

**CASI DUBBI DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA  
ALL'AZIONE DI RIVENDICA\***

In diritto romano la legittimazione attiva alla *rei vindicatio*<sup>1</sup> veniva riconosciuta al proprietario non possessore.

---

\* Questo articolo costituisce la rielaborazione di una relazione svolta in occasione degli «Incontri Salernitani di Studi Storico-giuridico». Salerno, 23 novembre 2004.

<sup>1</sup> R. ASTOLFI, voce '*Rei vindicatio*', in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 366 ss., con ampia bibliografia. Tra gli autori citati cfr.: W. LEONHARD, voce '*Rei vindicatio*', in *RE*, IAI, Leipzig, 1914, 557 ss.; H. SIBER, *Passivlegitimation bei der 'rei vindicatio'*, Leipzig, 1907; E. CUQ, voce '*Vindicatio*', in *RE*, IXAI, Leipzig, 902 ss.; A. BEACHET, voce '*Rei vindicatio*', in *DS*, IV, Paris, 1918, 828 ss.; A. BERGER, voce '*Vindicatio*', in *The Oxford Classical Dictionary*, Oxford, 1932, 766 ss.; A. BERGER, voce '*Vindicatio*', in *Encyclopedic Dictionary of roman law*, Philadelphia, 1953, 672 ss.; G.W. WETZEL, *Der römische Vindication Prozess*, Leipzig, 1845; H. LAST, '*Rei vindicatio*', in *Gr. Z.*, XXXVI, 1909, 433 ss.; O. LENEL, '*Rei vindicatio*', in *Gr. Z.*, XXXVII, 1910, 515 ss.; O. LENEL, *Das edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, rist. 1985, 185; P. MARIA, *Observation sur la possession du défendeur à la 'rei vindicatio'*, in *Études Girard*, II, Paris, 1913, 227 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova, 1947, 338; A.R.

---

HERDLITZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindicationsfklägten im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, II, 1929, 304 ss.; M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in *ZSS*, LI, 1931, 92; M. KASER, *Restituere<sup>1</sup> als Prozessgegenstand*, München, 1932, poi *Restituere<sup>2</sup>*, 1968, con estesa letteratura; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 205; M. KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS*, LXVIII, 1951, 131 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *La formule vindicatoire*, in *RHD*, XI, 1932, 205 ss.; F. SENN, *La leçon de la Rome antique sur la notion de 'vindicatio'*, in *RHD*, XV, 1936, 401 ss.; R. DÜLL, *Vom 'vindex' zum 'Vindex'*, in *ZSS*, LIV, 1934, 101 ss.; P. NOAILLES, *'Vindicta'*, in *RHD*, XIX-XX, 1940-41, 1 ss.; G. PUGLIESE, *Sentenza di rivendicazione ed acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*, III, 6, 1959, 347 ss.; G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, I, Roma, 1962, 275, 357; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto soggettivo*, Milano, 1939, 358 ss.; R. FEENSTRA, *Reclame en Reivindicatie*, Haarlem, 1949; G. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di 'actio in rem per sponsionem'*, in *Studi Albertario*, I, Milano, 1959, 167 ss.; G. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 103, 171; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971; E. LEVY, *West Roman vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, 202 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1971, 229 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987, 294, 336; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, rist. 1996, 62, 83, 407; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano<sup>2</sup>*, Padova, 1990, 312 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 71, 340 etc.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1999, 307, 318 ss.; M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi Scherillo*, I, Milano, 1972, 341 ss.; E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva*, in *Il Filangieri*, XXXX, 1951, 321 ss.; G.W. THÜR, *'Vindicatio' und 'Deductio' in frührömischen Grundstückstreit*, in *ZSS*, LXXXIV, 1977, 293 ss.; J.C. VAN OVEN, *Leerboek van romeinsch Privaatrecht<sup>3</sup>*, Leiden, 1948, 100; F.

Tale regola risulta enunciata nelle Istituzioni di Giustiniano, nella corso della trattazione dedicata alle azioni processuali:

I. 4.6.1: ...veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

L'esempio da cui si evince la *regula* in questione è quello di scuola: «se taluno possiede una *res corporalis*, che Tizio affermi essere sua, e il possessore dica di essere il *dominus*, se Tizio asserisce che la cosa gli appartiene, si tratta di un'azione *in rem*».

Nel successivo § 2 si prosegue sulle azioni di rivendicazione dei diritti di usufrutto e servitù, poi si introduce un'altra tipologia di *actiones in rem*, quelle negatorie (*negativae*), volte a negare l'esistenza di uno *ius in re aliena* e relative, appunto, a controversie sulle cd. *res incorporales*. Si afferma che tale genere di azioni non trova applicazione se la lite attiene a *res corporales*:

I. 4.6.2: ...istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit, qui non possidet: ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam

---

STURM, *La nature juridique de la 'rei vindicatio'*, in *Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam, 1995, 505 ss.

neget rem alterius esse. Sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.

