



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza

Indirizzo comune

ciclo XXVI

L'adiudicatio del communi dividundo iudicium
e i titolari di diritti reali limitati

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

Dottoranda: Tiziana Tramontano

INDICE

Introduzione.....	3
Capitolo 1. <i>Adiudicatio</i> e <i>actio communi dividundo</i>	5
1. Nozione e funzione dell' <i>adiudicatio</i> nel processo formulare.....	5
2. Alle origini dell' <i>adiudicatio</i> in Gai 4.42: la connessione fra <i>adiudicatio</i> e <i>rei vindicatio</i>	11
3. La <i>communio</i> e l' <i>actio communi dividundo</i> in particolare.	21
4. La formula dell' <i>actio communi dividundo</i> e la clausola <i>ex fide bona</i>	33
5. Le <i>partes formulae</i>	47
Capitolo 2. <i>Actio communi dividundo</i> e legittimazione processuale.....	54
1. I soggetti legittimati all'esercizio dell' <i>actio communi dividundo</i> : legittimazione originaria ed estensione successiva.	54
2. Concessionari di un <i>ager vectigalis</i> , <i>domini bonitarii</i> , possessori con <i>iusta causa</i> e creditori pignoratizi.	58
3. <i>Missi in possessionem</i>	63
4. Usufruttuari.	67
5. Usuari.	78
6. Titolari di servitù prediali.	80
7. Superficiari.	87

Capitolo 3. Gli effetti dell'*adiudicatio del communi dividundo iudicium* verso i terzi titolari di diritti reali limitati sulla *res communis*90

1. Efficacia pregiudiziale della sentenza e preclusione processuale. ...90
2. Efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* divisoria e limiti verso i terzi.99
3. L'interpretazione di D. 20.1.16.5 secondo il Marrone.104
4. Confutazione dell'interpretazione di D. 20.1.16.5. 116
5. Considerazioni conclusive. 119

Bibliografia.....120

Indice delle fonti.....127

Introduzione

La presente ricerca si prefigge l'obiettivo di indagare l'*adiudicatio* del *communi dividundo iudicium* da una particolare prospettiva, quella dei titolari di diritti reali limitati. Si affronterà, innanzitutto, l'analisi della funzione dell'*adiudicatio* nel processo formulare, tentando di pervenire alle origini dell'istituto tramite l'esegesi di fonti giuridiche e non. Dopo di che l'attenzione verrà spostata dapprima alla *communio*, attraverso brevi cenni alla sua disciplina in età classica, poi all'*actio communi dividundo* e, specificamente, alla sua *formula*.

Si giungerà, quindi, allo studio dei legittimati all'esercizio dell'azione divisoria, tentando di ricostruire il quadro delle categorie di soggetti cui fu concessa inizialmente l'*actio* nel diritto romano classico, distinguendoli da coloro che poterono usufruirne in via utile. Si individueranno, quindi, il comune denominatore, il principio guida che fu alla base dell'originaria legittimazione e della successiva espansione, nonché i limiti di tale espansione, mettendo in evidenza i testi che si presume essere stati corrotti dalla mano dei compilatori giustiniani.

Nell'ultima parte del lavoro si cambierà ulteriormente punto di osservazione, considerando i titolari di diritti reali limitati non come parti potenziali di un giudizio divisorio, bensì come destinatari degli effetti dell'*adiudicatio* del *communi dividundo iudicium* svoltosi fra comproprietari della *res communis* sulla quale detti titolari esercitavano i loro diritti. Diversamente da quanto accadeva all'epoca della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, in cui la sentenza di divisione

esplicava effetti assoluti *erga omnes*, potendosi opporre anche ai terzi che non avevano preso parte al processo, si scoprirà che l'*adiudicatio* del processo formulare non incideva sui diritti reali limitati di chi era rimasto estraneo al giudizio, continuando essi a gravare su una quota *pro indiviso* anche a seguito della divisione della cosa comune. L'interpretazione delle fonti riguardanti i limiti verso i terzi all'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* divisoria ci permetterà, infine, di concludere che la divisione, per tutta l'età classica, non poteva pregiudicare i diritti di tali terzi, ai quali la giurisprudenza accordò il massimo del favore, salvaguardando i loro interessi anche a fronte degli effetti costitutivi della sentenza divisoria.

