*, che il giudice costringeva l'attore ad operare immediatamente <sup>(145)</sup>, e nello stesso tempo chiedere una *cautio de*

*denn wenn auch vielleicht namentlich das Fragment 12 bei der Loslösung aus dem Urtext eine Veränderung erlitten hat, so wird diese seinen Sinn schwerlich beruht haben*». Certo non si possono ritenere felici i precedenti saggi di critica interpolazionistica, cui questi due frammenti sono stati fino ad ora sottoposti, in quanto che l'unico, che li abbia sino ad ora esaminati secondo questo ordine di idee, il BESELER (*Beitr.* III pag. 188) appunta i proprii sospetti proprio su quel frammento 12, che in realtà è tale da poter resistere a qualsiasi critica. Ma un'indagine rivolta in questa direzione può ritenersi a priori caduca, essendole contrario, non fosse altro, il criterio fondamentale della *sedes materiae*. Se fra i due testi in esame ve ne è uno interpolato, questo non può essere altro che il frammento 69.

<sup>(145)</sup> L'obbligo di operare la *cessio actionis* sul momento appare in ogni altro testo: D. 6 1 21 (... *ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei*

*restituenda re*, che anch'essa gli veniva rilasciata prima che fosse emessa la sentenza. In tal modo, i rapporti fra attore e convenuto, sin dal momento in cui veniva pagata la L. A., erano definitivamente chiusi, salvo la possibilità di ricupero della cosa da parte dell'attore, e conseguente esperimento dell'*actio ex stipulato* contro di lui.

Invece nel testo in esame il caso prende un aspetto molto più complesso: l'attore, invece di cedere le azioni, prima che venga emanata la sentenza di condanna, sembrerebbe debba prestare (oltre che la *cautio de restituenda re*, della quale però non si fa parola), anche una *cautio de cedendis actionibus*, rinviandone ad un secondo momento l'effettiva cessione. Ciò è indubbiamente strano: non che tutto ciò non possa assolutamente verificarsi, ma non si spiega perchè in un testo, ove viene emesso un principio di carattere generale, questo venga posto non in ordine al caso normale (*cessio actionis* prima che venga emanata la sentenza), ma in ordine ad una situazione puramente eccezionale (promessa di cessione). A ciò si aggiunga che nessun altro testo accenna in alcun modo all'altro mezzo di protezione del convenuto, la *cautio de restituenda re*, così da rendere lecita l'ipotesi, in realtà assurda, che il convenuto, pur non potendo chiedere la *cessio actionis*, avesse poi diritto di pretendere la *cautio de restituenda re*.

A ciò si aggiunga l'insulso inciso « ... *actiones, si quas eius rei nomine habeat* », che, a volerlo prendere alla lettera, ci autorizzerebbe ad ammettere che Paolo ritenesse possibile il caso che l'attore non avesse nessuna azione da

*actionibus suis cedat*); D. 6 1 63 (*Si culpa... quis possessionem amiserit... audiendus erit a iudice si desideret ut adversarius ei actionibus suis cedat*); D. 19 2 60 1 (... *tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet*); D. 19 2 25 8 (*necesse est dominum vindicationem eorum et conditionem cedere*); D. 42 I 12 (... *ut ei actionibus suis dominus cedat*).

cedere al convenuto. Ma è evidente che, ammesso ciò, non soltanto egli non avrebbe avuto nessuna azione da cedere, ma neanche da intentare, poichè il più la palissiano principio di diritto è che la qualità di attore è data dall'essere titolare di un'azione.

Sorge così legittimo il sospetto che il testo sia stato rimaneggiato in modo tale da sostituire la *cessio actionis* alla *cautio de restituenda re*: Paolo quindi si sarebbe limitato a negare la possibilità di chiedere questo secondo mezzo, e vedremo più tardi il perchè, i compilatori invece si sarebbero preoccupati di eliminare il primo dei due, indubbiamente il più importante, pensando forse che, negata la *cessio actionis*, dovesse ritenersi negata per necessaria conseguenza anche la *cautio*.

L'originale sarebbe stato quindi il seguente:

« *Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet [actiones, si quas eius rei nomine habeat] < rem, si in potestate sua veniat >, se ei praestaturum* ».

Questa ricostruzione è confermata da quanto si è potuto ricavare dall'esame di D. 12 3 2 e di D. 6 1 71: dato infatti il parallelismo risultante da questi due testi fra le ipotesi di contumacia e di perdita dolosa del possesso, e dato il principio che *litis aestimatio similis est emptioni*, e che, per conseguenza, *qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est*, principio che vale per tutti i possibili casi di condanna al pagamento di una somma di denaro, in conseguenza della mancata restituzione della *eadem res*, e non soltanto per la contumacia, e dato infine che da D. 6 1 71 si è potuto ricavare che la L. A. fissata dall'attore costituiva sempre il *praetium rei*, sia che si trattasse di contumacia, sia di perdita dolosa del possesso, era evidente che i giuristi classici dovevano giungere necessariamente alla conseguenza di ammettere l'acquisto dell'*in-*

*bonis* nel primo caso, il diritto alla *cessio actionis* nell'altro.

In quanto poi all'inciso « *si quas eius rei nomine habeat* », esso può essere spiegato soltanto col fatto che i compilatori, nel loro lavoro di rifacimento, abbiano meccanicamente sostituito alla condizione del ricupero della cosa, necessaria per l'esperibilità della *actio ex stipulatu*, l'altra, senza pensare che, se la prima aveva una giustificazione logica, la seconda invece non avrebbe avuto nessun plausibile significato <sup>(146)</sup>.

---

<sup>(146)</sup> Il principio dell'impossibilità da parte di chi *dolo desinit possidere* di richiedere la *cessio actionis* viene ricavato non soltanto dal sopra esaminato D. 6 1 69, ma anche da altri testi, e cioè: a) D. 6 1 63, che in realtà si occupa della perdita colposa del possesso, ma che nel periodo iniziale (*si culpa non fraude quis possessionem amiserit*) contiene implicitamente un diniego del diritto di chiedere la *cessio actionis* per chi *fraude possessionem amiserit*. Si può facilmente comprendere quale importanza abbia la testimonianza di questo testo, che, come si è visto (pag. 53 e sgg., 74 e sgg.), è notoriamente rimaneggiato in ogni sua parte, tanto più poi se si tien presente il fatto che qui la perdita dolosa del possesso è indicata anche in modo tecnicamente poco felice (*non fraude*, invece di *non dolo*), e che non appare in nessun altro testo (per l'intp. di questo inciso cfr. anche BESELER, Z. S. S. 47 pag. 362; b) D. 5 3 25 8 (ULPIANO 15 ad Edictum): « *Perinde* », inquit, « *condemnandos quasi possiderent* »: *merito: nam is qui dolo fecit quo minus possideret, ut possessor condemnatur. Accipies, sive dolo desierit possidere sive dolo possessionem noluerit admittere. Sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non extet, locum habebit haec clausola. Unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur* ». Il passo è però notoriamente interpolato (cfr. LENEL, *Textkritischen Miscellen* Z. S. S. 39 pag. 151; BOYÉ, N. R. H. 5, 1926, pag. 559; KRUEGER, *Digesto* h. I.; BESELER, *Beitr.* IV pag. 29); i critici però non sono d'accordo sulla ricostruzione del testo originario; è ad ogni modo indubbiamente compilatoria la chiusa da *unde* in poi, come anche lo squarcio « *merito... condemnatur* » (quest'ultimo è forse da ritenersi piuttosto un glossa, cfr. LENEL, op. cit.; BOYÉ, op. cit.; KRUEGER, op. cit.), così che questo testo non soltanto perde ogni valore nei riguardi della nostra indagine, per quello che è il diritto classico, ma ci conferma addirittura l'ipo-

Facilmente si spiegano anche le ragioni per cui i compilatori hanno interpolato nel modo suddetto il nostro testo: stabilito il principio dell'esecuzione *manu militari* della sentenza, è evidente che tutti i numerosi testi fino ad ora esaminati, e che ancora parlano di condanna in denaro, e di conseguente acquisto della proprietà (non più di *in bonis*, dato che essa è ormai una) da parte del convenuto, in tanto sono stati conservati nella compilazione, in quanto l'interpretazione che ne è stata data è nel senso, che si era avuta una transazione fra attore e convenuto, in base alla quale il primo, pur essendo stato riconosciuto dal giudice proprietario della cosa, aveva rinunciato al proprio diritto in favore del secondo <sup>(147)</sup>. Interpretati i testi in questo senso, i due principii apparentemente antitetici dell'esecuzione *manu militari* della sentenza, e dell'acquisto del dominio in seguito a L. A. potevano convivere a fianco l'uno dell'altro nella compilazione, venendo a sparire ogni contraddizione fra di loro, dato che il secondo aveva assunte le caratteristiche di un accordo bonario fra le parti. Ciò era naturalmente possibile solo per quei testi che originariamente trattavano della contumacia, nei quali al rifiuto op-

---

tesi che il divieto di chiedere la *cessio actionis* sia una innovazione giustiniana, risultandoci essa dovuta sicuramente alla mano del compilatore tanto qui, quanto in D. 6 1 63; del resto, anche a voler ammettere la parziale classicità della chiusa, questa non potrebbe certo far prova contro la nostra ipotesi, poichè, da quanto è disposto dai par. precedenti e successivi del frammento 25 (specialmente 2, 9, 10), appar chiaro che il pronome « *uterque* » va inteso nel senso non di l'uno e l'altro, ma di l'uno o l'altro, e successivamente tutti gli altri varii possessori della cosa ereditaria: sarebbe così confessata l'esperibilità dell'azione contro costoro ma non in concorso. In quanto poi a D. 5 3 13 14 e a D. 46 3 95 9, quanto si è detto sopra sarà sufficiente a dimostrare che essi non soltanto non contrastano con la suesposta ipotesi, ma che anzi ne costituiscono una notevole conferma.

<sup>(147)</sup> Cfr. infra pag. 103 e sgg.

posto dal possessore all'ordine di restituzione del giudice veniva sostituito il consenso dell'attore a che la cosa restasse nelle sue mani, in cambio di una determinata somma di denaro; non lo era invece per quei testi che si riferivano alla perdita dolosa del possesso, in quanto il crollo dei principii classici, per i quali *omnium formularum quae condemnationem habent ad pecuniam aestimationem condemnatio concepta est* <sup>(148)</sup>, e la *litis aestimatio similis est emptioni*, così che il *dominium eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit, statim ad possessorem pertinet*, dovevano produrre come necessaria conseguenza il crollo di tutte le norme dettate in caso di perdita dolosa del possesso: infatti il *reus*, in questo caso, non era addivenuto ad un accordo con l'attore, in base al quale costui avesse rinunciato in suo favore alla proprietà della cosa, aveva anzi tentato con il proprio dolo di togliere all'altro la possibilità di recuperare il possesso della cosa, possibilità derivantegli dal principio dell'esecuzione *manu militari* della sentenza, in quanto è logico che, se l'attore respingeva ogni tentativo di accordo propostogli dal convenuto allo scopo di conservare la cosa, il giudicato doveva essere eseguito. Quindi, nell'ipotesi di perdita dolosa del possesso, non poteva in nessun modo supporre un accordo bonario fra attore e convenuto, per conseguenza, fermo restando ogni diritto del primo a recuperare la cosa da chiunque la possedesse, doveva necessariamente venir negato al secondo quel diritto a chiedere la *cessio actionis*, che i giuristi classici, in base al principio che *litis aestimatio similis est emptioni*, e che, per conseguenza, *qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est*, riconoscevano tanto a chi *culpa*, quanto a chi *dolo desinit possidere*; così la som-

(148) GAI, IV 48.

ma, al cui pagamento costui ora viene condannato, non è più *praetium rei*, ma pena, e non altro che pena. Di qui l'interpolazione materiale di D. 6 1 69, e l'altra puramente ideale di D. 6 1 70, che, mentre nell'originale si riferiva alla *condictio ex causa furtiva*, ora è invece inteso nel senso che il convenuto con la R. V., che *dolo fecit quo minus possideret*, non soltanto non ha diritto alla *cessio actionis*, ma neanche alla Publiciana utile, che i compilatori concedono a chi *culpa non fraude possessionem amiserit*, poichè, mentre questi, pagando la L. A., paga il *praetium rei*, l'altro invece paga soltanto la pena pel suo dolo, e per conseguenza non acquista alcun diritto sulla cosa.

Un punto resta ancora da esaminare: il testo di Paolo, nella ricostruzione sopra proposta, viene ricondotto alla *cautio de restituenda re*, che verrebbe in tal modo negata al *reus qui dolo fecit quo minus possideret*. Se però il pagamento della L. A. costituiva il *praetium rei* nell'ipotesi di perdita tanto colposa, quanto dolosa del possesso, ci si può domandare perchè sia stata concessa al secondo soltanto una parte di quei mezzi giuridici concessi al primo. Io credo che la mancata concessione della *cautio* nell'ipotesi di perdita dolosa del possesso non soltanto non costituisca una difficoltà alla suesposta esegesi, ma che anzi fra quanto è stabilito in proposito per questa ipotesi, e per quanto per quella di contumacia ne dia una notevole conferma.