Nel testo si enuncia chiaramente il principio secondo cui a chi possiede non viene riconosciuta la legittimazione attiva alla rivendica (*quis possidet non agit*), tranne che in un solo caso (*uno casu*), che però non viene menzionato<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Benché il tema dell'«*unus casus*» sia stato abbondantemente dibattuto, dai Glossatori in poi, può dirsi che sia stato, al contrario, oggetto di scarso interesse nel XX secolo, se si eccettuano alcuni studi condotti nel primo cinquantennio e qualche sporadico articolo comparso negli ultimi venti anni. Rilevanti sull'argomento: R. HENLE, «*Unus casus*». *Uno studio sulle Istituzioni di Giustiniano*, Leipzig, 1915; V. SCIALOJA, «*Unus casus*». *Interpretazione del § 2 in Ist. de act. 4,6*, estr. dalle *Onoranze al Prof. V. Simoncelli*, Napoli, 1916; M. NICOLAU, L'«*unus casus*» d'après les *scolies des Basiliques*, in *RHD*, XV, 1934, 597; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Milano, rist. 1948, 400 ss.; W.W. BUCKLAND, in nota a pie' pagina, *A Text-Book of Roman Law*, Cambridge, 1932, 675 nt. 3; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 203; A. ZOCCOROSA, L'«*unus casus*» nelle *Istituzioni di Giustiniano e le nuove congetture del Prof. C. Appleton*, Catania, 1892; C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, 564; E. PAGENSTECHE, *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, Heidelberg, 1859, 62 ss.; P.F. GIRARD, *Textes de droit romain publiés et annotés*, Paris, 1903, 101 ss.; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, Paris, 1891, 838 nt. 4, 839; W. FRANCKE, *Probabilium de uno casu*, Jena, 1839; C. FERRINI, *Fonti delle Istituzioni*, in *BIDR*, X, 1901, 191 (*Opere*, II, Milano, 1929, 405); G. SEGRÈ, *Miscellanea esegetica*, in *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo, 1910, 411 ss.; T.

Tutto il discorso svolto dai compilatori delle Istituzioni nei §§ 1 e 2 verte sulle *actiones in personam* e *in rem*<sup>3</sup>. In particolare, nel § 2 si richiamano le azioni reali: la *vindicatio servitutis* su fondi rustici e urbani, le azioni negatorie contro le pretese di usufrutto e servitù. Per vero, continuano i compilatori, nelle controversie relative a *res corporales* può agire solo colui che non possiede, mentre il possessore non ha un'azione idonea, attraverso la quale negare che la cosa sia di un altro. Tranne quell'«unico caso», in cui – possiamo supporre – il possessore rivestiva il ruolo di parte attrice. Si registra, dunque, una netta cesura tra le azioni negatorie da un lato, e la *rei vindicatio*, con la connessa eccezione

---

HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978, 199; G.B. MOYLE, *Imperatoris Iustiniani Institutionum libri quattuor*<sup>3</sup>, Oxford, 1913, 454; G.B. MOYLE, *Institutiones*, Oxford, 1946, 545; P. VAN WARMELO, *Studies in Iustinians's Institutes in memory of J.A. Thomas*, London, 1983, 179 nt. 18; A.G. CHLOROS, *'Unus casus' und die Digesten*, in *ZSS*, LXXIV, 1957, 373 ss.; J.H.A. LOKIN, *'Sane uno casu'*, in *Satura. On. R. Feenstra*, Fribourg 1985, 251 ss.

<sup>3</sup> Sulla distinzione tra *'actio in rem'* e *'actio in personam'* cfr. princ.: C.F. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht* 6, Berlin, 1847, 179 ss. rist. Aalen 1981; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, 207 ss. Tema, quello della struttura dell'*actio in rem*, strettamente connesso all'*unus casus*, specie con riferimento alla possibile struttura bilaterale dell'*actio in rem*, che sarebbe rinvenibile anche nell'*actio familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*. Generalmente, insomma, nello *iudicium duplex*, in cui ciascuna delle parti rivestirebbe il ruolo del querelante: dunque, anche la parte che possiede il bene litigioso. Sul punto vd. *infra*, nel testo.

dell'*unus casus*, dall'altro lato.

Ma l'*unus casus* che, a detta dei compilatori delle Istituzioni giustiniaee, sarebbe apparso 'più opportunamente' (*opportunius*) nell'approfondita trattazione contenuta nei Digesti (*in latioribus digestorium libris*) aspetta ancora una soddisfacente individuazione<sup>4</sup>. Benché eminenti romanisti abbiano, per secoli, tentato di risolvere il mistero, esso rimane ancora aperto: in nessun luogo dei Digesti giustinianeî è detto a chiare lettere quale sia l'eccezione alla regola secondo cui legittimato all'esercizio dell'azione di rivendica è colui che non possiede il bene controverso.

