
LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DEL POSSESSORE NELL'AZIONE NOSSALE GIUSTINIANEA

§ 1. Il problema della legittimazione passiva del possessore nell'*actio noxalis* è stato discusso principalmente in ordine alla responsabilità nossale dei classici. Il Lenel (1) sostenne che non si potesse chiamare in giudizio il possessore *bonae* o *malae fidei* e avanzò il sospetto di interpolazione di quei brani che affermano il contrario: D. 9, 4, 11 Ulp. VII ad ed., 13 Gai. XIII ad ed. prov., 28 Afric. VI quaest. Il Betti (2) ha accolto in sostanza la tesi, solo ammettendo che la legittimazione passiva del possessore di buona fede sia stata riconosciuta dai classici. Il Biondi (3) è agli antipodi del Lenel giacchè riconosce e sostiene la genuinità di quei tre ffr.

La questione ha importanza non soltanto in sè stessa, ma in quanto permette di dedurre corollari precisi in ordine alla natura dell'*actio noxalis* ed alla struttura della *noxae deditio*. Io la tratterò brevemente per diritto giustiniano. Ammessa la legittimazione del possessore nel sistema dei classici sorgerebbe il problema di spiegare la presenza, nel Dig., di quel brano (D. eod. 22 § 1 Paul. XVIII ad ed.) che non legittima il creditore pignoratizio e il precarista appunto perchè "non... opinione domini possident.,,: secondo la tesi del Biondi il fr. non è genuino poichè il credit. pign. e il precar., essendo possessori, nel diritto classico dovevano necessa-

(1) *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 47 (1927), p. 15 sgg.

(2) *Diritto romano*, I, 1935, p. 557 n. 8.

(3) *Le actiones noxales*, 1925, p. 287 sgg.

riamente poter essere chiamati in giudizio. D'altro canto, se il passo è bizantino, come si spiega quella motivazione che insiste sulla mancanza del possesso (*animo domini*), cioè sur un principio che si vuole eminentemente classico? La dozione nossale bizantina importa normalmente, secondo l'opinione del Biondi, il trasferimento del dominio: e allora perchè Giustiniano non ha interpolato in quel brano questo motivo, come avrebbe fatto in altri *ffr.*? Il Biondi (4) sostiene che i giustinianeî, per forza d'inerzia, avrebbero accettato dai classici la legittimazione passiva del possessore (e in questo modo si spiegherebbe il parlare, ch'essi fanno nonostante tutto, di possesso), ma che veramente e normalmente risponderebbe il *dominus*.

Lo stesso *fr.* non è spiegato chiasamente dalla tesi del Lenel: la motivazione non può essere classica giacchè insiste sul possesso; ma allora se in base a questo brano interpolato, *is qui pignori accepit... non tenetur noxali actione*, che valore hanno quei testi che pur nella compilazione legittimano passivamente il creditore? Essi sono D. 9, 4, 26 § 6, 27 *fr.* e quindi anche D. 2, 9, 3.

Per risolvere il dilemma ho creduto di ricorrere alle fonti bizantine. I brani del Dig. sono quelli che sono, ma nei Bs. e sopra tutto negli scolii le idee nuove trionfano e gli avanzi della antica concezione dovrebbero sparire. Ebbene: ho notato che i greci si attardano ad insistere sul requisito del possesso come fondamento della legittimazione passiva almeno nei casi in cui non sia chiamato il *dominus*. Se ciò è vero, si dovrà respingere l'interpretazione del *fr.* 22 § 1 cit. data dal Biondi: gli scolasti e i traduttori greci non avevano interesse a ribattere quello stesso requisito soltanto per ossequio alle concezioni dei classici.

Che il possessore bizantino di buona o di mala fede sia legittimato pienamente risulta dai passi seguenti: Bs. 60, 5, 11 e sch. Hag. 60, 5, 22 e sch. *extra* eod. Nei primi tre brani si ritrovano affermazioni esplicite; negli altri il principio si ricava per assurdo ma con sicurezza.