Imporre la *cessio actionis* a favore del convenuto ad un attore, che aveva percepito la L. A. da lui stesso fissata mediante giuramento, era una conseguenza logica del principio che *litis aestimatio similis est emptioni*, come lo era il riconoscere l'acquisto dell'*in bonis* da parte del *contumax*. Ma d'altra parte occorre anche tener conto del fatto che il convenuto, con la propria contumacia o col proprio dolo, aveva impedito all'attore di recuperare la



sua cosa, e che quindi non aveva diritto di pretendere che l'altro si obbligasse verso di lui ad un contegno che egli stesso non aveva tenuto. Per conseguenza, ottenuta la *cessio actionis*, e cioè il minimo necessario per poter recuperare la cosa, nulla più poteva pretendere dall'attore, e tanto meno che costui si obbligasse a restituirlgli, se mai tornasse nelle sue mani, una cosa, che egli stesso, malgrado che il giudice lo avesse invitato a restituire, aveva fraudolentemente tentato di far sparire. In altri termini, il concedere a costui la *cautio* avrebbe significato concedergli qualche cosa di più di quel minimo, che necessità di convivenza sociale imponevano: egli aveva perduto, sia pure dolosamente, la cosa, ne aveva però pagato il prezzo, per conseguenza il giudice doveva porlo nella possibilità di ricuperarla, e a ciò giungeva mediante la *cessio actionis*, qualunque altra maggiore protezione giuridica sarebbe stata un premio del suo dolo.

Una identica statuizione manca naturalmente nei riguardi della contumacia, essendo in contrapposto con le sue stesse premesse, ma l'identico principio direttivo appare per quanto è stabilito nei riguardi della garanzia di evizione: infatti, mentre, se la cosa venduta viene rivendicata da un terzo, il compratore può esperire contro il venditore l'*actio auctoritatis*, l'attore invece, anche dopo aver percepito la L. A. non ha nessun obbligo del genere verso il convenuto, appunto perchè il trasferimento della proprietà non è avvenuto col suo consenso <sup>(149)</sup>. Questa decisione può essere spiegata soltanto col fatto che i giuristi anche qui si sono limitati a riconoscere che il pagamento della L. A. rende sì il convenuto *emptoris loco*, ma non

(149) D. 6 1 35 2 (ULPIANO 21 *ad Edictum*): « *Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine cuius aestimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem* ». D. 25 2 10 (POMPONIO 16 *ad Sabinum*): « *Ideoque nec debere eum pro evictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit* ».

hanno voluto d'altra parte rendere l'attore responsabile di quelle che in realtà erano le conseguenze della pertinacia del convenuto, nel caso che apparisse il vero proprietario della cosa, come non avevano voluto imporre all'attore l'assunzione di un impegno, che tutto il precedente contegno del convenuto gli dava il diritto di rifiutarsi di assumere.

Ancora poche osservazioni restano da fare sulla questione dell'acquisto del dominio: nei riguardi del *reus contumax* si è visto che il pagamento della L. A. costituiva costui titolare dell'*in bonis*, non però del *dominium ex jure Quiritium*, che continuava a competere all'attore, sino a che non fossero trascorsi l'anno o il biennio necessari per l'usucapione, e ciò in conseguenza dell'esser mancate le forme solenni per il trasferimento della proprietà.

Invece nei riguardi tanto del *reus qui culpa*, quanto del *reus qui dolo desinit possidere*, i dati che abbiamo potuto sino ad ora raccogliere ci permettono di escludere nel modo più categorico una simile concezione: infatti, perchè si potesse avere trasferimento dell'*in bonis*, non bastava nè la sentenza, e neanche il pagamento della L. A. all'attore, ma occorreva che la cosa stesse materialmente in possesso del convenuto, così come nella compra vendita non sarebbe bastato il semplice accordo fra le parti a trasferire la proprietà, e ciò perchè *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*. Perchè dunque la sentenza con la quale il giudice condannava il convenuto a pagare una determinata somma di denaro all'attore producesse i suoi effetti nei riguardi del trasferimento della proprietà bonitaria occorreva che il convenuto possedesse materialmente la cosa, così che si potesse verificare quella trasformazione dello stato d'animo fra le parti, per cui il convenuto potesse possedere come propria la cosa, col consenso, o per lo meno con l'acquiescenza dell'attore.

Ma l'essere la cosa in possesso del convenuto è una circostanza che è in contrasto con le stesse nostre premes-

se, in quanto che, nei casi di perdita colposa o dolosa del possesso, la sentenza di condannata al pagamento di una determinata somma di denaro è emanata in base appunto al presupposto dell'attuale inesistenza del possesso; per conseguenza l'acquisto della proprietà della cosa da parte del convenuto doveva essere rinviato al momento in cui *possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris*, al momento cioè in cui incominciasse a possedere la cosa come propria, e cioè col consenso buono malgrado dell'attore.

Naturalmente necessità di convivenza sociale, oltre che giuridiche, esigevano che il pretore garantisse il diritto del convenuto nel periodo intercorrente fra la condanna e l'acquisto dell'*in bonis*, poichè, a voler ammettere che, sino a questo momento, unico proprietario e unico titolare delle azioni di proprietà fosse l'attore si sarebbe avuta la grave conseguenza di vedere moltiplicati i giudizi, senza nessun pratico risultato. Di qui, come si è visto, il regime della *cessio actionis* e, in caso di perdita colposa, della *cautio de restituenda re*. In tal modo il convenuto, sia che avesse perduto colposamente, sia dolosamente la cosa, veniva costituito *cognitor o procurator in rem suam*, così che la situazione veniva ad essere sostanzialmente modificata, ma sempre solo limitatamente alla possibilità da parte di costui di recuperare la cosa, in quanto egli poteva sì esperire le azioni del *dominus*, ma sempre in qualità di mandatario giudiziale, sia pure con dispensa di rendere conto del proprio operato, cosicchè l'acquisto del dominio *statim* restava pur sempre escluso, poichè, dati i principii regolatori dell'istituto del mandato giudiziale, il trasferimento dei diritti dal cedente al cessionario non avveniva che nel momento della *litis contestatio* fra costui e il terzo possessore, mentre la formula dell'*actio cessa* continuava ad affermare nella propria *intentio* il diritto dell'antico *dominus*.

Tutto ciò per diritto classico; il diritto giustiniano

presenta il completo capovolgimento di questa situazione: infatti mentre da una parte troviamo che la L. A. pagata dal *reus qui dolo fecit quo minus possideret* cessa di essere il *praetium rei* per diventare la pena del dolo, e che per conseguenza costui, col pagamento della L. A., non soltanto non acquista l'*in bonis*, ma gli è negato persino il diritto di chiedere la *cessio actionis* e di essere in tal modo costituito *cognitor in rem suam*, così che la possibilità da parte di costui di diventare proprietario della cosa viene ad essere eliminata per il momento e per l'avvenire, troviamo d'altra parte che il diritto al recupero della cosa del convenuto qui *culpa desinit possidere* viene portato alle sue possibilità estreme, poichè l'azione che gli viene concessa non è più l'azione del *dominus* cedutagli ad opera del giudice, e che egli esperisce in qualità di mandatario giudiziale, ma è una azione a sè completamente distinta dalle altre, la Publiciana utile che troviamo indicata in D. 6 1 63 e in h. t. 70. E le conseguenze della concessione di questa azione sono, nei riguardi del diritto di proprietà, incommensurabili: infatti, dato il principio fondamentale che dove è l'azione là è il diritto, colla concessione di questa Publiciana si è concesso addirittura a chi *culpa desinit possidere* il diritto di proprietà, sin dal momento in cui da costui è stata pagata la L. A., come se la cosa fosse stata da lui posseduta, in quanto che sin da questo momento egli potrà esperire contro il possessore della cosa una azione *in rem*, del tutto indipendente da quella che costui avrebbe potuto cedergli, e con la quale egli otterrà il ricupero della cosa, anche dalle mani dell'antico *dominus*, senza che questi sia autorizzato a restituirlgli, in luogo della cosa controversa, la L. A. che nel precedente giudizio aveva da lui già percepito <sup>(150)</sup> <sup>(151)</sup>.

<sup>(150)</sup> Cfr. D. 6 1 63 in fin.

<sup>(151)</sup> Ammessa la suesposta esegesi, se ne potrebbe ricavare che il convenuto, che ha perduto colposamente il possesso della cosa, se, dopo

aver pagato la L. A. all'apparente *dominus*, e dopo aver recuperato il possesso della cosa dal terzo, viene convenuto una seconda volta dal vero *dominus*, possa a sua volta convenire l'attore del precedente giudizio e ottenere da costui la restituzione della L. A. pagatagli. Di ciò non vi è alcuna traccia nelle fonti, ma la possibilità scaturisce dallo stesso confronto con l'ipotesi di contumacia, e, ritengo anche, di perdita dolosa del possesso, ove ciò viene negato perchè *sibi imputare debet qui non restituit rem*, come anche dall'analogia col caso contemplato in D. 6 1 57 e in h. t. 52. e cioè di due *rei vindicationes* intentate contemporaneamente da due diverse persone, o di R. V. e di *actio furti*.

L'azione che costui potrebbe esperire è probabilmente la *condictio indebiti*, o la *condictio sine causa*; non vale però l'analogia con D. 12 7 2, testo nella sua chiusa notoriamente intp.

---

---

### III. — NATURA DELL'ACQUISTO.

Giunti a questo punto la nostra ricerca, per quanto riguarda almeno le sorti della cosa controversa, può dirsi definitivamente esaurita; restano però ancora da esaminare alcuni punti ad essa connessi.

Risultatoci dall'indagine fino ad ora svolta che la L. A. pagata dal convenuto all'attore era considerata come *praetium rei*, dovremmo logicamente definire il nostro istituto come un modo di acquisto a titolo derivativo della proprietà, così che la stima della cosa compiuta dal giudice o dall'attore debba essere considerata come una rinuncia compiuta buon o malgrado da costui in favore del convenuto alla proprietà della cosa.

Tale è in complesso l'opinione dominante, la quale però non soltanto ammette il principio dell'acquisto a titolo derivativo della proprietà, ma lo porta addirittura alle estreme conseguenze, poichè, in base a quel testo di Paolo, che aveva già costituito il punto di partenza per la teoria dell'acquisto del *dominium ex jure Quiritium*, e dove si trova affermato che l'attore, col fissare mediante *jusiurandum in litem* la somma che intende avere dal convenuto in cambio della cosa « *transegisse enim et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* », disinteressandosi completamente da quanto viene stabilito in altri testi, e che mal si accorda con principio enunciato in D. 6 1 46, configura la L. A. come una transazione fra attore e convenuto, in base alla quale il primo rinuncia in favore

del secondo alla proprietà della cosa, accettando in cambio una somma da lui stesso fissata <sup>(152)</sup>.

Questa concezione, pur essendo accolta dal maggior numero degli studiosi, non può dirsi però che ne raccolga l'umane consenso, essendo stata anzi recentemente avanzata una concezione del tutto opposta, per la quale l'acquisto della cosa per L. A. dovrebbe essere considerato come un acquisto a titolo originario, derivando esso dall'intervento della volontà del convenuto fra la *pronunciatio* del giudice e la sua attuazione, contrapponentesi, col trattenere la cosa presso di sé, alle volontà riunite del giudice e dell'attore, così da affermare e creare la propria signoria sulla cosa, spezzando ogni legame fra il nuovo diritto di proprietà e quello del precedente titolare <sup>(153)</sup>.

Al punto cui noi siamo giunti si può già affermare con relativa sicurezza che questa seconda configurazione data all'istituto della L. A. non può essere accolta, essendo in contrasto, si può dire, con tutti i testi che ad essa si riferiscono. Un rapido *excursus* di questi testi ce ne darà la prova:

<sup>(152)</sup> Cfr. per la pandettistica GLÜCK, *Pandette* VI pag. 192 n. 60; ARNDTS, *Pandette* pag. 311; DERNBURG, *Pandette* I pag. 312; WINDSCHEID, *Pandette* pag. 192 n. 12 (altri saranno cit. in seguito); che l'*jusiurandum in litem* avesse carattere di atto dispositivo contrattuale è stato anche affermato dal BETTI (*Studii* cit. I pag. 54 e sgg., specialmente pag. 56), sempre in base a D. 6 1 46.

<sup>(153)</sup> ARANCIO RUIZ, *Istituzioni*<sup>2</sup> pag. 171 e 178; seguito dal DE FRANCISCI, *Translatio dominii* pag. 17; *Il trasferimento della proprietà* pag. 135; il LEVY, il quale, partendo dal principio della *Enteignung des Klagers*, sembrerebbe dover giungere necessariamente a definire la L. A. come un modo di acquisto a titolo originario, si schiera invece a lato dell'opinione tradizionale, affermando che « *die Schätzung des schwörende Klagers ohne oder mit taxatorisches Begrenzung nach seien freien Ermessen vornahm, bedeutete in erster Linie zwar nur das Zahlungsverlangen einer Partei. Weil jedoch dieses Verlangen die Urteilsurteile in bindenden Weise bestimmte enthielt zugleich eine — novum gesprochen: rechtgestaltende — Willenserklärung in der man das fehlende Vertragselement zur Not finden konnte und fand...* » (op. cit. pag. 487 e 488).

a) dati preziosi ci sono anzitutto forniti dal già esaminato D. 6 1 47 <sup>(154)</sup>, ove si afferma che, per avere il trapasso del dominio, nell'ipotesi che la *res* sia *absens*, occorre che *possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris*. Anche qui, prescindendo dal parallelismo col l'istituto della *brevi manu traditio*, già altrove messo in luce, e che dal testo balza evidente, basterebbe la sola espressione *ex voluntate actoris* ad autorizzarci a stabilire con sicurezza che l'acquisto dell'*in bonis* non aveva origine da una volontà del convenuto contrapposta alle volontà riunite del giudice e dell'attore, così da spezzare ogni legame fra la signoria del nuovo titolare e quella del precedente, poichè anzi proprio dalla volontà dell'attore esso richiama la propria legittimazione, anche se il consenso di costui a cedere la cosa al convenuto era in realtà più apparente che effettivo, essendogli stato strappato dalla pertinacia dell'avversario. Costui infatti, rifiutandosi di restituire la cosa, non soltanto poneva l'attore nell'impossibilità di esperire una seconda volta l'azione, ma lo costringeva anche a riconoscere come legittimo il fatto compiuto, e a rinunciare, sia pure *ob torto collo*, alla proprietà della cosa. Del resto l'eventualità che il possessore non restituisse la cosa poteva essere facilmente prevista dal proprietario, il quale ben sapeva che l'ordinamento processuale romano, posto che *omnium formularum quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* <sup>(155)</sup> non gli concedeva alcun mezzo per recuperare materialmente la cosa.

b) i dati fornitici da D. 6 1 47, già di per sé tanto persuasivi, acquistano una molto maggiore importanza, se si pongono a confronto con altri testi, ove la L. A. viene posta a fianco alla compra vendita, alla permuta, alla *da-*

<sup>(154)</sup> Cfr. pag. 48 e sgg.