Per associazione di idee, questo 'unico caso', perduto nell'immensa mole dei Digesti giustinianeî, evoca la lettera smarrita del celebre racconto di Edgar Allan Poe: tutti gli investigatori la cercavano, ma essa era là, aperta sulla scrivania, sotto gli occhi di tutti. La configurazione del problema come un 'puzzle', cui manca il pezzo risolutivo, costituisce dunque una vera e propria tentazione, nell'ambito della ricerca scientifica, e non così superflua come da alcuni si vorrebbe sostenere. La moderna tendenza a giudicare scarso – e in definitiva improduttivo – l'interesse per l'argomento, rafforzata peraltro dall'osservazione che, tutto sommato, le numerose e approfondite indagini sinora svolte hanno condotto a risultati

---

<sup>4</sup> A.G. CHLOROS, '*Unus casus*', cit., 373 ss.

insoddisfacenti, non può considerarsi, mi sembra, del tutto giustificabile.

All'inizio del Novecento, riportando una tesi di antichi commentatori, si affermò<sup>5</sup> che l'*unus casus* semplicemente non esisteva: d'altronde, nulla è più facile che negare l'esistenza di cose che non si riesce a trovare.

Per contro, se si osservano da un lato i testi giurisprudenziali conservatici, sul tema, nei Digesti e, dall'altro lato, la successiva letteratura sull'*unus casus*, si rimane stupiti dal gran numero di brani che, complessivamente, nell'arco dei secoli, sono stati presentati come possibilmente indicativi dell'*unus casus*<sup>6</sup>. Tutti questi tentativi investigativi presentano, però, una caratteristica comune: nessuno di essi è ineccepibile. C'è sempre un profilo logico-giuridico, o esegetico, che osta all'accettazione di questo o di quel passo, come senz'altro

---

<sup>5</sup> A.G. CHLOROS, '*Unus casus*', cit., 383 ss.

<sup>6</sup> In V. SCIALOJA, '*Unus casus*', cit., vi è un'estesa rassegna delle tesi che vanno dai Glossatori come Accursio, a Gifanio, Bassiano, citato dalla Glossa, fino a Donello, Pietro di Bellapertica, Giovanni Fabbro: tutti Autori secondo i quali il 'caso unico' si verificherebbe quando il convenuto avesse assunto l'onere della prova volontariamente. Il DOUJAT (*De unu casu excursus XVIII ad Theophil. Ed. Reitz, III, Venetiis, 1738*) trae da numerosi testi, (D. 46.3.27; 13.6.1.3; 16.3.34.1; 19.1.5 pr.; 31.66.6) il principio per cui chi ha ricevuto una cosa, ma deve ricevere prestazioni accessorie, può agire con l'azione principale: in questa circostanza ricorrerebbe l'*unus casus*. *Contra*, V. SCIALOJA, '*Unus casus*', cit., 9.

illustrativo dell'«unico caso». Il primo testo<sup>7</sup>, tra quelli considerati più significativi è:

Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15.4: Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Il caso prospettato riguarda la condizione del richiedente una cosa a titolo di precario. Non vi è dubbio, afferma Pomponio, che acquisti il possesso colui che ha ottenuto il bene, mentre è dubbio se continui a possedere anche il concedente.

Ebbene, in tale fattispecie, il possessore-proprietario, al fine di riottenere il bene concesso a titolo di precario, dovrebbe esercitare la *rei vindicatio*: si verrebbe così a realizzare l'ipotesi dell'«unico caso», secondo l'opinione dello studioso

---

<sup>7</sup>V. SILVA, *Precario compossesso e precario con detenzione*, in *SDHI*, VI, 1940, 233; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, 350; A.G. CHLOROS, 'Unus casus', cit., 376; P. ZAMORANI, 'Precario habere' [Pubblicazioni Facoltà giuridica dell'Università di Ferrara, Serie II, n.4], Milano, 1969, 228; M. KASER, *Zur Geschichte des 'Precarium'*, in *ZSS*, LXXXIX, 1972, 103 ss.; V. SCIALOJA, *Sopra il 'precarium' in diritto romano*, con una nota di lettura di L. Labruna, Napoli, 1981, 48.



inglese G.B. Moyle<sup>8</sup>.

A questa costruzione si potrebbe obiettare che difficilmente il proprietario-possessore avrebbe esperito la *rei vindicatio*, un'azione ardua, che costringeva l'attore a dimostrare il suo titolo, mediante la cd. *probatio diabolica*. Resta però valido il rilievo che, ad onta delle difficoltà probatorie, il *precario dans* poteva preferire la *rei vindicatio* in quanto solo con questa azione avrebbe ottenuto l'accertamento del suo titolo. D'altro canto, se pure si vuole accettare l'ipotesi di un riferimento alla rivendica, il *casus* non potrebbe comunque essere quello cui alludono le Istituzioni di Giustiniano. E infatti, mentre in I. 4.6.2 si prevede l'esercizio dell'azione da parte di un proprietario-possessore, nella fattispecie relativa al rapporto di precario si individuerebbero ben due possessori: un possessore 'giusto' (il concedente), che rivendica la proprietà contro il possessore 'ingiusto' (in quanto precarista, cui sia stata richiesta invano la restituzione del bene concesso). In definitiva, il caso rileverebbe esclusivamente in ordine alle opinioni di alcuni giuristi romani, che ammettevano la concorrenza del possesso 'giusto' con l'ingiusto<sup>9</sup>. Tanto sembra trovare conferma in:

Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3pr.: Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat,

---

<sup>8</sup>G.B. MOYLE, *Imperatoris Iustiniani*, cit., 454, dove viene illustrata la tesi qui commentata.