Gli stessi brani rivelano ugualmente la possibilità di chiamare in giudizio il possessor indipendentemente da una eventuale chiamata del *dominus*; anzi, il primo dei testi riafferma la irresponsa-

(4) *Op. cit.*, p. 311 sg., 314.

bilità del *dominus servi* quando ci sia un possessore di buona fede, nei riguardi dell'*a. noxalis*, che pertanto si deve dirigere, contro quest'ultimo: D. 9, 4, 11 v'è tradotto alla lettera: nel caso l'acquisto immediato del dominio sullo schiavo è reso impossibile all'attore, che ha soltanto un'eccezione a sua difesa (5). Il requisito del possesso è condizione necessario, per convenire o condannare il *dominus* anche in Bs. 60, 5, 21 (D. 9, 4, 21 § - H., V. 353): “ὁ δεσπότης... οὐ καταδικάζεται, εἰ μὴ νῆμεται ἢ δόλον ἐπαύσατο „ Non si tratta, pertanto, d'un principio tramandato dai classici e conservato per ossequio o per forza d'inerzia, ma d'un concetto fresco e vitale. Lo sch. Hagioth. D. 9, 4, 11 (Bs. 60, 5, 11 cit) per giustificare la legittimazione passiva del poss. *Conae fidei* si richiama alla legittimazione indiscutibile del mero possessore: il requisito del possesso è un motivo dominante perfino negli scolii!

§ 2. Anche non volendo dar peso ai due brani che richiedono la qualità di possessore pur nel *dominus*, è almeno certo che quegli è legittimato in prima linea come il proprietario. Dato ciò, resterebbe il problema di vedere quale di quei due requisiti, cioè la qualità di proprietario o la qualità di possessore, si debba considerare dominante nel capitolo della responsabilità (6) nossale bizantina; il Biondi per es., come ho detto, ha affermato nettamente il predominio del primo requisito giacchè ritiene che soltanto il *dominus* sia responsabile vero e normale. Per risolvere il problema basterà vedere se ci siano o meno altre persone tenute di fronte all'*a. noxalis* e come venga giustificata, dai bizantini la legittimazione o l'esclusione di costoro; si tratta di osservare pertanto se i greci, nel caso, fanno giocare il requisito del dominio o quello del possesso.

Ebbene: la legittimazione passiva dell'usufruttuario e del cre-

(5) Il BIONDI *op. cit.* p. 286 sgg., 311 dice proprio il contrario poichè ritiene che l'*actio* spetti sempre contro il *dominus*, anche se non possiede, nel diritto giustiniano, mentre nel diritto classico sarebbe data sempre contro il possessore anche non *dominus*.

(6) Nel rapporto nossale la responsabilità è *sui generis* poichè il convenuto non può dirsi veramente obbligato ma piuttosto onerato cfr. il mio volume *Damno temuto* ecc., n. 101: in questo senso limitato affermo che è responsabile il *reus* nell'*a. noxalis*.

ditore pignoratizio risulta non soltanto da vari passi del Dig. (l. 3 D. 2, 9; 26 § 6, 27 D. h. t.), ma dalla chiara traduzione bizantina di quei brani e dai commenti degli scolasti: intendo riferirmi a Bs. 7, 15, 3; 60, 5, 26 e 27 e sch. 1, 6 (H., V, 363 sg.) nonchè ai tre scolii (7) dell'Hagioth. a Bs. 60, 5, 11; 21; 220. Un ultimo passo è anche più esplicito (sch. 19 Bs. eod. 17 - H. V, 351 sg.) poichè afferma, nei riguardi dell'usufruttuario, che “ εἰ γὰρ ὁ χληθεὶς οὐκ ἐδεσφένδυσεν, ἐκπίπτει τῆς χρήσεως ». Tutto ciò esclude l'ipotesi che in materia ci siano sopravvivenze classiche prive di senso nel nuovo sistema.