<sup>(155)</sup> GAI IV 48.



*tio in solutum*, alla donazione, tutti modi di acquisto a titolo derivativo; fra questi è da notarsi anzitutto D. 42 4 15 (ULPIANO 6 *fideicommissorum*):

« *Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is qui rem in solutum accepit, vel qui lite aestimata retinuit, vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem consecutus est* » <sup>(156)</sup>.

A parte il raffronto fra la L. A. e la compra vendita, raffronto che si trova posto in modo ancor più categorico in altri testi, è in questo particolarmente istruttivo quello fra la L. A. la permuta e la *datio in solutum*, poichè è evidente che in questi due ultimi casi, pur non avendosi compra vendita, ci troviamo sicuramente di fronte a due modi di acquisto a titolo derivativo: se quindi il giurista ha ritenuto opportuno riunire in un unico gruppo i tre istituti, dichiarando che tutti e tre sono nei loro effetti simili alla vendita, ciò significa che l'acquisto a titolo derivativo, che in due di essi sicuramente si aveva, doveva aversi anche per il terzo, poichè altrimenti il riavvicinare la permuta e la *datio in solutum* alla L. A. sarebbe stato per lo meno altrettanto assurdo quanto il riavvicinarle alla accessione e all'occupazione.

c) Tutto ciò ci viene confermato da una numerosa serie di testi ove vien detto che il pagamento della L. A. fa acquistare l'*in bonis* al *contumax*, come se l'effettivo proprietario gliela avesse donata (D. 41 4 2 21, PAOLO 54 *ad edictum*: « ... *idemque esse si dominus ei, qui rem*

<sup>(156)</sup> Il testo, secondo lo STEINER (*Datio in solutum* pag. 69; cfr. anche KOSCHAKER, Z. S. S. 37 pag. 368; LEVY, Z. S. S. 42 pag. 483 n. 1), sarebbe interamente rimaneggiato, limitandosi l'originale ulpiano alla sola permuta. Ritengo questa ipotesi eccessiva: probabilmente ai quattro negozi non formali citati da Ulpiano, i compilatori si sono limitati ad aggiungere la sola *stipulatio*, contratto formale; cfr. LEVY, op. e pag. cit., il quale dà del testo la seguente ricostruzione: « *Is qui rem permutatam accepit emptori similis est, item is qui rem lite aestimata retinuit* ». Ma non vedo alcuna ragione per escludere dal testo anche la *datio in solutum*.

*emerit a non domino, donasset* »), oppure che la L. A. è simile alla vendita (D. 6 2 7 1, ULPIANO 16 *ad Edictum*), oppure che la *iusta causa usucapionis* sorge in egual modo tanto se il *fur* ha pagato al *dominus* rivendicante la cosa la L. A., quanto se gliela ha comprata (D. 47 2 85, PAOLO 2 *ad Neratium*), oppure che il *possessor qui litis aestimationem obtulit pro emptore incipit possidere* (D. 41 4 1, GAIO 3 *ad edictum provinciale*), o infine che *qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est* (D. 25 2 22 pr., GIULIANO 22 *digestorum*). È evidente quindi che di fronte alla testimonianza di tutti questi testi appare inammissibile la possibilità di considerare l'acquisto della cosa da parte del *contumax* come un acquisto a titolo originario, poichè è chiaro che i varii giuristi, dalle opere dei quali questi frammenti sono ricavati, pensavano che, se il convenuto ha potuto opporre la propria volontà alle volontà riunite del giudice e dell'attore, ciò in tanto gli è stato lecito fare in quanto l'ordinamento giuridico non solo gliene dava facoltà, ma addirittura imponeva agli altri due di inchinarsi dinanzi a questo suo volere, riconoscendolo come legittimo <sup>(157)</sup>.

In altri testi poi l'analogia fra la L. A. e la compra vendita viene indicata con espressioni ancora più comprensive, poichè la L. A. vi è addirittura chiamata *alienatio* (D. 27 9 3 2, (ULPIANO 35 *ad edictum*: « *Item quaeri potest an litis aestimatio oblata alienationem pariat. Et magis est ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit* »), o, riferendosi rispettivamente all'attore o al con-

<sup>(157)</sup> Come ha messo in luce il PEROZZI, *L'editto publiciano*, B. I. D. R. VII pag. 66; cfr. anche RICCIBONO, *Studii critici sulle fonti del diritto romano*, B. I. D. R. VIII pag. 122), « l'affinità espressa nelle fonti per la dote stimata, per la non stimata, per la *litis aestimatio*, per l'*adiudicatio* fu certo poi trovata per tutte le cause onerose, pel concetto giuliano che c'è simiglianza alla vendita tutte le volte che chi riceve perde in cambio qualche cosa o soggiace a qualche onere ».

venuto, si parla di *vendere* o di *comprare* (D. 25 2 9, PAOLO 37 *ad edictum*: « *Non enim aequum est invitum suo praetio res suas vendere* ». D. 6 1 70, POMPONIO 29 *ad Sabinum*: « ... *ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare* »).

d) Tutto ciò trova conferma anche in quanto è stabilito in altri testi già più sopra esaminati <sup>(158)</sup>, e trattanti della garanzia di evizione, D. 6 1 35 2 (PAOLO 21 *ad Edictum*):

« *Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine, cuius aestimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet qui non restituit rem* ».

D. 25 2 10 (POMPONIO 16 *ad Sabinum*):

« *Ideoque nec debere eum pro evictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit* ».

Potrebbe a prima vista sembrare che il principio enunciato in questi testi contrasti con quanto è detto sopra, poichè, ammesso che la L. A. debba essere considerata come un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo, l'attore dovrebbe essere dichiarato responsabile per l'evizione di fronte al convenuto, così come avviene per la permuta e per la compra vendita <sup>(159)</sup>. Ma in realtà, quando si dice che *litis aestimatio similis est emptioni*, si afferma una analogia fra i due istituti, non una identità: infatti, se l'ordinamento giuridico imponeva all'attore di accontentarsi che la cosa restasse nelle mani del convenuto, riconoscendo così il fatto compiuto del trasferimento del dominio, ciò non toglieva che il fatto compiuto derivasse dalla volontà del convenuto, che poteva restituire e non volle, mettendo così l'altro nella necessità di alienare la cosa. Il giurista, tenendo appunto presente ciò (*sibi*

<sup>(158)</sup> Cfr. sopra pag.

<sup>(159)</sup> Per la prima cfr. D. 19 4 1 1; e D. 21 1 19 5; per la garanzia per vizio occulto; per la seconda i titoli D. 21 1; D. 21 2; C. 4 58; C. 8 44.

*enim possessor imputare debet, qui non restituit rem*), conclude ammettendo conseguentemente che il convenuto debba assumersi ogni rischio di questa sua iniziativa, e che l'attore non possa essere da lui chiamato a rispondere di una alienazione non volontariamente compiuta, nel caso che l'effettivo proprietario esperisca a sua volta l'azione di rivendica.

Se il mancato obbligo dell'evizione deve essere spiegato in tal modo, resta d'altra parte il fatto che Paolo e Pomponio si erano prospettati la domanda se l'attore dovesse rispondere o meno dell'evizione; ora ciò è di per sé sufficiente a dover concludere che questo modo di acquisto della proprietà era dal giurista considerato come un modo di acquisto a titolo derivativo, poichè, a voler ammettere l'ipotesi contraria, una domanda di tal genere non si sarebbe potuta neanche prospettare, dato che, non essendoci alcun legame fra il diritto del precedente possessore e quello del nuovo, se quest'ultimo fosse stato privato della cosa dal vero titolare del diritto di proprietà sulla cosa, non avrebbe potuto rivolgersi in nessun caso a chi non glie ne aveva trasferito il possesso.

Delle due configurazioni date al nostro istituto, abbiamo potuto dimostrare come la seconda debba essere respinta, ma non per questo se ne può accettare senz'altro la prima, poichè se questa nei suoi elementi essenziali deve essere accolta, su molti altri punti non possono non sollevarsi gravi riserve. Se infatti può considerarsi come un dato definitivamente acquisito che l'acquisto per L. A. sia un modo di acquisto a titolo derivativo, solo sino a questo punto può essere seguita la dottrina tradizionale, poichè tutte quelle conclusioni, cui essa giunge, in base a quanto è stabilito in D. 6 1 46, devono essere, almeno per il diritto classico, completamente scartate.

In questo testo, Paolo, dopo averci detto che « *eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est*

*quanti in litem actor iuraverit* » il dominio si trasferisce *statim* al convenuto, aggiunge che ciò avviene perchè « *transegisse enim et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* ». Da ciò si era ricavato non soltanto che l'acquisto per L. A. era un modo di acquisto a titolo derivativo, ma anche che l'*jusiurandum in litem* prestato dall'attore nella L. A. era un atto dispositivo contrattuale <sup>(160)</sup>, così che l'intero istituto veniva poi a configurarsi come una transazione fra attore e convenuto, in base alla quale il primo rinunciava a favore del secondo alla proprietà della cosa ottenendo da costui in cambio una determinata somma da lui stesso fissata <sup>(161)</sup>.

Questa concezione non può essere considerata classica: infatti per transazione si intende una convenzione per la quale due o più persone pongono fine ad uno stato giuridico incerto, facendosi reciproche concessioni <sup>(162)</sup>. Perchè dunque possa aversi una transazione occorre a) che vi sia uno stato giuridico incerto; b) che vi sia una convenzione fra le parti rivolta a porre fine a questo stato giuridico incerto; c) che questa convenzione avvenga attraverso

<sup>(160)</sup> BETTI, *Studi* cit. pag. 56; l'*jusiurandum in litem* non sarebbe altro che il rudimento storico della primitiva convenzione di *redemptio litis* (cfr. anche BETTI, *L'antitesi fra iudicare e damnare*, R. I. S. G. 55 pag. 98 e sgg.

<sup>(161)</sup> ACCARIAS, *Transaction* pag. 89; DUMAS, *De la transaction en droit romain et en droit français* pag. 13; VIARDOT, *De la transaction* pag. 13 e 14; OUMÉ, *Transaction* pag. 4 e 6 n. 1; LEPELLETIER, *De la transaction* pag. 9; CHLAMTACZ, *Die rechtliche Natur der Vereignungsart durch Tradition im röm. Recht* pag. 164; OERTMANN, *Vergleich im gemeinen Civilrecht* pag. 19.

<sup>(162)</sup> BERTOLINI, *Transazione* pag. 33; cfr. anche la definizione data dal BONFANTE, *Istituzioni*<sup>8</sup> pag. 492; « quel patto con cui le parti, mediante concessioni reciproche (*aliquo dato aliquo retento*), convengono sopra ragioni litigiose o dubbie ». È evidente che nel momento in cui viene deferito all'attore l'*jusiurandum in litem* le ragioni di costui non sono più dubbie, nè poi essi convengono in merito a ragioni litigiose, in quanto anche qui fra il rifiuto di dare esecuzione all'*iussus iudicis* e la determinazione del prezzo manca l'elemento dell'accordo.

so reciproche concessioni. Nessuno di questi requisiti appare nel nostro istituto.

Nel momento in cui viene deferito all'attore il giuramento sul valore della cosa, il diritto di proprietà di costui è stato già accertato dal giudice, come anche, data la risposta negativa del convenuto all'*iussus iudicis*, è stata ugualmente accertata l'impossibilità per l'attore di recuperare la cosa; se quindi vi era stata precedentemente dell'incertezza sulla proprietà della cosa, e sulla possibilità da parte dell'attore, nel caso che ne fosse effettivamente il *dominus*, di recuperarla, questa incertezza è ormai scomparsa, essendo anzi sicuro che l'attore ne è il proprietario, ma che non potrà mai recuperarla.