<sup>9</sup> Ulp. 16 *ad ed.* D. 1.9.5; Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3; Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.1.9; Gai. 4.148-150.

tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam.

Sebbene respinta nel diritto giustiniano (D. 41.2.5.3; D. 13.6.5.15), l'opinione relativa al compossesso avrebbe dato luogo, per svista, all'identificazione con l'eccezione alla regola del riconoscimento al solo non possessore della legittimazione attiva alla rivendica, venendo quindi letta come un riferimento alle parole in I. 4.6.2: *sane uno casu*. Ma pare davvero improbabile che tre grandi Maestri di diritto, tra cui Teofilo, abbiano potuto commettere un errore così grossolano, e per di più su una materia di non secondaria importanza.

Il problema dell'*unus casus* deve, allora, essere esaminato scandendo e separando i vari punti nodali che lo compongono. Il primo dei quali è costituito dal tenore del brano delle Istituzioni giustiniane all'esame, in cui si afferma che l'«unico caso» «apparirà più opportunamente» nei Digesti, in un luogo nel quale esso sarà illustrato come eccezione alla regola, secondo cui la legittimazione attiva spetta al proprietario-non possessore della *res* litigiosa. E' di per sé problematica già la regola per cui l'azione di rivendica spetta solo al non possessore, con la connessa, misteriosa eccezione dell'*unus casus*. Ma l'aspetto più complesso è senz'altro costituito dalla pluralità degli *exempla* astrattamente riconducibili all'«unico caso» e dalla loro configurazione come eccezione alla regola della legittimazione attiva alla *rei vindicatio*: si pone al riguardo la questione della possibile pluralità di *unus casus*. Infine, l'ultimo punto da affrontare è la valorizzazione di quello che, a mio

avviso, da un lato costituisce il più efficace e verosimile esempio dell'«unico caso», ma, per altro verso, consente anche di leggere la regola della legittimazione alla rivendica come non assoluta. In un sistema casistico-giurisprudenziale, come quello romano, la *regula* si pone nell'ordinamento come un prisma sfaccettato: così, se è sempre verificabile il criterio dell'*id quod plerumque accidit* – principio ispiratore di ogni norma – è pur sempre evidente che ci rapportiamo a un sistema giuridico incentrato sul caso concreto. In un siffatto contesto, la regola è necessariamente non-rigida, ma scomponibile in più *exempla*, altrettante immagini del reale.

Riprendiamo ora l'esame di I. 4.6.2. Il primo profilo da esaminare è costituito dal complesso di regole, in cui l'*unus casus* risulta inserito, all'interno di un'opera di aggiornamento voluta da Giustiniano, per riproporre agli studenti il sempre valido manuale didattico del *Gaius noster*.

Vittorio Scialoja<sup>10</sup>, in un articolo specificamente dedicato al tema in esame, imposta la sua esegesi di I. 4.6.2, asserendo che l'*unus casus*, considerata la posizione occupata all'interno del discorso complessivo svolto dai compilatori, deve necessariamente riferirsi alle *res corporales*, dunque alla difesa della proprietà. Inoltre, l'*unus casus* risulta in modo inequivocabile attinente alla posizione del possessore di un

---

<sup>10</sup>V. SCIALOJA, 'Unus casus', cit., 4 ss. Per la bibliografia cfr.: G. MACCORMACK, 'Iusta and iniusta possessio', in TR, XXXXII, 1974; S. RICCOBONO, 'Communio', in *Atti del Congresso di Londra*, Oxford, 1913, 12.

*corpus* non appartenente alla controparte.

Poste tali premesse, Scialoja sostiene<sup>11</sup> che l'espressione *neget alterius esse* sta ad indicare l'essenza della *rei vindicatio*, cioè il diniego che la cosa sia di altri: l'affermazione acquista così un senso preciso (ma a condizione di leggere *alterius* al posto di *actoris*<sup>12</sup>). La regola enunciata nelle Istituzioni consisterebbe, allora, nella non attribuibilità al possessore dell'azione reale, 'attraverso la quale si neghi che la proprietà appartiene ad un altro, tranne in un unico caso' in cui questo non avviene: e cioè – si evince – quando colui che possiede rivesta, nonostante ciò, il ruolo di attore, con la conseguenza di risultare legittimato a negare che la proprietà sia di altri. Conclude il passo la chiave dell'enigma, vale a dire l'asserzione che l'unico esempio di questa eccezione verrà esposto nella trattazione più approfondita dei Digesti, ove esso si collocherà *opportunius*: avverbio, questo, di per sé generico, e comunque di non univoco significato nel contesto in questione. L'uso di *opportunius* ha però indotto Scialoja a supporre che l'ipotetico luogo dei Digesti in cui si sarebbe svelato il mistero dell'*unus casus* non potesse essere che il titolo I del libro sesto (*De rei vindicatione*). La rivendicazione, dunque, sarebbe la naturale *sedes materiae* dell'*unus casus* (a cui poi si lega il caso del gregge, che esamineremo tra breve).