Capitolo 1. *Adiudicatio* e *actio communi dividundo*

1. Nozione e funzione dell'*adiudicatio* nel processo formulare.

L'*adiudicatio*, insieme ad *intentio*, *demonstratio* e *condemnatio*, figura in Gai 4.39 fra le parti della *formula* concessa dal pretore, concordata dalle parti e vincolante per il giudice del processo formulare. Essa, presente nelle formule delle azioni divisorie (*actio communi dividundo* e *actio familiae erciscundae*) e dell'azione per il regolamento dei confini (*actio finium regundorum*), permetteva al giudice di procedere, nel primo caso, allo scioglimento della comunione e alla divisione dei beni ereditari, attribuendo ai compartecipi la titolarità esclusiva di parti materiali della cosa comune (o di singole cose comuni) al posto della titolarità di quote ideali, e, nella seconda ipotesi, alla determinazione del confine tra terreni, aggiudicando ai proprietari parti definite di essi¹. Ed è proprio grazie all'operare concreto di tali specifiche azioni che

¹ A tale riguardo è necessario ricordare la distinzione fra *agri limitati* e *agri arcifinii*. I primi, risultato di una *divisio* ed *adsignatio* di *ager publicus*, erano tra loro separati da strisce di terreno, i *limites*, che restavano pubblici e che venivano utilizzati per la viabilità. Non vi era, pertanto, un confine comune fra i fondi e le controversie relative ai *limites* non trovavano composizione tramite gli strumenti giudiziari privati. Nel caso di *agri arcifinii*, invece, mancava il *limes* e la zona di confine (il *confinium*), che separava i fondi attigui e che era pari a cinque piedi suddivisi in egual misura fra i due terreni, non era adibita alla coltivazione e non si poteva usucapire. L'*actio finium regundorum* assolveva una triplicità di scopi: assicurava che il *confinium* svolgesse la sua funzione - come generalmente ritenuto - di spazio per consentire la svolta dell'aratro e non fosse adibito ad altre funzioni (*controversia de fine*); permetteva di apporre nuovamente i termini che costituivano la linea di confine; consentiva di tracciare il *confinium* qualora risultasse controverso (*controversia de loco*).

possiamo risalire, con metodo induttivo, alla funzione svolta dall'*adiudicatio*.

La definizione che leggiamo in Gai 4.42, secondo cui «*adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, velut si inter coheredes familiae herciscundae agatur aut inter socios communi dividundo aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic ita est: QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX, TITIO ADIUDICATO*» non potrebbe, infatti, «essere più succinta, né più viziosa: definizione che non definisce nulla, perché, interpretando *adiudicatio* con *adiudicare*, non dà nessun lume intorno al significato processuale dell'atto»². Una definizione tautologica, dunque, e lacunosa. Lacuna che viene colmata dalla portata materiale dell'aggiudicazione nei giudizi di cui si è detto.

Oltre che parte della formula, per *adiudicatio* si intende anche la sentenza del giudice pronunciata all'esito dei suddetti giudizi, sentenza alla quale - come si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono - si riconosce tradizionalmente efficacia costitutiva, rappresentando essa stessa il titolo di acquisto della proprietà quiritaria (o di altro diritto reale) successivo alla divisione della cosa comune e all'apposizione dei termini di confine da parte del giudice.

Tit. Ulp. 19.16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae herciscundae, quae locum habet inter coheredes; et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios; et per formulam finium*

² Così V. ARANGIO-RUIZ, *Studi Formulari*, in *BDR*, XXXII, 1922, 6.

regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverit, statim illi acquiritur, sive Mancipi sive nec Mancipi sit.

Nei giudizi divisorii, infatti, i comproprietari o i coeredi, grazie alla divisione e all'*adiudicatio*, diventavano titolari esclusivi di porzioni materiali del bene (o di determinati beni) sia che si trattasse di *res Mancipi* sia di *nec Mancipi*: questo nel caso di *iudicium legitimum*. Diversamente, nei *iudicia imperio continentia* l'*adiudicatio* fungeva non da titolo costitutivo di proprietà quiritaria, bensì da *iusta causa usucapionis*. Lo stesso dicasi nell'ipotesi in cui a chiedere l'*adiudicatio* fossero soggetti non legittimati: essi non acquistavano il *dominium ex iure Quiritium*, ma un *titulus* utile ad usucapire, tutelato con i noti mezzi pretori. Ed è proprio in considerazione di ciò che l'*adiudicatio* viene tradizionalmente ritenuta un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo.