Tanto meno poi può parlarsi di reciproche concessioni, o di reciproco sacrificio fra le parti: queste anzi, appunto per essersi rifiutate ad ogni reciproca concessione, sono giunti a quest'ultimo stadio del processo, nel quale poi il giudice, deferendo all'attore l'*jusiurandum in litem*, non attua delle concessioni, sia pure coattive, fra le parti, ma pone in essere l'ultimo ed in sostanza l'unico mezzo di coercizione che egli possa usare nei confronti del convenuto, l'autorizzare l'attore a fissare senza altro vincolo che il giuramento, e senza altro limite che la *taxatio*, che poi potrebbe anche non essere posta, il valore della cosa. Nè può vedersi una reciproca concessione nel fatto che l'uno riesce a conservare la cosa, sia pure pagandola un prezzo che con ogni probabilità, supera di molto l'effettivo suo valore, e l'altro, pur costretto ad alienarla, riesce a percepire una somma che difficilmente avrebbe potuto ottenere altrimenti, e ciò perchè fra il rifiuto di dare esecuzione all'*iussus iudicis* e la determinazione del prezzo manca l'elemento dell'« accordo diretto a costituire un rapporto obbligatorio » <sup>(163)</sup>, cosicchè questi due

<sup>(163)</sup> BONFANTE, *Istituzioni* pag. 389.

momenti del processo non sono legati fra di loro da altro che da un rapporto di causa ad effetto, in quanto il convenuto di sua autorità ha trattenuto la cosa presso di sè, e l'attore, messo in tal modo nella necessità di alienarla, fruisce almeno del diritto di alienarla al prezzo che crede.

Che poi manchi una convenzione fra le parti rivolta a porre fine a questo stato giuridico incerto ci è precisamente indicato da un testo, ove si dichiara che la L. A. produce sì *alienatio*, ma che questa *alienatio* non si verifica *spon-te*, D. 27 9 3 2, 3 (ULPIANO 35 *ad Edictum*):

« *Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat. et magis est ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit. 3 Idemque erit dicendum et si fundus petitus sit, et contra pupillum pronuntiatum tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem* ».

Un fondo di proprietà di un minore è posseduto da un terzo; il tutore esperisce la R. V. contro costui, ma si trova di fronte ad un rifiuto di dare esecuzione all'*iussus iudicis*, cosicchè deve limitarsi a fissare mediante *jusiurandum in litem* la somma della *condemnatio*. Si domanda se *litis aestimatio oblata alienationem pariat*. Come si sa, *ex oratione divi Severi* <sup>(164)</sup>, era fatto divieto ai tutori di alienare i fondi rustici e suburbani di proprietà dei pupilli <sup>(165)</sup>, così che ogni atto del genere compiuto da costoro

<sup>(164)</sup> 195 *post Chr.*, cfr. D. 27 9 1 pr., 1; i compilatori estesero anche ai curatori il divieto in origine posto per i soli tutori, cfr. SOLAZZI, *Minore età* pag. 110 e sgg.

<sup>(165)</sup> Il divieto in origine era solo per questi, l'imperatore Costantino (cfr. C. V. 37 22 a. 326) estese il divieto anche ai fondi urbani e alle cose mobili di maggior valore; l'imperatore Giustiniano, seguendo lo stesso ordine di idee, lo estese anche ai crediti, e in genere ai capitali posti a frutto, limitando così per questi il diritto del tutore alla sola riscossione delle rendite, cfr. C. V 37 25, 27.

era viziato da nullità *ex jure civili* <sup>(166)</sup>. Nei riguardi invece della L. A., il giurista ammette che essa *alienationem pariat*, e ciò perchè *haec alienatio non sponte tutorum fit*.

Il testo, salvo qualche ritocco in punti di secondaria importanza <sup>(167)</sup>, è nella sua sostanza classico, e, come tale, esso ci indica quale fosse il pensiero dei giuristi classici nei riguardi della L. A.: se costoro vi avessero visto una transazione fra attore e convenuto, e quindi una convenzione il cui risultato sarebbe poi stato il trasferimento della proprietà di una cosa dall'uno all'altro, il divieto di alienazione dei beni pupillari stabilito dalla *oratio Severi* avrebbe gravato anche su di essa, così che Ulpiano avrebbe dovuto negare l'*alienatio*, e il conseguente trasferimento della proprietà a favore del convenuto <sup>(168)</sup>.

<sup>(166)</sup> Sono esclusi i casi di alienazione autorizzata nel testamento dalla persona che ha lasciato i beni, di alienazione forzata, e di alienazione riconosciuta dal *praetor urbanus* come indispensabile per il pagamento di debiti anteriori alla tutela.

<sup>(167)</sup> Secondo il BESELER (*Beitr.* IV pag. 141), invece di *fundus a tutore petitus sit pupillaris*, va letto *fundus pupillaris a tutore petitus sit*; secondo il SOLAZZI (*Arch. giur.* 98 pag. 25 n. 1), sarebbe intp. « *tutorum* », ipotesi indubbiamente molto probabile, poichè la massima « *haec enim alienatio non sponte fit* » non si restringe ai soli tutori, ma in realtà vale per tutti i proprietari che si trovano di fronte ad un rifiuto di restituire da parte del convenuto; più grave è l'interpolazione vista dal NABER (*Mnemosyne* 18 pag. 156 e sgg.), il quale corregge « *an litis aestimatio oblata exceptionem pariat* ». Anche se l'originale fosse quale il NABER suppone, l'interpolazione però non avrebbe importanza rispetto alla nostra ricerca, poichè, anche ammesso che il testo parlasse effettivamente di *exceptio*, dovrebbe sempre riferirsi all'*exceptio rei venditae et traditae* spettante al *contumax*, come titolare dell'*in bonis*.

<sup>(168)</sup> Si noti però che la transazione non entrava fra gli atti sottoposti al divieto tanto dell'*oratio Severi*, quanto delle costituzioni successive, quindi, anche sotto Giustiniano, il tutore avrebbe potuto procedere validamente ad una transazione. Però, se questa era lecita, non era d'altra parte sufficiente a trasferire l'*in bonis*, che sarebbe passato al convenuto solo quando, in un secondo momento, l'attore avesse operato la *traditio*, la quale però rientrava sotto il divieto di alienazione, ed era quindi nulla *jure civili*.



Viceversa Ulpiano riconosce il trapasso dell'*in bonis*, e lo riconosce proprio in base alla constatazione che l'attore, nella fattispecie il tutore, non ha rinunciato alla proprietà della cosa di sua volontà, ma solo perchè l'ordinamento processuale romano non ammetteva alcuna possibilità di costringere il convenuto recalcitrante a restituire la cosa: *haec enim alienatio non sponte fit*. E' evidente quindi che il giurista considerava sì la L. A. come un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo, una *alienatio*, ma è anche evidente che in essa la volontà del *dominus* non interveniva altrimenti che per riconoscere un fatto compiuto del tutto indipendente dalla sua volontà <sup>(169)</sup>.

Del resto, anche se mancasse la testimonianza di questo testo, l'impossibilità di concepire il nostro istituto come una transazione sarebbe egualmente evidente. Questa infatti, come il *pactum de non petendo* e il compromesso, è nudo patto e, come tale, non è sufficiente a provocare da sola il trasferimento della proprietà (*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*): se quindi si volesse dare al nostro istituto una simile configurazione, bisognerebbe poi concepirlo come una transazione in base alla quale l'attore si obbligasse a trasferire al convenuto la proprietà della cosa, in cambio di una somma da lui stesso indicata. Ma in tal caso il risultato finale sarebbe sempre una compra vendita avente origine da una transazione, e, per conseguenza, la frase « *dominium statim ad possessorem pertinet* » di D. 6 1 46 dovrebbe essere interpretata nel senso che, in base alla transazione, l'attore trasferisse al convenuto l'*in bonis*, trasfe-

<sup>(169)</sup> Il testo, nella sua sostanza classico, è però con ogni probabilità un sunto dell'originale ulpiano: ciò ci è indicato dall'espressione *et magis*, che può essere spiegata solo ammettendo che in proposito vi fosse stato contrasto di dottrine. È probabile quindi che nell'originale Ulpiano riferisse la diversa opinione di un'altro giurista, dichiarando di dissentirne.

rimento che naturalmente avrebbe preso l'aspetto della *brevi manu traditio*. Una simile concezione, benchè non la si possa considerare inammissibile, non era certo quella adottata dai giuristi classici, i quali tenevano ben distinta la L. A. dalla compra vendita. Infatti se in numerosi testi ove si trova affermata la simiglianza fra questi due istituti (cfr. i già esaminati D. 6 2 7 1; D. 41 4 3), o vien detto che il convenuto che ha pagato la L. A. è *emptori similis o emptoris loco* (cfr. D. 25 2 22 pr.; D. 42 4 15), questi testi, se da una parte provano i molti punti di contatto fra i due istituti, provano d'altra parte che questa simiglianza non era giunta sino ad una completa identità.

La possibilità di configurare la L. A. come una transazione resta quindi per diritto classico esclusa; dove invece la frase attribuita a Paolo trova la sua logica sede è nella dottrina giustiniana.

Infatti, abolito il principio della *condemnatio pecuniaria*, e sostituito con quello della esecuzione *manu militari* della sentenza, l'istituto della L. A., quale appare nelle fonti giustiniane, è ormai un residuo storico. I pochi testi, che ad esso ancora si riferiscono, e specialmente quelli che hanno la sede nel titolo *de rei vindicatione*, sono stati tutti più o meno rimaneggiati dai compilatori, o, per lo meno, mediante spostamenti e riallacci a principii con i quali essi in origine nulla avevano a che fare, sono stati completamente falsati. L'istituto della L. A., quale appare nelle fonti giustiniane, ha completamente perduto ogni carattere coattivo: non vi è più quindi un convenuto, che, rifiutandosi di dare esecuzione all'*iussus iudicis*, pone il giudice e l'attore nella necessità di inchinarsi dinanzi alla sua volontà, riconoscendola come legittima, e, per conseguenza, di contentarsi di una condanna in denaro, invece della restituzione della *eadem res*, ma vi è una delle parti di un rapporto giuridico litigioso, che, dopo aver avuto pienamente riconosciuto dal giudice il proprio diritto di

proprietà sulla cosa dall'altra posseduta, nel momento in cui è già in diritto di chiedere e di ottenere dal giudice che costringa il convenuto a restituirla, rinuncia a questo suo diritto, ed acconsente, di sua spontanea e libera volontà, a che la cosa resti nelle mani della parte soccombente, accontentandosi in cambio di una somma di denaro.

In questo nuovo ambiente la massima « *transegisse et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* » riprende tutto il suo significato, poichè è evidente che qui, dato che l'attore rinuncia volontariamente alla proprietà della cosa, si può ben parlare di una transazione fra attore e convenuto, in base alla quale il primo rinunci in favore del secondo alla proprietà della cosa, così che nel nuovo diritto la L. A. cessa di essere *emptioni similis*, per diventare una vera e propria compra vendita avente origine da una transazione.

Di qui proviene il ricongiungimento fra questo passo di Paolo e l'altro egualmente di Paolo, ma ricavato dal L. 17 *ad Plautium*, e dai compilatori posto di seguito al nostro, e che va interpretato nello stesso senso: se è vero che, anche per diritto classico, il convenuto, *qui culpa amisit possessionem*, acquistava l'*in bonis* solo nel momento in cui la cosa era ritornata in suo possesso *ex voluntate actoris*, con quest'ultima frase si deve intendere non un consenso dell'attore ad alienare la cosa, ma un mero riconoscimento da parte di costui del diritto del convenuto derivantegli dal pagamento della L. A.; nel nuovo diritto invece esso va inteso nel senso che solo in questo momento si verificano gli estremi della *brevi mano traditio*, poichè solo ora il convenuto ricupera la cosa, e la possiede come propria consenziente l'attore.

---

---

#### IV. — MOMENTO DELL'ACQUISTO.

Resta ancora un punto da chiarire, che presenta importanza notevole sotto varii aspetti, e principalmente per il fatto che esso si riconnette, o per lo meno può riconnettersi, a questioni che hanno dato adito ad ampii dibattiti, che tutt'ora sono ben lungi dall'esser sopiti <sup>(170)</sup>, e cioè

---

(170) Se cioè la proprietà della cosa venduta passi al compratore anche senza che il pagamento del prezzo sia stato nè effettuato nè garantito. Secondo il PRINGSHEIM (*Kauf mit fremdem Geld*; cfr. anche Z. S. S. 35 pag. 328 e sgg., ove egli avanza per la prima volta la propria teoria, e Z. S. S. 50 pag. 335 e sgg.), il CUQ (*Manuel des institutions juridiques des Romains* I pag. 275 n. 4), il MITTEIS (Z. S. S. 37 pag. 370 e sgg.), l'JÖRS (*Röm. Privatrecht* pag. 87 n. 1), il diritto classico non avrebbe mai subordinato al pagamento del prezzo l'acquisto da parte dell'acquirente della proprietà sia *ex jure Quiritium* sia bonitaria della cosa venduta, e che per conseguenza i testi ove, come in D. 18 1 19 (POMPONIO 31 *ad Quintum Mucium*), viene detto che la cosa venduta « *non aliter fit accipientis quam si aut praetium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum* » sarebbero triboniane; ipotesi respinta in pieno dall'APPLETON (*a l'époque classique le transfert de la propriété de la chose vendue et livrée était il subordonné, en règle, au paiement du prix?* N. R. H. VII pag. 11 e sgg.; 173 e sgg.; Cfr. anche R. G. d. D. 44 pag. 245 n. 3), il quale ritiene che il pagamento fosse condizione essenziale per il trasferimento della proprietà nel diritto classico non meno che in quello giustiniano, e ciò sia nella *mancipatio* sia nella *traditio*; in parte dal MEYLAN (*le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue*, *Studi in on. di Bonfante* I pag. 442 e sgg.), il quale ritiene che il pagamento del prezzo fosse condizione essenziale per il trasferimento della proprietà solo nella *traditio*, e dall'ALBERTARIO (*Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, R. d. D. C. 27 pag. 233 e sgg.) e dal PEROZZI (*Istituzioni*<sup>2</sup> I pag. 643, 675), i

la determinazione del momento in cui si ha da parte del convenuto l'acquisto dell'*in bonis* e la legittimazione ad agire con l'*actio Publicana*; ciò infatti può avvenire tanto nel momento in cui costui viene condannato a pagare la somma richiesta dall'attore o stabilita dal giudice, quanto anche in quello in cui avviene l'effettivo pagamento di questa somma, come potrebbe del resto sembrare in un certo senso più logico, se si tiene conto del fatto già dal LEVY molto esattamente notato <sup>(171)</sup> che, a voler accettare la prima ipotesi, si verrebbero ad avere delle conseguenze nettamente favorevoli al convenuto, in quanto che costui, pur non avendo ancora sborsato neanche un centesimo, verrebbe ad acquistare sin da questo momento la proprietà bonitaria della cosa <sup>(172)</sup>.