---

<sup>11</sup> V.SCIALOJA, '*Unus casus*', cit., 6 ss.

<sup>12</sup> A proposito del termine '*actoris*', qui incomprensibile, si accetta dunque l'interpretazione di E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*<sup>6</sup>, riv. da E. Seckel e B. Kübler, III, Lipsiae, 1927, il quale legge invece *alterius*.

Non vi è dubbio che il ragionamento dell'Autore si presenti analitico e stringente, ove però si vogliano accogliere le premesse, ovvero sia che le I. 4.6.2 alluda, con *res corporales*, ai diritti reali, e che lo 'spazio giuridico' dell'*unus casus* si debba intendere circoscritto alla *rei vindicatio*. In ogni caso, la costruzione di Scialoja non risulta affatto inconciliabile con l'eventuale presenza di altri brani, nei Digesti, anche al di fuori del titolo *De rei vindicatione*, che individuino il nostro caso.

All'ammissione della possibilità di una pluralità di eccezioni alla regola sulla legittimazione attiva nella *rei vindicatio*, si contrappone l'ipotesi estrema della totale inesistenza dell'*unus casus* nei Digesti. Vi sarebbe – secondo quest'ultimo orientamento – una mancanza di coordinazione tra le varie parti della Compilazione: mentre le Istituzioni operano un rinvio ai Digesti, per l'illustrazione dell'«unico caso», tale fattispecie non sarebbe poi stata più inserita in nessun luogo. Una riflessione sui tempi di pubblicazione delle diverse parti della compilazione giustiniana potrebbe avvalorare tale ipotesi. Come sottolinea Chloros<sup>13</sup>, le Istituzioni furono pubblicate il 21 novembre del 533, mentre i Digesti apparvero solo il 15 dicembre dello stesso anno. È un lasso di tempo assai esiguo, a dire il vero, e probabilmente riconducibile, come è ben noto, a motivi tecnici. Rimane però verosimile la congettura che i compilatori delle Istituzioni fossero stati in possesso di materiali identificabili con una 'stesura provvisoria'

---

<sup>13</sup>A.G. CHLOROS, 'Unus casus', cit., 381 ss.

dei *Digesta*.

Di qui, l'ulteriore ipotesi che dal testo riveduto dei Digesti fosse poi stato scartato il passo contenente l'*unus casus*, forse inavvertitamente. Di questa illazione vi sarebbe una indiretta conferma, secondo Chloros, proprio nelle Istituzioni giustinianee: e infatti, benché vi siano, in quest'opera, numerosi rinvii ai *Digesta*, tali rinvii sono tutti formulati al presente, mentre solo in I. 4.6.2. si registra il ricorso al tempo futuro. Al riguardo, l'Autore reputa che l'impiego di questa forma verbale sarebbe dovuto alla convinzione, da parte dei compilatori, che il problema dell'*unus casus* fosse di scarso rilievo, marginale, o addirittura trascurabile, e per ciò stesso collocabile all'ultimo momento, in un qualsivoglia luogo.

Ma alla credibilità di questa costruzione osta, in primo luogo, una obiezione di carattere generale: la ben nota organicità della compilazione giustiniana, concepita, almeno tendenzialmente, come opera esaustiva e priva di lacune<sup>14</sup>. Più specificamente, sulla cronologia della compilazione occorre tenere presente un rilievo già mosso da Bonfante<sup>15</sup>, e di recente ribadito da Campolunghi<sup>16</sup>: nelle Istituzioni, il 'rinvio al futuro', in relazione a tematiche da trattarsi nei Digesti (I. 3.12.pr.; I.

---

<sup>14</sup> La letteratura sul tema è sconfinata: esaurienti ragguagli ora in M. CAMPOLUNGHY, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II. 1 e 2, Città del Castello, 2001/2007.

<sup>15</sup> P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, II, Roma, 1934, 114.

<sup>16</sup> M. CAMPOLUNGHY, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II.2, Città di Castello, 2007, 38 nt. 53.

4.6.2; I. 4.6.5) non dimostra necessariamente che le Istituzioni sono state completate prima dei Digesti, in quanto il riferimento veniva operato verosimilmente non al momento della compilazione, bensì ai tempi e alle modalità del corso e dell'insegnamento della materia, da svolgersi dopo quello delle Istituzioni (come conferma il dato che in altri luoghi ricorre invece il tempo presente: I. 4.6.37; I. 4.13.6; I. 4.14.3).

Alla luce di queste considerazioni, risulta ancora più inconcepibile, di quanto già non lo sia in assoluto, il sospetto che l'*unus casus* (quale eccezione alla regola della determinazione della legittimazione attiva alla rivendica) fosse reputato materia di scarso peso. Avvalora, mi sembra, questo rilievo l'uso, in I. 4.6.2, del termine *apparebit*, che, lungi dall'indicare l'incertezza o il disinteresse dei compilatori, evidenzia piuttosto la loro consapevolezza dell'importanza dell'eccezione alla regola ('unico caso'), da trattarsi con dovizia di particolari nel 'cuore' della compilazione.