Vat. Fragm. 47a (Paul. 1 *manual.*): *Potest constitui (scilicet usus fructus) et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo.*

D.10.2.44.1 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Si familiae erciscundae vel communi dividundo <imperio continenti iudicio> actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut <utiles?> actiones dando.*

Anche nel giudizio per il regolamento dei confini l'*adiudicatio* aveva efficacia costitutiva: definita la controversia sui confini, essi, così come

tracciati dal giudice, fissavano in maniera incontestabile la nuova estensione degli *agrii*, sempre che le parti processuali fossero *domini ex iure Quiritium* dei fondi confinanti e che il *iudicium* fosse *legitimum*³. Sul punto di opinione diversa è l'Arangio-Ruiz⁴, il quale sostiene che, se in ordine all'effetto costitutivo delle azioni divisorie non vi siano dubbi, altrettanto non si possa ritenere per l'*actio finium regundorum*. L'*adiudicatio* nel giudizio *familiae erciscundae* e *communi dividundo* ha, infatti, lo scopo «di sostituire a rapporti di condominio o, in genere, di contitolarità giuridica (condominio sopra singole cose o sopra tutte le cose corporali appartenenti a una eredità, con titolarità dei diritti di diversa natura compresi nell'eredità stessa), diritti di proprietà solitaria o titolarità solitaria di diritti di altra natura», per cui è evidente il sorgere di una situazione giuridica necessariamente nuova; al contrario, nel regolamento dei confini il giudice «ha soprattutto il compito di rintracciare i confini già esistenti tra i fondi, riconoscendo così l'estensione dei preesistenti diritti di proprietà - funzione che è eminentemente dichiarativa. Solo in via eccezionale il regolamento dei confini può condurre a vera e voluta attribuzione di proprietà nuova: quando cioè il giudice creda di dover collocare il confine altrove [D. 10.1.2.1 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Iudici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adiudicatione controversiam dirimat: et si forte*

³ Valgono, infatti, gli stessi rilievi svolti per l'ipotesi dei giudizi divisorii: se il processo aveva luogo fra soggetti non legittimati o nel caso si trattasse di *iudicium imperio continens*, l'*adiudicatio* costituiva semplicemente *iusta causa usucapionis*.

⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 5 ss.

amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere iudex velit, potest hoc facere per adiudicationem et condemnationem]»⁵.

Conferma dell'originaria efficacia anche dichiarativa dell'*adiudicatio* si ravvisa nel testo del senatoconsulto relativo alla controversia territoriale fra Magneti e Prienensi⁶, controversia sorta a causa dell'occupazione da parte dei primi di una porzione di territorio che i secondi rivendicavano come propria. Attraverso tale senatoconsulto il senato autorizzava il pretore M. Emilio ad investire della questione una terza comunità imparziale e stabiliva i poteri di quest'ultima nei seguenti termini:

καθὼς ἂν αὐτῶι (τῷ δήμῳ) ἐκ τῶν δημοσίων πραγμάτων [ν πίστε]ώς τε τῆς ἰδίας φαίνηται, ὅς κρινεῖ Μάγνησιν καὶ Πριηνεῦσιν περὶ ταύ[της τῆς] χώρας τῆς παρὰ Πριηνέων ἀποκεκριμένης οὐσης, ἐξ ἧς χώρας Μάγνητ[ες ἐαυ]τοὺς ἔφασαν ἐκκεχωρηκέαι, ὁπότερον ἂν τούτων τῶν δήμων εὐρίσκηται ταύτην χώραν εἰσχηκέαι, ὅτε εἰς τὴν φιλίαν τοῦ δήμου τοῦ Ῥωμαίων παρεγένετο, ταύτ[ην] τὴν χώραν ὅπως αὐτῶι προσκρίνη ὄριά τε στήση ».

Come sottolineato dall'Arangio-Ruiz⁷, il giudice aveva qui il compito di rideterminare e ricostituire i rapporti di signoria politica preesistenti e, tuttavia, l'attribuzione rinnovata del godimento veniva espressa col verbo *προσκρίνειν*, che equivale all'*adiudicare* latino.

⁵ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 9.

⁶ V., sul punto, W. DITTENBERGER, *Sylloge inscriptionum Graecarum*, II, Leipzig, 1883, 928. V. anche J. PARTSCH, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau, 1905, 27 ss.