I testi, almeno in apparenza, ci danno delle notizie quanto altri mai contraddittorie, poichè in essi sembra si parli indifferentemente di *litis aestimationem sufferre* (D. 47 2 9 1, POMPONIO 6 *ad Sabinum*; D. 41 4 2 21, PAOLO 54 *ad Edictum*; D. 21 2 21 2, ULPIANO 29 *ad Sabinum*); *consequi* (D. 13 7 28 pr., GIULIANO 11 *Digestorum*); *praestare* (D. 6 1 63, PAPINIANO 12 *Quaestionum*); *suscipere* (D. 13 6 5 1, ULPIANO 28 *ad Edictum*); *accipere* (D. 6 1 35 2, PAOLO 21 *ad Edictum*; D. 41 3 4 13, PAOLO 54 *ad*

---

quali invece la ritengono condizione essenziale nella *mancipatio*, ma non nella *traditio*. Una posizione a parte è presa dallo SCHÖMBAUER (*Zur Frage des Eigentumübergebens beim Kauf*, Z. S. S. 52 pag. 195 e sgg. e specialmente pag. 239 e sgg.), il quale ritiene che nel diritto quiritario il pagamento del prezzo fosse essenziale tanto nella *mancipatio* quanto nella *traditio*, e che i giuristi classici, almeno all'epoca di Gaio, fossero stati incerti, fino poi a rinunciarvi completamente con Caracalla.

<sup>(171)</sup> LEVY, op. cit. pag. 511.

<sup>(172)</sup> Questa seconda è la teoria tradizionalmente accolta, cfr. per la letteratura LEVY, op. cit. pag. 511 n. 1; cfr. anche BETTI, *Studii* cit. pag. 21 e passim, 54 e passim; in ordine al problema della necessità del pagamento del prezzo nella compra vendita, i nostri testi, malgrado il loro evidente interesse, non sono stati presi in considerazione.

*Edictum*), con le quali espressioni sembra si voglia indicare l'effettiva dazione della somma al pagamento della quale si è stati condannati; come anche però di *lis aestimata esse* (D. 6 1 46, PAOLO 13 *ad Sabinum*; D. 47 2 85, PAOLO 2 *ad Neratium*; D. 42 4 15, ULPIANO 6 *fideicommissorum*), o di *litis aestimatione damnari* (D. 16 3 30, NERAZIO 1 *responsorum*; D. 21 2 16 1, POMPONIO 9 *ad Sabinum*), col-la quale sembra richiedesi non l'effettivo pagamento della somma richiesta, ma la condanna al pagamento; o infine di *litis aestimationem offerre* (D. 6 2 7 1, ULPIANO 16 *ad Edictum*; D. 20 6 2, GAIO 9 *ad Edictum provinciale*; D. 41 4 1, GAIO 6 *ad Edictum provinciale*; D. 10 2 29, PAOLO 23 *ad Edictum*; D. 27 9 3 2, ULPIANO 35 *ad Edictum*), con le quali espressioni sembrerebbe prescindersi persino dalla condanna, avendo origine l'acquisto dell'*in bonis* non da questo momento, ma da quello in cui il convenuto si è rifiutato di dare esecuzione all'*iussus iudicis*.

È d'altra parte da escludere la possibilità di interpolazione di alcuni di questi testi nel senso che i compilatori abbiano sostituito alla sentenza l'obbligo di pagare la somma cui si è stati condannati, poichè il gruppo di testi che si riferiscono alla prima ipotesi è tutt'altro che esiguo, e molti di questi si trovano anche *in sede materiae*; così è anche da escludere l'ipotesi di controversie fra giuristi, poichè gli stessi nomi di Paolo, di Ulpiano, e di Pomponio appaiono in tutti e tre i gruppi di testi <sup>(173)</sup>, e

---

<sup>(173)</sup> Paolo appare per il primo gruppo in D. 41 2 4 21, D. 6 1 35 2, D. 41 3 4 13; per il secondo in D. 6 1 46, D. 47 2 85; per il terzo in D. 10 1 29; Ulpiano per il primo in D. 21 2 21 2, D. 13 6 5 1; per il secondo in D. 42 4 15; per il terzo in D. 6 2 7 1, D. 27 9 3 2; Pomponio per il primo in D. 47 2 9 1; per il secondo in D. 21 2 16 1. Si noti però che secondo il BETTI, *Studii* cit. pag. 26, l'*offerre* implicherebbe nel proprio concetto il momento della spontaneità, così che deve essere interpretato quale atto volontario che preceda per lo meno e prevenga la *condematio iudicis*. Si noti però che in D. 27 9 3 2 troviamo la frase « *an litis aestimatio oblata alienationem pariat* », malgrado che poi la L. A. venga definita come una *alienatio non sponte facta*.

Giuliano nel ben noto D. 25 2 22 pr. (19 *Digestorum*), dicendoci che, *si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit*, siccome chi *litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est*, la donna che *litis aestimationem praestiterit* avrà azione ed eccezione, percorre in un unico testo tutta la gamma, dall'effettivo pagamento (*sufferre e praestare*), sino al solo fatto che vi è stata una sentenza di condanna (*lis aestimata esse*).

Un criterio che, a mio avviso, può essere fecondo di risultati, eliminando almeno per molti di questi testi la constatata antinomia, è dato dall'esame di questi non da un punto di vista puramente formale, ma ponendo invece a raffronto le formulazioni dei giuristi con le fattispecie contemplate nei testi, allo scopo di determinare se le questioni ivi svolte presupponessero non soltanto che vi fosse stata una sentenza, in cui il convenuto veniva condannato a pagare una determinata somma, ma che questa somma fosse stata effettivamente pagata, poichè è evidente che, per quanto riguarda la nostra ricerca, tutti i testi in cui si presuppone una simile circostanza non presentano più alcuna difficoltà, posto che la formulazione del giurista va giustificata altrimenti. E l'esame di molti dei testi citati porta a risultati abbastanza notevoli.

a) D. 47 2 9 1: anche in questo testo si trova la espressione *litis aestimationem sufferre*, però Pomponio vi esamina il problema del concorso fra R. V. e *condictio ex causa furtiva*, decidendo che *si ex condicione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit*, per esperire la R. V., dovrà *aestimationem restituere*, ed è quindi chiaro che, oltre al fatto già sopra messo in luce che il pagamento della L. A. nella *condictio ex causa furtiva* non fa acquistare l'*in bonis* <sup>(174)</sup>, la stessa possibilità della restituzione della L. A. ha come necessario presupposto l'avve-

<sup>(174)</sup> Cfr. sopra pag. 28 e sgg.

nuto pagamento di questa somma, non potendosi restituire ciò che non si è ancora percepito, così che da questa espressione non si può ricavare alcuna traccia per riportare al momento del pagamento l'acquisto dell'*in bonis*.

b) D. 41 4 2 21: in questo testo troviamo l'espressione *litis aestimationem sufferre* ripetuta due volte nel periodo « *sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Julianus causam possessionis mutari ei qui litis aestimationem sustulerit* »; però il primo *sufferre* non indica l'effettivo pagamento, ma il rifiuto di dare esecuzione all'*iusus iudicis*, e la conseguente dichiarazione di essere pronto a pagare la somma richiesta dall'attore (*sufferre maluerim*), così che anche il secondo *litis aestimationem sustulerit*, deve essere per conseguenza inteso nel senso di *litis aestimationem sufferre maluerit*, tanto più poi se si tiene presente che in questo testo, come anche in altri, l'espressione *litis aestimationem sufferre* sembra usata la seconda volta in un modo del tutto meccanico, poichè Paolo, che se ne era precedentemente servito per indicare la precisa volontà del convenuto di sottostare alla condanna in denaro, può aver continuato a farne uso anche successivamente, anche se l'acquisto dell'*in bonis* fosse per lui sorto non dal pagamento, ma dalla sentenza <sup>(175)</sup>.

c) D. 21 2 21 2: il testo esamina uno dei tanti problemi connessi all'evizione della cosa venduta, e cioè il pagamento della L. A. da parte del venditore *procurator datus* dall'*emptor* convenuto dall'effettivo proprietario dello schiavo; Ulpiano, in base all'autorità di Giuliano, nega *stipulationem duplae committi*, ammettendola invece per il caso che *ipse emptor iudicio accepto victus esset et litis aestimationem sustulisset* <sup>(176)</sup>.

<sup>(175)</sup> Le stesse constatazioni possono valere per la frase « *condemnatus malit litis aestimationem sufferre* » in D. 43 29 3 13 (ULPIANO 71 *ad Edictum*).

<sup>(176)</sup> « *Et ideo ait, si emptor hominis mota sibi controversia, vendi-*



Anzitutto, se è controverso l'essere il pagamento del prezzo condizione essenziale per il trasferimento della proprietà quiritaria o bonitaria, e se su questo punto si sono avute le prese di posizione le più contrastanti, non può dirsi lo stesso per l'ipotesi di evizione della cosa venduta, poichè normalmente si ritiene che l'obbligo di rispondere dell'evizione sorga solo dopo il pagamento del prezzo <sup>(177)</sup>. In secondo luogo il primo *sufferre* si riferisce all'*actio mandati contraria*, che poteva essere esperita dal mandatario (o dal *procurator*) contro il mandante allo scopo di essere risarcito di tutti i danni sofferti durante l'esecuzione del mandato, ed è noto che, a parte il fatto che essa è qui negata appunto perchè il *procurator idemque venditor* non è un mandatario, essa in ogni caso può essere esperita soltanto nei confronti di un danno effettivamente verificatosi (in questo caso l'aver pagato la L. A.), ma non di un danno previsto ma non ancora verificatosi, quale sarebbe l'essere stato condannato a pagare, pur non avendo ancora pagato, nel qual caso potrebbe tutt'al più essere concessa utilmente. In quanto poi al secondo *litis aestimationem sufferre*, esso, come nel già esaminato D. 41 4 2 21, è giustificato dal fatto che l'esposizione di Ulpiano in questa seconda ipotesi è ricalcata sulla

---

*torem dederit procuratorem isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi, quia nec mandati actionem procurator hic idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur, cum igitur neque corpus neque pecunia emptori absit, non oportet committi stipulationem: quamvis si ipse iudicio accepto victus esset, et litis aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem, ut ipse Julianus eodem libro scripsit... ».* La chiusa, che qui non riporto, è notoriamente compilatoria, cfr. *Index h. l.*

<sup>(177)</sup> Cfr. SCHÖMBAUER, Z. S. S. 52 pag. 247 e sgg.; cfr. però PRINGSHEIM, Z. S. S. 50 pag. 433 e sgg.; ALBERTARIO, op. cit. pag. 241 e sgg.

falsariga della prima <sup>(178)</sup>, cosicchè esso in tanto è usato in quanto lo era già stato precedentemente.

In ogni caso poi, anche se si respinga l'ipotesi che la condanna, anche senza pagamento della L. A., faccia acquistare l'*in bonis* al convenuto, non si può però ammettere che Giuliano negasse a costui il diritto di convenire il venditore dopo la condanna, ma prima del pagamento della L. A., quando in altri casi egli era andato ben più oltre, ammettendo che il venditore potesse essere convenuto, anche se la cosa altrui non fosse stata evitta, nel caso cioè che costui avesse venduto scientemente la cosa altrui <sup>(179)</sup>, e quando Pomponio, in un testo in cui classifica i vari casi in cui *stipulatio duplae committitur*, dice espressamente che fra questi va compreso *cum damnatus est (emptor) litis aestimatione* <sup>(180)</sup>.

d) D. 6 1 35 2: anche questo testo tratta della garanzia di evizione, negando l'obbligo di rispondere per il caso che la cosa della quale si è percepita la L. A. sia rivendicata dal vero *dominus*; anche qui, come nel testo precedentemente esaminato, l'espressione *aestimationem accipere* è giustificata dal fatto che l'obbligo di rispondere per l'evizione sorgeva solo in base all'effettivo pagamento del prezzo, cosicchè la questione se l'attore dovesse o meno rispondere dell'evizione poteva sorgere solo dopo che il convenuto condannato avesse pagato la L. A., anche se avesse acquistato l'*in bonis* in un precedente momento, e cioè alla condanna.

---

<sup>(178)</sup> « Si emptor venditorem dederit procuratorem isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi... ».

« quamvis, si ipse iudicio accepto victus esset et litis aestimationem sustulisset placeat committi stipulationem... ».

<sup>(179)</sup> D. 19 1 30 1 (AFRICANO 8 *Quaestionum*).