Quanto dico, inoltre toglie ogni valore probatorio al fr. 22 § 1 D. h. t. cit., che è l'unico punto dove non si legittimi il creditore pignoratizio e che il Biondi riteneva della nuova concezione bizantina. Quel passo è un relitto storico che ammette una *duplex interpretatio* e il cui senso preciso è rivelato nella traduzione dei Bs. Il traduttore greco, dopo aver detto, rifacendo D. eod. 22 §, che, quando c'è un depositario o un comodatario del servo, si può agire nossalmente contro il *dominus*, continua:

Bs. 60, 5, 22 - D. h. t. 22 § 1: τὸ αὐτὸ καὶ περὶ τοῦ κατὰ παρά κλήσιν δοθέντος καὶ τοῦ ἐνεχυρασθέντος ἐὰν ἔχῃ ὁ δεδωότης χρηματα ἐλευθερωσαὶ τὸν ἐνεχυραθῆντα.

Si chiama in giudizio il proprietario se questi ha i mezzi necessari a riscattare dal vincolo del pegno lo schiavo: l'affermazione evidentemente non esclude la *legitimatio* passiva normale del creditore, anzi la riafferma. Invece nel brano parallelo del Dig. le possibilità di riscattare lo schiavo pignorato non giovava così decisamente nel campo della responsabilità nossale e non toccava pertanto il principio della mancanza di legittimazione del creditore affermata nello stesso fr.: segno che questo, era pure ritoccato, non ha richiamato l'attenzione dei compilatori così come gli altri brani che dicono il contrario che sono tradotti e commentati letteralmente nei Bs. Quindi ha ragione chi sostiene (Lenel, Betti) la genuinità sostanziale del fr. 22 § 1 cit.: solo la motivazione è itp.

Quegli stessi brani greci, quando vogliono giustificare la responsabilità del *fructuarius* e del cred. pign., e lo fanno di continuo,

(7) Poco importa se questi sch. hanno aggiunte posteriori quando è certo che queste si inquadrano facilmente nel sistema.

si richiamano precisamenre al requisito del possesso. In Bs. 60, 5, 21, si dice che, mentre il proprietario e il poss. di b. fede (quindi anche il mero possessore) sono legittimati in pieno, gli altri difendono o possono difendere lo schiavo soltanto se è presente; e l'Hagioth. (sch. eod. H. V, 354) spiega appunto che questi altri sono l'usufr. e il cred. pign., i quali, benchè *propriamente* non siano possessori, si ritengono tali se lo schiavo è presente e pertanto sono legittimati all'azione. Lo stesso concetto risulta implicitamente da uno scolio più antico (alla medesima legge: sch. 7 eod.), dove, per quanto non si distingue tra usufr.-cred. e tutti gli altri (curatori, tutori ecc.), tuttavia si adduce il requisito del possesso come decisivo. Tale insistenza è tanto più sintomatica (e quindi prettamente bizantina) in quanto nel fr. commentato del Dig. è in quello parallelo dei Bs. non si accennava decisamente al motivo del possesso.

Per la stessa ragione l'usufr. e il cred. pignoratizio sono legittimati in seconda linea (rispetto al proprietario e al possessore). L'Hagioth. nello sch. cit. e in un altro (a Bs. 60, 5, 22 - H V, 357) lo dice chiaramente: bisogna chiamarli solo dopo aver citato il *dominus* ecc. (o almeno, ritengo, insieme con lui) (8). Viceversa tutti gli altri non sono tenuti nemmeno in via subordinata e neanche se lo schiavo è presente, giacchè non hanno neppure una larva di possesso, ἀλλὰ φιλήν καὶ ἀμυδρὰν κατοχήν

La conclusione di tali rilievi è abbastanza evidente, ed è sintetizzata in uno scolio dei Bs. (sch. εἴτε Bs. 60, 5, 47 - H., V, 379), il quale afferma in linea di massima che nelle azioni nossali chi non possiede non ha la legittimazione passiva: μὴ νομόμενος τὸν οἰκέτην οὐ κατέχεται. Dalle annotazioni particolari degli altri brani assurgiamo con quest'ultimo scolio, a un principio generale: se si pensa che la l. commentata a quel modo trattava della responsabilità del proprietario e se si ricordano i passi citt. che discutono simultaneamente lo stesso problema, si raggiungerà la certezza sul fatto che il requisito del possesso sullo schiavo è il fondamento normale della responsabilità nossale.