⁷ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 10.

Ciò consente di concludere che la caratteristica precipua dell'*adiudicatio* del processo formulare fosse l'attribuzione della proprietà, «non importa se in via dichiarativa o costitutiva»⁸.

⁸ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 26.

2. Alle origini dell'*adiudicatio* in Gai 4.42: la connessione fra *adiudicatio* e *rei vindicatio*.

Vi è poi, a ben guardare, un'altra particolarità che compare nell'esempio tipico di clausola aggiudicatoria riportato in Gai 4.42: «*QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX, TITIO ADIUDICATO*». Formulata in tal modo, è evidente che la clausola non avrebbe potuto trovare applicazione in alcuno dei tre giudizi di cui sopra si è discusso, in quanto, in quelli divisi, il giudice procedeva all'aggiudicazione in favore non solo di *Titio*, ma anche di *Seio*, *Maevio* etc., per cui sarebbe stato più corretto un *SINGULIS* o *CUIQUE ADIUDICATO*, mentre in quello *finium regundorum* l'*adiudicare* era *ALTERUTRI*. Al riguardo vi è stato chi ha ritenuto che si dovesse sostituire a *Titio* un *tantum* o *cuique*⁹, e chi, invece, ha sostenuto la genuinità del manoscritto veronese, come il Krüger e lo Studemund¹⁰. Collegando, infatti, il *rem alicui ex litigatoribus adiudicare* della definizione gaiana al *Titio adiudicato*, si riscontra una perfetta congruenza fra l'*alicui* e *Titio*, fra l'aggiudicare la (o una) cosa ad uno dei litiganti e l'assegnarla a *Titio*. Come sottolinea l'Arangio-Ruiz¹¹, il testo gaiano si componeva, quindi, di tre diverse parti: la prima, in cui, in taluni casi, veniva riconosciuto al giudice il potere di aggiudicare la cosa ad uno dei litiganti (il che fa

⁹ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2, Leipzig, 1907, 262; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4, Paris, 1906, 630 n.1.

¹⁰ P. KRUEGER - G. STUEMUND, *Gai Institutiones*, Berlin, 1905, 5.

¹¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 27.

subito pensare alla *res* controversa, e quindi alla *rei vindicatio*); la seconda, in cui come esempi di giudizi con *adiudicatio* venivano nominati i tre *iudicia duplicia*¹², con riferimento ai quali «non si poteva per altro esattamente parlare di *adiudicare rem*»¹³; e l'ultima, in cui veniva riportata un'*adiudicatio* formulare che, come detto, non trovava rispondenza né nei *iudicia duplicia* né nella *rei vindicatio* così come normalmente considerata. L'autore è pertanto indotto a ritenere che il testo sia il risultato di una sovrapposizione, fondendosi in esso due pensieri riconducibili a due diverse epoche storiche: un pensiero più antico di chi conosceva azioni *in rem* dirette all'*adiudicatio* della cosa controversa nella forma della tradizionale *rei vindicatio* e in qualche altra formula che doveva concludersi con un *quantum adiudicari oportet, iudex, Titio adiudicato*; e un pensiero più recente (quello di Gaio per l'appunto), che sostituì gli ora citati esempi con i nomi delle azioni divisorie e dell'*actio finium regundorum*, lasciando, tuttavia, distrattamente inalterati sia la definizione di *adiudicatio*, leggendola superficialmente come 'aggiudicare qualche cosa' invece che 'aggiudicare la (o una) cosa a qualcuno', sia l'esempio formulare, attesa la sua analogia (salvo che per quel *Titio* a cui non si badò) con l'*adiudicatio* dei giudizi divisorii. Quanto alla ricerca dell'autore della concezione più risalente, è da rilevarsi come, sebbene le origini del

¹² I giudizi divisorii e quello per il regolamento dei confini sono così definiti in quanto in essi *uterque actor est*. Al riguardo v. D. 10.1.10; 10.2.44.4; 44.7.37.7. La definizione non è solo teorica, avendo anche dei risvolti pratici: Ulpiano, ad esempio, in l. 44 § 4 prevedeva che a ciascuna delle parti processuali venisse imposto un duplice *iusiurandum calumniae* (*non calumniae causa litem intendere e non calumniae causa ad infitias ire*).