<sup>(180)</sup> D. 21 2 16 1 (POMPONIO 9 *ad Sabinum*): « Duplae stipulatio committitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est ».

e) D. 6 1 63: in questo testo, sopra ampiamente esaminato <sup>(181)</sup>, si contempla il caso di perdita colposa del possesso, e del diritto del convenuto di chiedere al giudice che imponga all'attore la cessione delle azioni prima di emanare la sua sentenza, cosicchè, se costui in un secondo momento ricupererà la cosa, il convenuto potrà esperire contro di lui le *actiones cessae*, costringendolo o a restituirlgliela, o a pagare la L. A. giurata. La frase « *ipso quoque qui litis aestimationem perceperit possidente debet adiuvari* » trova in tutto ciò la sua spiegazione, poichè Papiniano, nell'esaminare la possibilità che il convenuto divenga a sua volta attore e l'attore convenuto in un successivo giudizio di R. V., proietta il primo molto al di là nel tempo, così da immaginare che, nel momento in cui il proprietario recupera il possesso della cosa, la L. A. del precedente giudizio sia stata già da molto tempo pagata.

Con ciò l'antinomia constatata alle fonti viene ad essere per lo meno in parte eliminata, in quanto che, se non altro, dei testi dai quali sembrerebbe che si debba ricavare che l'acquisto dell'*in bonis* avvenisse nel momento in cui il convenuto pagava la L. A. per il maggior numero si è potuto dimostrare che le frasi L. A. *sufferre, percipere, accipere* etc. non possono essere addotte a prova, essendo dovute a circostanze del tutto estranee al nostro argomento. Credo però che anche per altra via possa essere determinato il momento dell'acquisto dell'*in bonis* in quello in cui veniva emanata la sentenza.

È anzitutto da porre in luce un indizio di importanza notevole, e cioè che, nel caso di perdita colposa o dolosa del possesso, il giudice imponeva all'attore la *cessio actionis* non nel momento in cui il convenuto pagava la L. A., ma molto prima, quando egli ancora non aveva emanato la sua sentenza, e che anzi l'unico testo, in cui

<sup>(181)</sup> Cfr. sopra pag. 46 e sgg.

alla *cessio actionis* da operarsi *in iudicio* si è sostituita una promessa di cessione (*cavere non debet... actiones se ei praestaturum*) <sup>(182)</sup> è stato completamente rimaneggiato dai compilatori. È evidente però che, se da una parte la *cessio actionis* teneva il luogo, nelle ipotesi di perdita colposa o dolosa del possesso, dell'acquisto dell'*in bonis*, che mancava appunto perchè il convenuto, nel momento in cui era condannato a pagare la L. A., non possedeva più la cosa, d'altra parte, nel momento in cui veniva imposta all'attore la *cessio actionis* e la *cautio de restituenda re*, così da togliergli in favore del convenuto tutti i possibili mezzi per il ricupero materiale della cosa, quest'ultimo non aveva ancora pagato un centesimo di quanto avrebbe dovuto pagare solo successivamente, cosicchè, se può essere messo in dubbio che l'acquisto dell'*in bonis* derivasse, nel caso di contumacia, dalla sentenza con cui si condannava il convenuto a pagare, e non a restituire l'*eadem res*, nessun dubbio è possibile per le ipotesi di perdita colposa e dolosa ove la precisa dizione di numerosi testi <sup>(183)</sup>, non permette dubbi sulla priorità della *cessio actionis* nei confronti della sentenza <sup>(184)</sup>.

A quanto sino ad ora si è detto può aggiungersi la precisa ed indiscutibile testimonianza di un testo già fino ad ora molte volte richiamato, D. 6 1 46 (PAOLO 13 *ad Sabinum*):

« *Eius rei quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* ».

<sup>(182)</sup> D. 6 1 71 sopra pag. 84 e seg.

<sup>(183)</sup> D. 6 1 63 (... *audiendus erit a iudice si desideret ut adversarius actione sua cedat...*); h. t. 21 (*ut actor... actionibus suis cedat...*); D. 19 2 25 8 (*neesse est domino vindicationem et conditionem cedere*); h. t. 60 1 (*Tuas autem actiones te ei praestare compellet*).

<sup>(184)</sup> LEVY, op. cit. pag. 513 e sgg.

Il testo, in tutta la sua prima parte, sino a *pertinet*, come si è visto <sup>(185)</sup>, può essere considerato classico; in quanto poi all'interpolazione della chiusa da *transegisse* in poi, da noi sopra dimostrata <sup>(186)</sup>, essa è agli effetti della nostra attuale ricerca indifferente. Il pensiero di Paolo, malgrado la brevità del testo, è esposto con tale chiarezza e ricchezza di particolari, da non lasciar luogo ad alcun dubbio: Paolo divide l'ultimo stadio, del giudizio, dal momento in cui è stata già accettata la pertinenza della cosa all'attore, in tre tempi: a) invito rivolto dal giudice al convenuto perchè restituisca la cosa all'attore, e conseguente rifiuto da parte del convenuto, il quale dichiara che, piuttosto che restituire la cosa, è pronto a *litis aestimationem sufferre*; b) invito rivolto dal giudice all'attore a fissare mediante *jusiurandum in litem* la somma che intende richiedere al convenuto come prezzo della cosa, e conseguente determinazione di questa somma; c) condanna del convenuto al pagamento della somma indicata. Del primo di questi tre tempi non vi è cenno nel testo, ma costituisce il substrato degli altri due. L'acquisto dell'*in bonis*, sempre secondo Paolo, avviene *statim* dal momento in cui *lis aestimata est*, intendendosi però per *aestimatio litis* non l'indicazione fatta dall'attore della somma che intende richiedere, ma la condanna da parte del giudice al pagamento di questa somma (... *tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit*...); del pagamento invece non si fa parola. È chiaro quindi che, per Paolo, il momento dell'acquisto dell'*in bonis*, trattandosi di *res Mancipi* <sup>(187)</sup>, del *dominium*, trattandosi di *res nec Mancipi*, non era nè quello in cui il convenuto dichiarava di non voler restituire la

<sup>(185)</sup> Salvo la sostituzione di *eius a nec Mancipi*; cfr. sopra pag. 22

<sup>(186)</sup> Cfr. sopra pag. 103 e sgg.

<sup>(187)</sup> Poichè è chiaro che mentre per la compra vendita l'indagine deve essere svolta parallelamente per la *Mancipatio* e la *traditio*, qui i modi solenni di trasferimento della proprietà sono esclusi.

cosa, ma di preferire di esser condannato in denaro, nè quello in cui pagava la somma cui era stato condannato, ma un momento intermedio quello cioè in cui veniva condannato a pagare.

Credo quindi che l'antinomia fra i varii gruppi di testi possa essere ridotta entro limiti ben più modesti di quanto sembri a prima vista: a parte i numerosi passi sopra esaminati, ove l'aver introdotto l'effettivo pagamento della L. A. era dovuto a circostanze del tutto estranee alla nostra indagine, ritengo che lo spassionato esame degli altri debba portarci a concludere che l'antinomia fra testi ove si trovano espressioni come L. A. *sufferre, praestare, consequi, accipere* da una parte, e testi in cui vien detto che l'acquisto dell'*in bonis* si verifica nel momento in cui *lis aestimata est*, o in cui il *possessor* L. A. *offert* non sia dovuta ad altro fatto che a quello puramente meccanico dell'aver i giuristi, nell'esame delle varie questioni, tenuto maggiormente presente nei primi la situazione dell'attore, nei secondi quella del convenuto, così da mettere, a seconda dei casi, più in evidenza l'uno o l'altro, senza che per altro la vera sostanza delle cose, che cioè l'acquisto dell'*in bonis* avveniva nel momento in cui il convenuto era condannato a pagare la somma richiesta dall'attore, venisse minimamente modificata.

Non bisogna infatti dimenticare che i giuristi, nell'esame dei varii casi, hanno tenuto presente quella che doveva essere la situazione normale, che cioè il convenuto, che si fosse rifiutato di restituire la cosa, pagasse effettivamente la L. A., ed il più delle volte nel momento stesso in cui veniva condannato. Sarebbe stato infatti per lo meno assurdo per un convenuto, il quale sapesse di non poter far fronte alle pretese dell'attore, il rifiutarsi di restituire la cosa, senz'altro risultato che di vedersi sottoposto, in conseguenza dell'*actio iudicati*, ad una procedura esecutiva sulla persona o sui beni.

Ciò spiega come di due testi esaminanti la stessa ipo-

tesi, quali L. 13 7 28 pr. e D. 20 6 2, l'uno parli di *litis aestimationem consequi*, e l'altro di *litis aestimationem offerre*: infatti scompare ogni antinomia se si tiene presente che nel primo la frase « *creditor... litis aestimationem consecutus sit...* » significa probabilmente non tanto la materiale percezione da parte dell'attore della somma cui il convenuto è stato condannato, quanto la condanna del convenuto a pagare la L. A., condanna ottenuta dall'attore <sup>(188)</sup>, e che nel secondo la frase « *possessor litis aestimationem obtulerit* » è giustificata dal fatto che il rifiuto di restituire la cosa, e l'offerta della L. A., pur non essendo che la mera premessa dell'acquisto dell'*in bonis*, producevano però come necessaria conseguenza questo acquisto, e non può quindi più meravigliarci il fatto che i giuristi parlino indifferentemente di *offerre* e di *consequi*, pur essendo tutti d'accordo nel ritenere che l'acquisto dell'*in bonis* avvenisse nel momento in cui il convenuto era condannato a pagare la L. A.

Così si spiega egualmente l'antinomia altrimenti insana fra massime contenute negli stessi frammenti, come avviene in D. 6 2 7 1, e in D. 25 2 22 pr.; nel primo dei quali la frase « *si obtulit reus aestimationem litis Publicianam competere* » posta di seguito all'altra apparentemente in contrasto « *si lis fuerit aestimata similis est ven-*

<sup>(188)</sup> Cfr. D. 9 2 7 pr. (ULPIANO 18 *ad Edictum*): « *Qua actione patrem consecutum ait, quod minus ex operis filii propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit* ». D. 19 1 29 (GIULIANO 4 *ad Minucium*): « *Cui res sub condicione legata erat, si eam imprudens ab herede emerit: actione ex empto poterit consequi emptor praetium, quia non ex causa legati rem habet* ». D. 5 4 3 (GIULIANO 8 *Digestorum*): « *Non possumus consequi per hereditatis petitione id quod familiae erciscundae iudicio consequimus* ». In tutti questi casi l'attore consegue, con l'esperimento delle *actiones locati, empti, familiae erciscundae, hereditatis petitio* etc., non le *impendia*, o il *praetium*, o le cose facenti parti dell'eredità, ma la condanna al pagamento delle *impendia*, del *praetium*, o del valore delle cose; gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

*ditioni* » può essere spiegata soltanto integrandola nel senso che sarà legittimato all'esperimento della Publiciana il convenuto che, essendosi rifiutato di restituire la cosa, abbia dichiarato di essere pronto a pagare in cambio quanto sarà richiesto dall'attore, e che sia stato per conseguenza condannato a pagare la L. A.; nel secondo le tre frasi « *si... lis aestimata sit* », « *qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est* », e « *ideo si mulier... aestimationem litis praestiterit* » vanno anch'esse interpretate nel senso che è legittimata all'*exceptio rei venditae et traditae* e all'*actio Publiciana* la donna che, convenuta con l'*actio rerum amotarum*, si sia rifiutata di restituire la cosa, dichiarandosi pronta a pagare la somma richiesta dal marito, e che, per conseguenza, sia stata condannata a pagare la somma da costui indicata <sup>(189)</sup>.

Tutto ciò trova del resto la sua giustificazione nell'ordinamento processuale romano: come si sa, il *reus, si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri*, cosicchè, aggiunge Gaio <sup>(190)</sup>, *apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Tutto ciò, se ci vien detto da Gaio nell'esame dei varii modi con cui *obligatio tollitur*, in realtà, per quanto riguarda gli effetti della sentenza, vale non soltanto per le azioni *in personam*, ma anche per quelle *in rem*. Infatti il proprietario della cosa, o il titolare dell'*jus in re aliena*, convenendo il possessore e ottenendo una sentenza con la quale si condannava costui al pagamento di una determinata somma,

<sup>(189)</sup> L'espressione *litis aestimationem praestare* può in questo testo essere spiegata anche altrimenti, e cioè, come si è visto il D. 6 1 63, il giurista suppone il trascorre fra la condanna nel primo giudizio e l'esperimento della Publiciana di un largo intervallo di tempo, così da supporre poi che anche la procedura esecutiva del primo giudizio sia chiusa.

<sup>(190)</sup> Gai III 180.



a seconda dei casi indicata da lui o fissata dal giudice, vedeva, nell'atto stesso della condanna, trasformato il proprio diritto reale in un diritto di credito munito di una propria azione, l'*actio iudicati*, e ciò appunto perchè *omnium formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* <sup>(191)</sup>. Se si volesse ammettere che il trasferimento della proprietà bonitaria avvenisse nel momento in cui il convenuto condannato pagava l'obbligazione derivante dal giudicato, si verrebbe a creare una situazione sotto ogni aspetto inconcepibile: infatti, ammesso ciò, si dovrebbe per conseguenza ammettere che tutte le azioni fossero rimaste in testa all'attore, cosicchè nulla avrebbe impedito a costui di convenire una seconda ed una terza volta il possessore con la R. V., costringendolo a pagare più volte la L. A. della stessa cosa, senza che questi potesse opporgli nè l'*exceptio rei venditae et traditae*, non avendo acquistato ancora la proprietà della cosa, nè tanto meno l'*exceptio rei iudicatae*, poichè questa sarebbe stata paralizzata dalla *replicatio rei secundum actorem iudicatae* <sup>(192)</sup>.