L'obiezione che ai tempi di Giustiniano il problema dell'*unus casus* non avrebbe più presentato alcun rilievo pratico non sembra fornita di solido fondamento. È vero che le Istituzioni furono aggiornate e concepite come un testo di diritto vigente, ma è pur vero che il Maestro che concorse a comporre, Teofilo, nella redazione dei *Digesta* aveva ordinato la massa sabiniana; perciò, non appare eccessivamente azzardata l'ipotesi che Teofilo intendesse trasmettere ai giovani, e forse pure ai pratici, anche se in un sintetico manuale didattico, i tratti essenziali sulle dottrine dei giureconsulti classici in ordine

alla regola sulla legittimazione attiva nella *rei vindicatio*, con un cenno, almeno, alla sua eccezione.

Torniamo ora alla discussa individuazione degli *exempla* riconducibili all'*unus casus*. Uno dei tentativi più risalenti rimonta ad Accursio<sup>17</sup>, per il quale l'eccezione alla regola sarebbe da indicarsi nella rivendicazione esercitata dal possessore nei confronti del detentore. La tesi di Accursio si basa su:

Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.9: ... puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

---

<sup>17</sup> Accursio, Gl. *Casus*, *ad* D. 6.1.9. Secondo M. MARRONE, *Contributi*, cit., 364 ss., il passo in D. 6.1.9 è in parte spurio. Della fonte in questione l'A. propone un'articolata esegesi, affermando, contro la tesi del SIBER, *Passivlegittimation*, cit., 41 ss., che i giuristi classici non siano mai giunti ad ammettere la rivendica contro chiunque avesse la cosa e la *facultas restituendi*. Secondo Marrone, il possesso è qui inteso non come quello interdittale, ma si identifica tuttavia nella posizione di chiunque tenga la cosa e abbia la possibilità di restituirla, giuridicamente e materialmente. Il brano, nella sua interezza, è di grande complessità interpretativa e coinvolge giuristi come Pegaso, Ulpiano e altri (...*quidam*) nella disputa sul concetto di *possessio* e di *detentio nomine actoris*. Argomenti che peraltro sono solo contigui al nostro tema. Cfr. V. SCIALOJA, 'Unus casus', cit., 6. Cfr. anche M. KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, 240, rist. Koln-Graz 1956, 208; M. MARRONE, *La 'facultas restituendi' di D. 6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.): brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi Scaduto*, III, Padova, 1970, 538; M. MARRONE, *La rivendica contro i 'filiifamilias'*, in *Studi Grosso* VI, Torino, 1974, 180; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, 341.



La critica più diffusa<sup>18</sup> si incentra sulla scarsa rispondenza di questa lettura alla nozione romana della *possessio*, nonché alle enunciazioni contenute nel testo qui discusso delle Istituzioni.

Anche riconoscendo per il diritto bizantino l'ammissione della *rei vindicatio* contro il semplice detentore come regola generale, l'identificazione dell'azione esperita dal proprietario nei confronti dell'usufruttuario (fattispecie illustrata in D. 7.9.7 pr.) con l'*unus casus* incontra più di una difficoltà<sup>19</sup>. Sul punto, comunque, per alcuni versi ben rappresenta il pensiero di Ulpiano :

Ulp. 70 *ad ed.* D. 7.9.7 pr.: Si usus fructus nomine re tradita sadisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.

Ulpiano cita l'autorità di Proculo a sostegno del suo orientamento sul caso. Una *res* è stata consegnata *ususfructus nomine* (è qui rimarchevole l'uso del *tradere* «nel senso materiale

---

<sup>18</sup> Vd. nt. prec.

<sup>19</sup> A. WACKE, *Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtspräsen – dentenstreit*, in *TR*, XXXVII, 1967, 380.

della mera detenzione»<sup>20</sup>) e l'usufruttuario non ha prestato cauzione. L'erede, secondo Proculo, può rivendicare la cosa e, qualora il convenuto opponga in sede di eccezione che la *res* è stata trasferita (*tradita*) a titolo di usufrutto, si potrà replicare. Questa opinione – stigmatizza Ulpiano – ha la sua *ratio*: ma la cauzione si può esigere anche mediante un'*actio in personam*, la *condictio*<sup>21</sup>. Evidentemente, questo brano non contiene solo una esemplificazione di *rei vindicatio* esercitata dal possessore nei confronti del detentore. Il testo è di più complessa interpretazione, ma – per quanto qui interessa – la posizione dell'erede, il quale affermi il suo diritto di proprietà nei confronti dell'usufruttuario che non ha stipulato la cauzione, ci avvicina per più di un aspetto all'*unus casus*. Un erede, proprietario e possessore, e un usufruttuario che, non avendo stipulato la *cautio*, non possiede legittimamente la cosa, disegnano un rapporto che ben potrebbe ricondursi all'ipotesi di cui in I. 4.6.2.