¹³ Queste le parole di V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 27.

manuale gaiano si debbano incardinare nell'epoca e nell'*entourage* di Masurio Sabino¹⁴, sia all'ultima età repubblicana e a Quinto Mucio, in particolare, che bisogna guardare per le definizioni e le classificazioni fondamentali in esso contenute¹⁵. Per attribuire, pertanto, la nostra definizione di *adiudicatio* all'una o all'altra epoca è necessario condurre una ricerca intorno all'uso di *adiudicare*, e del suo contrario *abiudicare*, presso i giuristi latini, soprattutto con riferimento al tempo in cui più frequentemente appariva la locuzione *adiudicare rem*.

Leggendo le opere di Cicerone, si scopre che i due verbi venivano da costui spesso utilizzati, in particolar modo in testi giuridici o in trattazioni condotte secondo schemi giuridici. Ed è interessante notare che in un solo caso la questione affrontata vertesse sul regolamento di confini (su una *controversia de loco*, in particolare¹⁶), mentre in tutte le altre ipotesi a venire in rilievo fosse la *vindicatio*, sia come *vindicatio rei* sia come *vindicatio ex libertate in servitute*.

¹⁴ Tali sono i risultati cui approdano P. JÖRS, in Pauly - Wissowa, *Real-Encycl. der class. Altertumswiss*, V, 1449 s.; F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, e P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain. I. Les sources*, Lyon, 1915, 755 ss.

¹⁵ Radicale la tesi dell'F. X. AFFOLTER, *Das römische Institutionen-System: sein Wesen und seine Geschichte*, Leipzig, 1895, secondo cui la prima stesura del manuale e il sistema gaiano sarebbero da riportarsi ad un *liber regularum* di Q. Mucio. Al riguardo V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 29 controbatte che gli argomenti utilizzati dall'Affolter a sostegno della sua tesi non sono certo sufficienti per attribuire la paternità del manuale a Q. Mucio, «ma sì per ritenere che al vecchio giurista risalgono in buona parte quelle distinzioni e definizioni».

¹⁶ Si tratta di *de off.* 1.10.33.

in Verr. 1.5.13: Nulla res per triennium, nisi ad nutum istius, iudicata est: nulla res cuiusquam tam patria atque avita fuit, quae non ab eo, imperio istius, abiudicaretur.

Phil. 10.6.12: Quod si ipsa res publica iudicaret, aut si omne ius decretis eius statueretur, Antonione an Bruto legiones populi romani adiudicaret?

ad Att. 2.4.3: Cum pontifices decreissent ita ... videri posse sine religione eam partem areae mi restitui, mihi facta statim est gratulatio: nemo enim dubitabat, quin domus nobis esset adiudicata.

In tutti e tre i testi il paradigma è sempre quello della *rei vindicatio*.

Troviamo poi *l'adiudicatio rei* nella *lex agraria* (CIL. I 585), unico testo legislativo in cui essa compariva:

l. 62: ... *quo]d eius agri h(ac) l(ege) adiudicari licebit, quo dita comperietur, id ei heredeive eius adsignatum esse iudicato ...*

l. 90: ... *eum agrum, quem a]grum in eo numero agri professus erit, quo in numero eum agrum, quem is, quoi adsigna[tus est, professus erit, profiteri non oportuit, ... nei dato] neive reddito neive adiudicato*

Nonostante tale tipo di aggiudicazione non avesse nulla a che fare con il processo formulare, in quanto essa veniva effettuata da magistrati appartenenti alla giurisdizione speciale amministrativa, al di fuori, quindi, *dell'ordo iudiciorum privatorum* e senza che venisse nominato un *iudex privatus*, restava, tuttavia, significativo il fatto che, nella stessa epoca storica cui risalgono le opere ciceroniane, si trovasse utilizzata

anche in una *lex* la stessa locuzione volta ad esprimere riconoscimento o attribuzione di proprietà.

Se spostiamo l'attenzione all'epoca classica, si nota un improvviso decadimento dell'uso del verbo *adiudicare* da parte di giuristi e non. Sia Cesare¹⁷ sia Orazio¹⁸ ricorsero al verbo *adiudicare* una sola volta e senza dare ad esso alcuna sfumatura giuridica. Livio utilizzava sia *adiudicare* sia *abiudicare*, ma relativamente ad un arbitrato internazionale per un regolamento di confini¹⁹; prive di rilievo giuridico erano anche le espressioni che si leggono in Seneca²⁰, Tacito²¹, Valerio Massimo²² e Svetonio²³.