<sup>(191)</sup> Gai IV 48.

<sup>(192)</sup> Apparentemente in contrasto con la nostra esegesi è un testo che normalmente viene preso come punto di partenza per ricavarne la necessità del pagamento della L. A. perchè si abbia il trasferimento dell'*in bonis*, e sulla testimonianza del quale si è anzi basato lo STEINER (*Datio in solutum* pag. 69 e 79) per ricavarne l'interpolazione di alcuni testi (D. 6 2 7 1; D. 42 4 15), ove invece si astraie dall'obbligo del pagamento del prezzo, e cioè D. 41 3 27 (ULPIANO 31 *ad Sabinum*):

« *Celsus libro XXXIV errare eos ait qui existimarent cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio nulla dos nullum legatum sit. Idemque et in litis aestimationem placet, ut nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapi non possit* ».

La chiusa del testo è normalmente interpretata nel senso che, perchè la *iusta causa usucapionis pro emptore* sorga, occorre che il convenuto

Anche qui la situazione viene nettamente capovolta dal diritto giustiniano, e ciò sempre in conseguenza dell'abolizione del principio della pecuniarietà della condanna, e della sua sostituzione con l'esecuzione *manu militari* della sentenza: la L. A. cessa di essere per conseguenza un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo, simile, ma ben distinto dalla compra vendita <sup>(193)</sup>, per trasformarsi invece in una vera e propria compra vendita richiamante la propria origine in una transazione <sup>(194)</sup>. Come tale, essa è sottoposta a tutte le norme regolanti l'istituto della compra vendita, e non meno delle altre a quella della necessità che il pagamento del prezzo sia effettuato o garantito, perchè la proprietà della cosa venduta passi al compratore, necessità che, se la scienza romanistica, almeno per quanto riguarda la *traditio*, ha potuto ampiamente dimostrare che per diritto classico non esistesse, l'espressa statuizione delle fonti rende indiscutibile nei riguardi del diritto giustiniano.

I testi della compilazione non ci danno notizie precise nei riguardi del nostro istituto; che però tale fosse lo spirito del diritto bizantino ci viene indicato in modo ine-

to paghi effettivamente la somma al cui pagamento è stato condannato (*nisi vere litis aestimationem subierit*); in realtà con questa interpretazione il pensiero di Celso e di Ulpiano viene ad essere completamente falsato: in quanto che essi, come negli altri casi di *usucapio pro emptore*, *pro legato*, *pro donato*, *pro dote*, non richiedono che si abbia una controprestazione (salvo il primo, gli altri sono fra l'altro tutti negozi a titolo gratuito), ma soltanto che vi sia stata una compra vendita, una donazione, un legato, una costituzione di dote, benchè operata *a non domino*; così anche per la L. A. ritengono che non basti che il convenuto creda di essere stato condannato a pagare la L. A. di una determinata cosa, ma che occorra che, convenuto *a non domino*, sia stato però effettivamente condannato; cfr. per questa interpretazione BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides*, Scr. Giur. varii II pag. 527.

<sup>(193)</sup> Cfr. sopra pag. 109.

<sup>(194)</sup> Cfr. sopra pag. 110.

quivocabile dei *Basilici*, ove, nel parafrasare i testi dei giuristi classici, le espressioni *lis aestimata esse, litis aestimationem offerre* vengono sistematicamente sostituite con le altre τὴν διατίμησιν τῆς δίκης λαμβάνειν, τὴν διατίμησιν τῆς δίκης καταβάλλειν; τὴν διατίμησιν τῆς δίκης δίδουαι, con le quali viene introdotto ex novo il concetto della necessità dell'effettivo pagamento del prezzo perchè si abbia il trasferimento della proprietà (<sup>195</sup>).

(<sup>195</sup>) Naturalmente ciò non si verifica ovunque, ed in molti testi dei *Basilici* il pensiero dei giuristi classici è reso con precisione (cfr. per es. Bas. XV 2 7, (Heimb. II pag. 16, per D. 6 2 7 1, offerre = παρέχειν), ma il numero dei testi ove ciò si verifica è notevole e tale da dare la chiara visione del nuovo indirizzo, come apparirà chiaro dal confronto sotto operato:

D. 6 1 46: « *Eius rei quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit...* ».

D. 47 2 85: « *Quamvis res furtiva... usucapi non possit, tamen si eo nomine lis aestimata fuerit...* ».

D. 25 2 22 pr.: « *Si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit...* ».

D. 41 4 1: « *Possessor qui litis aestimationem optulerit, pro emptore incipit possidere* ».

Bas. 15 1 45 (Heimb. II pag. 162): « Ἐὰν διὰ τοῦ ἐνδίκου ὄρκου λάβῃ το τμήμα ὁ ἐνάγων ἢ δεσπότης τοῦ πράγματος παρασχῆμα πρὸς τὸν νομέα κατερχέται ».

Bas. 60 12 84 (Heimb. V pag. 532): « Τὸ κλαπὲν πρᾶγμα εἴτε πρὸς τὸν δεσπότην ὑποστρέψῃ, εἴτε τὴν ἀποτίμησιν λάβῃ τῆς δίκης... ».

ibid. sch. τὸ κλαπὲν πρᾶγμα : « Εἰ καὶ τὸ κλοπιμαῖον οὐ δύναται οὐσουκαπιτεῦσθαι, εἰ μὴ ὑποτρέψῃ εἰς τὸν δεσπότην αὐτοῦ, ὁμοίως ἔαν ὑπὲρ κλοπῆς διατίμησιν καταβληθῆι, ... ».

Bas. 28 2 22 Sch. ὁ διδούς (Heimb. III pag. 208): « ἐὰν κινήσω κατὰ γυναικός τὴν ρέουσα ἀμοτάροισι καὶ καταβάλλῃ μοι τὴν τῆς δίκης διατίμησιν... ».

Bas. 50 4 1 (Heimb. V pag. 64): « Ὁ διδούς τὴν τῆς δίκης διατίμησιν ἀντὶ τοῦ ἀγοραστοῦ νέμεται ».

D. 27 9 3 2: « *Item quaeri potest... an litis aestimatio oblata alienationem pariat...* ».

Bas 38 9 3 (Heimb. III pag. 749): « Εἰ δὲ ἐναγαγὼν ὁ ἐπίτροπος περὶ ὀρφανικοῦ ἀγροῦ λάβῃ ἀποτίμησιν τῆς δίκης... »

## INDICE DELLE FONTI

### INSTITUTIONES

IV 1 16 — pag. 53 n. 98

### DIGESTA

I 2 2 — pag. 30 n. 54

IV 9 5 pr. — pag. 51 n. 94

V 1 64 pr. — pag. 5 n. 4

V 3 12 20 — pag. 44 n. 76

V 3 13 14 — pag. 68; 83; 88  
n. 146

V 3 20 1 — pag. 5 n. 4

V 3 25 2 — pag. 88 n. 146

V 3 25 8 — pag. 64 n. 114;  
88 n. 146

V. 3 25 9 — pag. 88 n. 146

V 3 25 10 — pag. 5 n. 4; 88  
88 n. 146

V 3 30 — pag. 44 n. 76

V 4 3 — pag. 119 n. 188.

VI 1 15 1 — pag. 44 n. 76

VI I 15 2 — pag. 44 n. 76

VI 1 17 1 — pag. 44 n. 76

VI 1 21 — pag. 26 n. 44; 44  
n. 76; 50; 53; 85 n. 145

VI 1 22 — pag. 64

VI 1 27 1 — pag. 43 n. 75

VI 1 35 2 — pag. 92 n. 149;  
102; 112; 113 n. 173; 117

VI 1 46 — pag. 4; 5 n. 4; 7;  
11 n. 15; 18; 22; 28 n. 39;  
48; 62 n. 112; 78 n. 138;  
97; 103; 110; 113 e n. 173;  
119; 126 n. 195

VI 1 47 — pag. 47 sgg.; 53;  
60; 67 n. 121; 99; 110

VI 1 57 — pag. 44 n. 76; 95  
n. 151

VI 1 58 — pag. 44 n. 76; 95  
n. 151.

VI 1 63 — pag. 7 n. 6; 26  
n. 44; 45; 53; 59; 62; 85  
n. 145; 88 n. 146; 95 e n.  
150; 112; 118; 119 n. 183;  
123 n. 189.

VI 1 68 — pag. 26 n. 44; 44  
sgg.; 64; 79 n. 141

VI 1 69 — pag. 24 n. 41; 63;  
70; 78 n. 138; 80 sgg.; 84  
e n. 144; 88 n. 146; 91

VI 1 70 — pag. 24 sgg.; 26 n.  
45; 32 e n. 60; 37 n. 70;  
46 n. 82; 63; 66 n. 118;  
91; 95; 102

VI 1 71 — pag. 65 n. 116; 78  
e n. 137 e 138; 79 n. 141;  
80; 87; 119 n. 182

VI 2 1 — pag. 12 n. 16

VI 2 2 — pag. 25 n. 42

VI 2 3 — pag. 12 n. 16

VI 2 3 1 — pag. 25 n. 42

VI 2 6 — pag. 12 n. 16; 25  
n. 42

VI 2 7 — pag. 12 n. 16

VI 2 7 pr. — pag. 25 n. 42

VI 2 7 1 — pag. 11; 25 n. 42;  
33; 55 n. 100; 101; 109;

113 n. 173; 122; 124 n. 192; 126 n. 195  
 VI 2 7 5 — pag. 25 n. 42  
 VI 2 7 7 — pag. 25 n. 42  
 VI 2 7 9 — pag. 25 n. 42  
 VI 2 7 16 — pag. 25 n. 42; 49 n. 89; 61 n. 111  
 VI 2 9 pr. — 25 n. 42  
 VI 2 11 pr. — pag. 25 n. 42  
 VI 2 11 3 — pag. 25 n. 42  
 VI 2 12 pr. — pag. 25 n. 42  
 VI 2 12 2 — pag. 25 n. 42  
 VI 2 12 4 — pag. 25 n. 42  
 VI 2 13 1 — 25 n. 42  
 VI 2 15 — 25 n. 42  
 VIII 5 7 — pag. 5 n. 4  
 IX 2 7 pr. — pag. 112 n. 188  
 IX 4 27 1 — pag. 17 n. 27  
 IX 4 28 pr. — pag. 17 n. 27  
 X 2 29 — pag. 14; 103 e n. 173  
 X 3 7 12 — pag. 16 n. 24  
 X 4 3 2 — 5 n. 4  
 X 4 5 1 — pag. 41 n. 74  
 X 4 5 2 — pag. 5 n. 4; 41 n. 74  
 XII 3 1 — pag. 26 n. 45; 66 n. 119; 75  
 XII 3 2 — pag. 7 n. 6; 41 n. 74; 64 n. 114; 77; 78 n. 138 e 139; 79; 87  
 XII 3 3 — pag. 41 n. 74  
 XII 3 4 — pag. 5 n. 4  
 XII 3 5 pr. — pag. 5 n. 4; 41 n. 74  
 XII 3 6 — pag. 5 n. 4; 41 n. 74  
 XII 3 8 — pag. 5 n. 4; 26 n. 45; 66 n. 119  
 XII 3 10 — pag. 5 n. 4; 41 n. 74  
 XII 4 12 4 — pag. 44 n. 76  
 XII 7 2 — pag. 57; 95 n. 151  
 XIII 1 3 — pag. 30 n. 53; 56  
 XIII 1 14 1 — pag. 55  
 XIII 6 2 1 — pag. 34 n. 62  
 XIII 6 3 2 — pag. 5 n. 4  
 XIII 6 5 1 — pag. 35 sgg.; 112; 113; 173  
 XIII 6 13 pr. — pag. 53; 54 n. 99  
 XIII 6 17 1 — pag. 57  
 XIII 6 21 pr. — 57; 58 n. 104  
 XIII 7 4 — 19 n. 32  
 XIII 7 6 1 — 19 n. 32  
 XIII 7 9 3 — 18 n. 31  
 XIII 7 9 5 — 18 n. 31  
 XIII 7 22 — 19 n. 32  
 XIII 7 24 2 — pag. 19 n. 32  
 XIII 7 28 pr. — pag. 15; 112; 122  
 XVI 3 1 26 — 5 n. 4; 34 n. 62  
 XVI 3 7 1 — 74 n. 133  
 XVI 3 14 1 — 44 n. 76  
 XVI 3 30 — 35 sgg.; 113  
 XVIII 1 19 — pag. 111 n. 170  
 XIX 1 30 1 — pag. 117 n. 179  
 XIX 1 29 — pag. 122 n. 188  
 XIX 2 13 6 — pag. 43 n. 75  
 XIX 2 20 — pag. 52  
 XIX 2 25 8 — pag. 53; 85 n. 145; 119 n. 183  
 XIX 2 48 1 — pag. 5 n. 4; 34 n. 62  
 XIX 2 69 1 — pag. 52 sgg.; 85 n. 145; 119 n. 183  
 XIX 4 1 1 — pag. 102 n. 159  
 XX 1 16 3 — pag. 5 n. 4  
 XX 4 11 pr. — pag. 19 n. 33  
 XX 4 11 1 — pag. 19  
 XX 6 1 — pag. 18 n. 31  
 XX 6 2 — pag. 15; 113; 122  
 XX 6 8 19 — pag. 21 n. 37  
 XXI 1 — pag. 102 n. 159  
 XXI 2 — pag. 102 n. 159  
 XXI 2 16 1 — pag. 113 e n. 173; 117 n. 180  
 XXI 2 19 5 — pag. 102 n. 119