Viceversa la qualità di proprietario del *servus* e l'obbligo rela-

(8) A questi risultati ero già pervenuto nella mia *op. cit.*, n. 93 indipendentemente dall'esegesi completa dei testi greci.

tivo di trasferirne il dominio all'attore sono posti nell'ombra dai testi bizantini; ciò che toglie ad essi qualunque valore di concetti dominanti (9): se invece l'una e l'altro fossero stati alla base del nuovo sistema, i meri detentori e gli pseudo possessori (usufr. e cred. pign.) non avrebbero dovuto avere la *legittimatio* passiva all'azione in quanto, non essendo proprietari, non potevano trasferire il dominio; o almeno i bizantini avrebbero cercato di inquadrare il nuovo regime nell'ambito di quei due concetti.

§ 3. I numerosi passi del Dig., gli scolii più antichi, i Bs., gli scolii più tardi, come quelli dell'Hagiot, corredati da aggiunte posteriori (10), rivelano tutta una corrente univoca e precisa che insiste sul medesimo concetto; quindi rappresentano non solo il diritto posteriore, ma lo stesso sistema giustiniano. Ricostruire nei particolari la legittimazione passiva nossale del VI sec. non è facile, ma intanto il fondamento del possesso è un principio sicuro.

Di qui non mi sembra ardito assurgere a un concetto assai più generale che riguarda la struttura di tutto l'istituto bizantino. Se è legittimato il possessore come tale e se questa può liberarsi dall'azione rinunziando allo schiavo, non ci troviamo di fronte a principî molto simili a quelli dell'*a. in rem*? La tesi del Biondi (che vede nell'istituto bizantino le caratteristiche dell'*a. in personam*, e quelle dell'*a. in rem* nel sistema dei classici) ne riceve un colpo evidente.

In questo senso mi basta citare uno scolio del sec. XIV che è stato scritto se non altro da persona la quale doveva conoscere il diritto bizantino meglio di quanto a noi non sia dato: lo scoliaste d'altra parte si richiama molto spesso a ffr. e schh. più antichi.

Sch. Bs. 60, 5, 11 (H, V, 346):... ἡ μὲν γὰρ νοξαλία πραγματικὴ τις ἐστὶν οἰοῦνται ἀγωγὴ, καὶ κατὰ πάντα σχεδὸν ἔοικε τῇ σπενιαλία ἐν ῥέμ κινεῖται γοῦν κατὰ μόνου νομέως... εἰ γοῦν ὁ ἀπλῶς νεμόμενος ἐνάγεται τῇ νοξαλία, ὥς πραγματικῇ τινὶ ἀγωγῇ πῶς οὐκ ἂν ἐναχθεῖν ταῦτα καὶ ὁ καλῇ πίστει νομεὺς ecc.(11).

Dunque la legittimazione passiva del possessore di buona e di mala fede si giustifica e si inquadra nella struttura reale dell'*a.*

(9) V. *contra* BIONDI *op. cit.*, p. 311 sgg.

(10) V. le note dell'HEIMBACH agli schh. medesimi.

(11) Lo sch. è riportato nei Bs. sotto il nome dell'Hagiotheod.

noxalis (quodammodo specialis in rem). Nel seguito del passo la responsabilità del creditore pign. è giustificata, sulla base del possesso, con lo stesso principio di *realità* dell'azione. Il quale, dunque, se si è sfermato nel diritto bizantino, era certo estraneo alle menti dei classici per lo stesso motivo per cui le caratteristiche di *personalità* dell'azione nossale contenute nel Dig. sono estranee al sistema bizantino.

GIUSEPPE BRANCA