È ora giunto il momento di leggere l'unico testo che sembra calzare a pennello all'*unus casus*. Il brano all'esame attiene alla rivendica del gregge (*gregis vindicatio*) ed è stato analiticamente valutato, tra gli altri<sup>22</sup>, da Scialoja<sup>23</sup>, sulla base di

---

<sup>20</sup> Così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, 2, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1968, 204 nt. 1.

<sup>21</sup> Reputa giustiniano il tratto '*sed-poterit*' P. BONFANTE, *Corso*, cit., III, *Diritti reali*, Milano, 1972, 107.

<sup>22</sup> Per il tema della '*vindicatio gregis*', e quindi per l'esame critico del fondamentale testo in D. 6.1.1.3, v. M. PAMPALONI, *Sulla 'vindicatio gregis'*

una esegesi largamente condivisa e che pare, per più di un aspetto, convincente:

Ulp. 60 *ad ed.* D. 6.1.1.3: Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari. Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est, sed enim gregem sufficet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur.

Della *gregis vindicatio*, azione processuale sulla quale è incentrato il testo ulpiano, fa cenno anche Gaio nelle sue *Institutiones* (4.17), come di un'unica azione idonea a rivendicare un *corpus ex distantibus*<sup>24</sup>. Nelle Istituzioni di Giustiniano viene

---

*in diritto romano*, in *RISG*, X, 1890, 268 ss.; P. BONFANTE, *Corso*, II.2, cit., 403 ss.

<sup>23</sup>V. SCIALOJA, 'Unus casus', cit., 16 ss., con ampia argomentazione.

<sup>24</sup>Gaio tratta della *rei vindicatio* come un'unica azione diretta rivendicare un corpo *ex distantibus*. Opportunamente, nota V. SCIALOJA, 'Unus casus', cit., 13, che il giurista, in un libro di più ampio respiro, e con intenti meno didattici ed elementari avrebbe probabilmente, a proposito delle *actiones in rem*, fatto notare la specificità della *rei vindicatio*, consistente proprio nella posizione che il convenuto occupa nella struttura dell'azione. Nel *corpus ex distantibus* i singoli capi non cessavano di essere oggetto di propri rapporti di fatto e di diritto: cfr. Paul. 25 *ad ed.* D. 6.1.23.5; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.3, quest'ultimo probabilmente interpolato.

messo in rilievo<sup>25</sup> che il gregge è un insieme composto da esseri viventi, considerati singolarmente (2.20.18).

Il passo qui all'esame è collocato nel titolo I, *De rei vindicatione* del sesto libro dei Digesti, dunque nella sede della materia. Gli elementi di risalto, all'interno del testo escerpito dai commentari ulpiani all'editto, sono molteplici.

In primo luogo, la *vindicatio gregis* non era rivendica di singoli animali, bensì di una unità, un'*universitas facti*, come viene definita da Pomponio in D. 41.3.30.<sup>26</sup> L'unità del *corpus ex distantibus* veniva determinata dalla sua compattezza, nonostante le variazioni del numero dei singoli animali che lo componevano, potendo alcuni mancare, altri aggiungersi; e, soprattutto, il *corpus* si poneva come un coacervo di esseri viventi, soggetto alla mutazione dei membri per nascita o morte. Tuttavia, nel *corpus ex distantibus* i singoli capi non cessavano di essere oggetto di rapporti di fatto e di diritto. Ciò comportava che l'attore dovesse provare, nella *gregis vindicatio*, che il gregge gli apparteneva nel suo insieme; e, a tale fine, incombeva sul rivendicante l'onere di dimostrare che le pecore erano almeno dieci. Il convenuto poteva fare lo stesso. Se però il proprietario dimostrava che la maggior parte delle pecore erano sue, la *rei vindicatio* si riteneva fondata. Quanto alla posizione del convenuto, va osservato che questi poteva

---

<sup>25</sup> Sia nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 2.20.18), che nei Digesti (D. 6.1.3.1) si pongono in rilievo le particolarità della *rei vindicatio*.

<sup>26</sup> Sul testo, cfr. in partic. M. PAMPALONI, *Sulla 'vindicatio'*, cit., 268 ss.

affermare il suo dominio sull'intero gregge, o anche solo su alcuni dei capi che possedeva. Come appunto si evince da I. 4.6.2, egli avrebbe dovuto negare la proprietà dell'attore, dimostrando come i capi che voleva trattenere fossero propri, o addirittura di un terzo<sup>27</sup>.

È interessante osservare che in questo caso ci troviamo di fronte ad un giudizio 'bilaterale' e 'comparativo': attore e convenuto affermavano la titolarità del medesimo diritto ed erano entrambi chiamati a provarlo<sup>28</sup>. Tale disciplina – la cui evoluzione cronologica è fortemente discussa – si evince dalla lettura di alcuni testi giurisprudenziali classici, conservati nei Digesti giustiniani: Ulp. 21 *ad ed.* D. 6.1.2.; Pomp. 31 *ad ed.* D. 44.2.21.1; Paul. 25 *ad ed.* D. 6.1.23.5; Pomp. 30 *ad Sab.* D. 43.3.30.3.