XXI 2 21 2 — pag. 112; 113 n. 173; 115 e n. 176  
 XXI 2 61 — pag. 34 n. 62  
 XXI 3 1 2 — pag. 21 n. 37  
 XXIV 3 25 1 — pag. 5 n. 4  
 XXV 2 2 — pag. 38 n. 71  
 XXV 2 8 1 — pag. 5 n. 4; 34 n. 62; 37 n. 69  
 XXV 2 9 — pag. 26 n. 45; 34 n. 62; 37 n. 69; 66 n. 119; 102  
 XXV 2 10 — pag. 92 n. 149; 112  
 XXV 2 21 2 — pag. 40 n. 73  
 XXV 2 22 pr. — pag. 37 sgg.; 66 n. 118; — 101; 109; 114; 122; 126 n. 195  
 XXV 2 26 — pag. 40 n. 73.  
 XXV 2 29 — pag. 40 n. 73  
 XXVI 6 7 pr. — pag. 5 n. 4  
 XXVII 7 4 pr. — pag. 5 n. 4  
 XXVII 9 1 pr. — pag. 106 n. 164  
 XXVII 9 1 1 — pag. 106 n. 164  
 XXVII 9 3 2 — pag. 101; 106; 113 n. 173; 126 n. 195  
 XXVII 9 3 3 — pag. 106  
 XXX 47 6 — pag. 44 n. 76  
 XXXV 2 60 1 — pag. 5 n. 4  
 XXXX 12 36 — pag. 5 n. 4  
 XXXXI 1 4 5 — pag. 36  
 XXXXI 2 3 20 — pag. 34 n. 63; 37 n. 69  
 XXXXI 3 4 13 — pag. 28 n. 39; 112; 113 n. 173  
 XXXXI 3 27 — pag. 11 n. 15; 124 n. 192  
 XXXXI 3 33 1 — pag. 36 sgg.  
 XXXXI 4 1 — pag. 28 n. 39; 49 n. 89; 101; 109; 113; 126 n. 195  
 XXXXI 4 2 21 — pag. 9; 29 n. 39; 49 n. 89; 100; 112; 113 n. 173; 115; 116  
 XXXXII 1 12 — pag. 69; 83; 84 e n. 143; 85 n. 145  
 XXXXIII 4 15 — pag. 9 n. 12; 100 e n. 156; 109; 113 e n. 173; 124 n. 192  
 XXXXIII 5 3 15 — pag. 41 n. 74  
 XXXXIII 24 15 9 — pag. 5 n. 4  
 XXXXIII 29 3 13 — pag. 5 n. 4; 115 n. 175  
 XXXXVI 1 73 — pag. 5 n. 4  
 XXXXVI 3 40 — pag. 17 n. 29  
 XXXXVI 3 53 — pag. 17 n. 29  
 XXXXVI 3 95 9 — pag. 69; 80; 88 n. 146  
 XXXXVII 2 9 1 — pag. 5 n. 4; 28; 32 sgg.; 37 n. 70; 41; 112; 113 n. 173; 114  
 XXXXVII 2 12 — pag. 53 n. 98  
 XXXXVII 2 14 14 — pag. 53 n. 98  
 XXXXVII 2 14 15 — pag. 53 n. 98  
 XXXXVII 2 14 16 — pag. 53 n. 98  
 XXXXVII 2 85 — pag. 12 n. 17; 28 n. 39; 101; 113 e n. 173; 126 n. 195  
 XLVIII 1 28 1 — pag. 5 n. 4  
 L 17 131 — pag. 64; 81 n. 142  
 L 17 157 1 — pag. 64; 81 n. 142  
 CODEX IUSTINIANUS  
 II 3 20 — pag. 61 n. 110  
 IV 58 — pag. 102 n. 159  
 V 37 22 — pag. 106 n. 165  
 V 53 1 2 — pag. 5 n. 4  
 V 53 3 — pag. 5 n. 4  
 VIII 4 9 — pag. 5 n. 4



VIII 19 1 — pag. 20 n. 35  
VIII 44 — pag. 102 n. 159

GAII INSTITUTIONES

I 167 — pag. 35 n. 65  
II 41 — pag. 35 n. 65  
III 180 — pag. 123  
III 202 a 207 — pag. 53 n. 98  
III 203 — pag. 58 n. 103  
III 206 — 51 n. 94  
III 207 — 51 n. 94; 53 n. 98

III 208 — pag. 51 n. 94  
IV 48 — 90; 99 n. 155; 114

BASILICORUM LIBRI

XV 1 17 — pag. 44 n. 76  
XV 1 43 — pag. 44 n. 76  
XV 1 45 — pag. 126 n. 195  
XV 2 7 — pag. 126 n. 195  
XXVIII 2 22 — pag. 126 n. 195  
XXXVIII 9 3 — pag. 126 n. 195  
L 4 1 — pag. 126 n. 195  
LX 12 84 — pag. 126 n. 195

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

ACCARIAS C. — pag. 104 n. 161  
ALBERTARIO E. — pag. 25 n. 42;  
26 n. 45; 31 n. 57; 32 n.  
60; 58 n. 104; 111 n. 170;  
116 n. 177  
APPLETON H. — pag. 5 n. 3;  
8 n. 8; 46 n. 81; 111 n. 170  
ARANGIO RUIZ V. — pag. 3 n.  
1; 36 n. 67; 51 n. 94; 98  
n. 153  
ARNDTS L. — pag. 3 n. 1; 20  
n. 1; 98 n. 152  
BACHOFEN J. J. — pag. 14 n. 20  
BARON I. — pag. 3 n. 1  
BERTOLINI C. — pag. 3 n. 1; 7  
n. 7; 8 n. 8; 104 n. 162  
BESELER G. — pag. 15 n. 21;  
19 n. 32; 31 n. 57; 46 n.  
80; 50 n. 92; 54 n. 99; 63  
n. 113; 74 n. 133; 84 n.  
144; 88 n. 146; 107 n. 167.  
BETTI E. — pag. 5 n. 3; n. 4;  
10 n. 14; 13 n. 19; 14 n.  
20; 15 n. 23; 16 n. 26; 17  
n. 28; 26 n. 45; 27 n. 46;  
29 n. 52; 34 n. 62; 58 n.  
104; 76 n. 135; 98 n. 152;  
104 n. 160; 112 n. 172; 113  
n. 173  
BIONDI B. — pag. 26 n. 45; 40  
n. 73; 72 n. 130  
BOYÉ A. J. — pag. 88 n. 146  
BONFANTE P. — pag. 3 n. 1; 4  
n. 2; 12 n. 17; 18; 23 n.  
40; 36 n. 68; 104 n. 162;  
105 n. 163; 124 n. 192  
CHLAMTACZ — pag. 62 n. 112  
CUIACIO J. — pag. 3 n. 1; 46  
n. 81; 70  
CUQ E. — pag. 5 n. 3; 111  
n. 170  
DE FRANCISCI P. — pag. 3 n. 1;  
40 n. 73; 58 n. 104; 98 n.  
153  
DERNBURG A. — pag. 3 n. 1;  
14 n. 20; 98 n. 152  
DE RUGGIERO R. — pag. 69 n.  
122  
DIRKSEN H. — pag. 12 n. 18  
DUMAS — pag. 104 n. 161  
EBRARD F. — pag. 21 n. 36  
ECK E. — pag. 14 n. 20  
EISELE F. — pag. 16 n. 25; 26;  
19 n. 33  
ERMANN H. — pag. 9 n. 10  
FABRO A. — pag. 7 n. 7; 29  
n. 49; 40 n. 73  
GEISTERDING — pag. 3 n. 1; 46  
n. 81  
GIRARD P. F. — pag. 12 n. 18;  
50 n. 91  
GLOSSA a D. 6 1 46 — pag. 3  
n. 1  
GLOSSA a D. 6 1 63 — pag. 62  
n. 112  
GLOSSA a D. 6 1 71 — pag. 70  
GLÜCK F. — pag. 3 n. 1; 98  
n. 152  
GOTOFREDO J. — pag. 69 n. 123  
GRADENWITZ O. — pag. 9 n. 10;  
78 n. 139

- GUARNERI CITATI A. — pag. 31 n. 57  
HAYMANN F. — pag. 50 n. 92  
HUVELIN G. — pag. 12, n. 18  
JÖRS P. — pag. 111 n. 170  
KALB W. — pag. 16 n. 25; 26; 19 n. 33; 30 n. 54  
KOSCHAKER P. — pag. 11 n. 15; 100 n. 156  
KRUEGER P. — pag. 26 n. 45; 30 n. 54; 88 n. 146  
KUEBLER B. — pag. 52 n. 96; 72 n. 130  
LENEL O. — pag. 7 n. 6; 13 n. 19; 19 n. 33; 24 n. 41; 25 n. 42; 34 n. 62; 40 n. 73; 45 n. 79; 48 n. 87; 64 n. 115; 78 n. 137; 138; 84 n. 143; 88 n. 146  
LEPELLETTIER — pag. 104 n. 161  
LEVY E. — pag. 4 n. 2; 5 n. 4; 7 n. 7; 8 n. 9; 10 n. 14; 11 n. 15; 15 n. 22; 17 n. 28; 18 n. 30; 19 n. 34; 21 n. 37; 22 n. 38; 23 e n. 39; 40; 26 n. 45; 27 n. 46; 28 n. 47; 29 e n. 51; 52; 30 n. 55; 33 n. 61; 35 n. 64; 36 n. 68; 37 n. 69; 39; 40 n. 72; 45 n. 79; 47; 50 n. 90; 92; 53 n. 97; 54 n. 99; 55 n. 100; 58 n. 104; 60 n. 106; 62 n. 112; 71 n. 127; 72 n. 128; 129; 73 n. 132; 74 n. 133; 79 n. 141; 84 n. 144; 98 n. 153; 100 n. 156; 112 n. 171; 172; 119 n. 184.  
MANICK — pag. 14 n. 20; 15 n. 21  
MEIER — pag. 9 n. 10  
MEYLAN PH. — pag. 111 n. 170  
MITTEIS L. — pag. 5 n. 3; 111 n. 170  
MUHLENBRUCH C. F. — pag. 46 n. 81; 70 n. 126; 71 n. 127; 72 n. 128  
NABER J. C. — pag. 15 n. 23; 107 n. 167  
NIKOLSKY B. W. — pag. 12 n. 18  
OERTMANN P. — pag. 8 n. 8; 14 n. 20; 104 n. 161  
OUMÉ — pag. 104 n. 161  
PAMPALONI M. — pag. 37 n. 70; 40 n. 73  
PARTSCH J. — pag. 57 n. 102  
PELLAT C. A. — pag. 5 n. 3; 46 n. 81; 48 n. 86; 72 n. 131  
PERNICE A. — pag. 9 n. 10; 16 n. 25  
PEROZZI S. — pag. 3 n. 1; 9 n. 11; 25 n. 42; 111 n. 170  
PETERS H. — pag. 29 e n. 49  
POTHIER G. — pag. 69  
PRINHSHEIM F. — pag. 111 n. 170; 116 n. 177  
PUCHTA G. F. — pag. 3 n. 1  
RICCOBONO S. — pag. 34 n. 63; 36 n. 68; 40 n. 73  
ROTONDI G. — pag. 50 n. 92  
SAVIGNY K. F. — pag. 4 n. 2; 23 n. 40; 40 n. 73  
SCHMID — pag. 3 n. 1; 14 n. 20; 17 n. 28; 72 n. 128  
SCHÖMBAUER E. — pag. 111 n. 170; 115 n. 177  
SCHRÖTER — pag. 8 n. 8  
SCHULTING — pag. 7 n. 7  
SCHULZ F. — pag. 50 n. 91; 52 n. 95; 53 n. 98  
SECKEL E. — pag. 19 n. 33  
SERRAGLI — pag. 8 n. 8

- SIBER E. — pag. 3 n. 1; 9 n. 11; 10 20 e 50; 35 n. 66; 39; 40 n. 72; 45 n. 79; 47 n. 83; 78 n. 128  
SINTENIS G. F. — pag. 14 n. 20  
SOLAZZI S. — pag. 25 n. 42; 26 n. 46; 107 n. 175; 108 n. 167  
STEINER H. — pag. 9 n. 12; 11 n. 15; 100 n. 156; 124, n. 192  
UBBENLOHDE H. — pag. 14 n. 20  
VIARDOT — pag. 104 n. 161  
VOIGT M. — pag. 12 n. 18  
WANGEROW K. A. — pag. 3 n. 1; 14 n. 20  
WETZELL — pag. 3 n. 1; 46 n. 81; 72 n. 128  
WINDSCHEID B. — pag. 3 n. 1; 14 n. 20; 46 n. 81; 98 n. 152  
WIRFINCHER — pag. 3 n. 1.  
ZANZUCCHI P. P. — pag. 38 n. 71; 40 n. 73

## INDICE

Introduzione . . . . .	3
Contumacia . . . . .	7
Perdita del possesso . . . . .	49
Natura dell'acquisto . . . . .	97
Momento dell'acquisto . . . . .	111
Indice delle Fonti . . . . .	129
Indice degli autori citati . . . . .	133

SEMINAR



KNIHOVNA  
oddělení

REV15

ÚK PrF MU



3129S04550