Solo Quintiliano, in *Inst. or.* 5.14.16, si distingue, in quanto sembra ricorrere all'*adiudicare* con riferimento al processo:

Inst. orat. 5.14.16: *Sed cum ipsa ratio in quaestionem venit, efficiendum est certum id, quod probaturi sumus quod incertum est, ut, si ipsa forte intentione dicatur aut 'filius non es', aut 'non es legitimus', aut 'non es solus', itemque aut 'non heres es' aut 'non iustum testamentum est' aut 'capere non potes' aut 'habes coeredes', efficiendum est iustum, propter quod nobis adiudicari bona debeant.*

¹⁷ *B.G.* 7.37.1: ... *convictolanis aeduis, cui magistratum adiudicatum a Caesare demonstravimus.*

¹⁸ *Epist.* 1.17.57: ... *si quid abest, (dux) Italis adiudicat armis.*

¹⁹ *Ab u. c.* 3.72.5

²⁰ *Phaedr.* 108-109

²¹ *Ab exc. Aug.* 14.18

²² 4. 1. 7: ... *cuinam adiudicari mensa deberet.*

²³ *Aug.* 32: ... *adiudicavit loca in urbe publica iuris ambigui possessori bus.*

L'Arangio-Ruiz²⁴ sottolinea, però, come la terminologia utilizzata nel brano fosse distante da quella propria del processo romano, evidentemente per le influenze subite da Quintiliano stesso da parte di trattatisti greci su casistiche analoghe²⁵. La locuzione *adiudicare bona*, infatti, alludeva «all'efficacia economica della conseguita vittoria (e della *restitutio*) anziché alla struttura formale della *pronuntiatio de iure* o della sentenza, e in questo senso poteva anche costituire, per la terminologia, un'eco delle espressioni ciceroniane»²⁶.

L'espressione *adiudicare rem* si trova poi in diversi passi del Digesto con riferimento alla *cognitio extra ordinem*:

D. 33.1.21.3 (Scaev. 22 *dig.*): ... *praeses provinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati rei publicae adiudicavit ...*

D. 30.50.2 (Ulp. 24 *ad Sab.*): *sed si subiecit delatorem sibi, ut ei hereditas abiudicetur [et oneribus careret], vel minus plene defendit causam, non se exonerat ...*

D. 49.14.39 pr. (Pap. 16 *resp.*): *Bona fisco citra poenam exilii perpetuam adiudicari sententia non oportet.*

²⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 34.

²⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 34 evidenzia che «né la *legis actio* né il processo *per sponsionem* né la formula petitoria della *hereditatis petitio* possono comprendere *intentiones* (nel senso tecnico dell'espressione) conformi agli esemplari qui offerti da Quintiliano».

²⁶ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 34.

D. 22.2.63.1 (Mod. 5 resp.): *Gaia seia fundum a lucio titio emerat et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundus ablatum et fisco adiudicatus est venditore praesente: quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire.*

L'analisi di questi frammenti induce a ritenere che anche per i giuristi classici, così come per Cicerone e per l'autore più antico di Gai 4.42, *adiudicare* e *abiudicare* alludessero al contenuto di una sentenza che aggiudicava o meno la cosa controversa ad uno dei contendenti, riconoscendogliene o disconoscendogliene l'appartenenza.

Assolutamente eccezionali sono, invece, i due testi di Marciano, in cui veniva utilizzata la locuzione *adiudicare hypothecam*:

D. 20.1.16.5 (Marc. l. S. ad form. hypoth.): *Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae, replicet: 'si secundum me iudicatum non est'.*

D. 20.4.12 pr. (Marc. l. S. ad form. hypoth.): *Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est 'si non mihi ante pignori hypothecae nomine sit res obligata': sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria 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 ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Il tentativo del Beseler²⁷ di armonizzare le parole di Marciano con la terminologia propria della sua epoca, supponendo che in D. 20.1.16.5 originariamente si sarebbe dovuto leggere *hypothecam sibi arbitrio iudicis restitutam* e che in D. 20.4.12 fossero insitiche le parole *et adiudicari - rem*, è difficilmente condivisibile, così come «l'idea di un'*adiudicatio per sententiam*, inserita in un testo che manifestamente riguarda la *restitutio* ordinata dal giudice, è decisamente ostica»²⁸. L'opinione dell'Arangio-Ruiz, pienamente accoglibile a mio parere, è che l'uso irregolare dell'espressione fosse proprio di Marciano, il quale appare spesso «come amatore di preziosità terminologiche di carattere grecizzante»²⁹.