Secondo Scialoja<sup>29</sup> si verificherebbe, nella fattispecie della *vindicatio gregis*, l'ipotesi in cui il possessore assume il ruolo di 'attore': questi rivendica gli animali che vuole sottrarre alla richiesta contraria fatta dalla controparte (non possessore), negandone la titolarità del diritto di proprietà, e produce la prova positiva che gli animali in questione sono suoi (o di

---

<sup>27</sup> P. BONFANTE, *Corso*, II, 2, cit., 401.

<sup>28</sup> In generale, sui giudizi comparativi in rivendica e sulla distribuzione dell'onere probatorio, vd. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Napoli, 2006, 369 ss.

<sup>29</sup> V. SCIALOJA, 'Unus casus', cit., 15.

altri). Sarebbe questo, dunque, l'*unus casus* cui alludono le Istituzioni: un caso pertinente allo svolgimento di un giudizio comparativo in rivendica, nel quale le posizioni dei contendenti paiono poste sullo stesso piano, senza una rigida distinzione tra il ruolo di 'attore' (che qui pare individuato semplicemente sulla base dell'iniziativa processuale, e dunque attribuito a *qui prior vindicaverit*)<sup>30</sup> e quello di 'convenuto'.

Non può disconoscersi che la fattispecie della rivendica del gregge presenti tutti i requisiti richiesti in I. 4.6.2, e che possa quindi agevolmente identificarsi con il misterioso '*unus casus*'. Tuttavia, sarebbe opportuno procedere ad ulteriori indagini, per verificare l'eventuale esistenza, nei testi classici conservatici nei Digesti giustiniane, di altre eccezioni alla regola *agit qui non possidet*, specie nell'ambito delle svariate ipotesi di *indicium duplex*.

MARGHERITA PENTA

Ricercatore nell'Università degli Studi di Salerno.

## ABSTRACT

L'*unus casus*, di cui è menzione in I. 4.6.2, costituirebbe

---

<sup>30</sup> Cfr., per una più ampia trattazione, con esame delle fonti e cit. bibl., L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione*, cit., 377 ss.

l'eccezione al principio, accolto dalla giurisprudenza romana, secondo cui *agit qui non possidet*: la legittimazione attiva all'azione di rivendica nel diritto romano era dunque riconosciuta al non possessore, tranne che in un caso (in cui, evidentemente, si ammetteva alla rivendica anche il possessore del bene litigioso). I compilatori delle Istituzioni giustiniane, dopo avere affermato la sussistenza di una eccezione (*unus casus*) alla regola enunciata, operano un esplicito rinvio, per l'illustrazione di tale caso, ai Digesti giustiniani; ma molte dispute sono sorte, tra gli interpreti successivi, in ordine alla esatta individuazione, nei Digesti, di tale eccezione alla regola.

Fragili, e quindi non convincenti, paiono i motivi addotti da alcuni studiosi per negare del tutto la sua esistenza; né si può ipotizzare che una problematica di cospicuo rilievo teorico e pratico, quale appunto era la determinazione della legittimazione attiva alla rivendicazione, possa essere stata, da parte dei compilatori giustiniani, oggetto di negligenza o di oblio.

Viceversa, robustamente argomentabile è la tesi – già delineata da Scialoja – per cui compilatori delle Istituzioni giustiniane, al momento della menzione dell'*unus casus* in I. 4.6.2, avrebbero avuto davanti agli occhi un brano giurisprudenziale classico (verosimilmente il passo ulpiano ora in D. 6.1.1.3), nel quale, in materia di rivendica del gregge, era descritta la posizione simmetrica delle parti in causa (il ruolo di 'attore' e 'convenuto' era determinato probabilmente solo

dall'iniziativa processuale), e illustrata la possibilità che al convenuto-possessore fosse data la possibilità di affermare il proprio diritto di proprietà e di fornirne dimostrazione (in guisa di 'attore'). Si ipotizza che questo fosse appunto il meccanismo processuale dell'*unus casus*, la cui trattazione i compilatori delle Istituzioni giustinianee espressamente rinviarono ai *Digesta*, opera senz'altro più completa e approfondita delle Istituzioni, caratterizzate, invece, da una finalità didattica elementare.

In conclusione, sembra probabile che i compilatori abbiano realmente trovato un 'caso unico', in cui la legittimazione attiva alla rivendica poteva essere riconosciuta al possessore del bene litigioso; ma ciò non esclude che nei Digesti sia rinvenibile una pluralità di ipotesi analoghe (verosimilmente, altri 'giudizi bilaterali'), configurabili come altrettante eccezioni alla *regula* dell'attore non-possessore. Gli *exempla* fino ad ora indicati come possibili *unus casus* sono stati tutti sottoposti a serrata critica, e attualmente solo la fattispecie della *vindicatio gregis* può essere considerata uno schema valido per la ricerca di altre possibili eccezioni alla regola secondo cui *est actor qui non possidet*.