Alla luce di questa indagine, considerato che l'*adiudicare* in età classica implicava un giudizio di appartenenza e che il verbo non veniva utilizzato tecnicamente per il processo civile (salvo che da Cicerone), si può sostenere che la definizione di *adiudicatio* in Gai 4.42, per cui *permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare*, ben si addicesse ad un'età anteriore a quella di Gaio, in particolare ad una in prossimità di quella in cui Cicerone scriveva e in cui esistevano *vindicationes* che davano luogo a sentenze aggiudicatorie. Analizzando, nello specifico, la

²⁷ G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 141.

²⁸ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 36.

²⁹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Studi cit.*, 36.

vindicatio rei, se è vero, da un lato, che non vi siano attestazioni sull'uso dell'*adiudicatio* nella *vindicatio rei* in un processo dell'epoca, è altrettanto innegabile, dall'altro, l'eco di una forte connessione fra le due nella mentalità degli scrittori, tanto da ritenere che, in un tempo poco distante, la *vindicatio rei* fosse aggiudicatoria. Prendiamo in considerazione il seguente testo di Cicerone del 70 a.C.:

in Verr. 2.2.12.31: Si vero illud quoque accedit, ut praetor in ea verba iudicium det ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare—si iudicium sit eius modi: L. OCTAVIUS IUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM P. SERVILI ESSE, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO] RESTITUETUR, non necesse erit L. Octavio iudici cogere, P. Servilium Q Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat?

Si può constatare come Cicerone conoscesse la formula della *rei vindicatio* con la sua clausola restitutoria, la quale implicava necessariamente la *condemnatio pecuniaria*.

Ed è proprio questa circostanza che ha indotto a ritenere che l'uso di *adiudicare rem* da parte di Cicerone fosse casuale. In realtà ciò viene smentito dalla perfetta congruenza sussistente fra la terminologia usata da costui e la definizione gaiana di *adiudicatio*, che, secondo l'attestazione dell'antico da cui Gaio trascriveva, alludeva alla struttura formulare della *rei vindicatio*. A ciò il testo delle Verrine non si oppone, poiché da esso risulta semplicemente che già nel 70 a.C. la clausola

aggiudicatoria era stata soppiantata dalla clausola restitutoria-condennatoria.

In conclusione, ad avviso dell'Arangio-Ruiz, vi sarebbe stata una primitiva connessione fra *vindicatio* ed *adiudicatio*, per cui la formula originaria della *rei vindicatio* sarebbe stata aggiudicatoria. Sarebbe esistita, cioè, un'arcaica *adiudicatio* dichiarativa e non costitutiva, utilizzata nei giudizi revindicatori e di cui una traccia sarebbe rimasta nella clausola aggiudicatoria così come riportata da Gaio nelle sue Istituzioni.

3. La *communio* e l'*actio communi dividundo* in particolare.

Prima forma di comproprietà nata a Roma nell'età monarchica fu il *consortium ercto non cito*, una comunione ereditaria di cui abbiamo notizia grazie a Gaio che lo ricorda nel suo manuale³⁰ come un istituto *iuris civilis* ormai caduto in disuso nella sua epoca.

La sua costituzione avveniva automaticamente alla morte del *pater familias*, su tutti i beni ereditari, tra i vari *heredes sui*, ossia i soggetti alla sua immediata *potestas* (i *fili in potestate*), in maniera tale che il patrimonio restasse in comune tra costoro.

Era inoltre possibile dar vita ad un *consortium* fra coloro che non erano *sui heredes*, cioè fra estranei, attraverso una *certa legis actio*³¹ ed il cui regime non risulta differisse da quello originario.

Particolare era il regime giuridico del *consortium*: ciascun consorte poteva, infatti, disporre delle cose che in esso rientravano come se fosse stato l'unico titolare, con la conseguenza che il bene, a seguito dell'atto dispositivo (a titolo oneroso o gratuito che fosse), usciva dal *consortium*

³⁰ Gai 3.154a: *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominium non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare [et dividere] dicimus.*

³¹ Si ritiene si trattasse di un'applicazione dell'*in iure cessio*, anche se non è certo quali fossero i *certa verba* della *vindicatio* che i futuri *consortes* pronunciassero, se affermassero di essere contitolari dei rispettivi patrimoni o di essere *sui heredes*.

e gli altri partecipanti non potevano vantare più alcun diritto su di esso³².

Analoga disciplina era prevista per gli acquisti compiuti dal singolo *consors*: gli effetti di essi si riversavano su tutti i partecipanti. Sussisteva, quindi, una sorta di legittimazione solidale in capo ad ogni *consors*, per cui ciascuno veniva considerato come proprietario dell'intero.

L'estinzione del *consortium* avveniva tramite l'esercizio dell'*actio familiae erciscundae*, già riconosciuta dalle Dodici Tavole come strumento per addivenire alla divisione del patrimonio del *de cuius* fra gli eredi³³.

³² Gaio riporta l'esempio della *manumissio* del *servus communis*: Gai 3.154b: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.* Le scarse fonti sull'istituto non ci permettono di stabilire se fosse riconosciuto, in capo agli altri partecipanti, un *ius prohibendi* analogo a quello previsto in caso di *communio*.

³³ Cfr. P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in *RISG*, VII, 1932, che sul punto scrive: «Sono state avanzate varie congetture intorno alla divisibilità o meno della prima forma di *communio* che si riscontra nella fase arcaica del diritto romano: voglio dire del *consortium familiare quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito*. Non starò qui a ripetere le ipotesi più o meno cervellotiche a cui taluno ha fatto ricorso per determinare, fondandosi su questa espressione, se nell'epoca più remota del diritto romano, antecedente anche alla legge delle XII tavole, i *consortes* potessero o non addivenire alla divisione. Comunque stiano le cose, è certo che nella frase *ercto non cito* non può, come invece fa il C. FADDA, *Consortium collegia magistratum communio*, in *Studi per Brugi*, Palermo, 1910, 149, vedersi un divieto legislativo di dividere. Le XII tavole, come molto giustamente osserva il C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, in *AG*, XXXVIII, 1887, 5, dicono *arceram ne sternito*; e non mi sembra possa essere preso sul serio né dal punto di vista filologico né da quello giuridico il ragionamento del Fadda che qui riferisco: *erciscere* non è altro se non la riunione e la contrazione di *erctum ciere*. Dunque la negativa anteposta al *cito* esclude la divisibilità. Una cosa è certa: che nelle XII

Il *consortium* scomparve prima dell'ultima età repubblicana; contemporaneamente ad esso, nelle ipotesi di contitolarità diverse dal *consortium* stesso, esisteva un altro tipo di 'comproprietà', la *communio*, che «in senso tecnico indicava appunto ciò che gli interpreti chiamano condominio o comproprietà, termini ignoti alle fonti romane. *Res communis* appunto era la cosa in condominio, in contrapposto a *res mea* che indicava la proprietà solitaria. I singoli condomini venivano chiamati *domini* o *socii*»³⁴.

Come è noto, era la quota che disciplinava la *communio* e che costituiva il cardine per stabilire diritti e doveri di ogni singolo comunista, fissando la misura della loro partecipazione in relazione alla cosa oggetto di comunione. Essa, chiamata già da Q. Mucio *pars pro indiviso* (o *pars quota*), era una frazione ideale dell'intero cui non corrispondeva una determinata porzione materiale della cosa comune e si contrapponeva alla *pars pro diviso* (o *pars quanta*), che rappresentava, invece, una parte materiale specifica della cosa oggetto di proprietà individuale.

Il regime giuridico della *communio* di epoca classica prevedeva che ognuno dei comunisti avesse la pienezza del dominio su tutta la cosa, fosse, cioè, *totius corporis dominus*. Poiché, tuttavia, analogo diritto spettava agli altri condomini, il diritto di proprietà di ogni condomino

tavole era sancito il mezzo giuridico con cui i coeredi potevano sciogliere il rapporto di *communio* in cui si trovavano rispetto all'eredità: laddove la più tarda origine dell'*actio communi dividundo* ha autorizzato - e giustamente - il romanista a supporre che prima del sorgere di quest'ultima i soci non potessero addivenire alla divisione che in via bonaria, per mezzo di scambievoli emancipazioni delle parti assegnate a ciascuno».

³⁴ Così B. BIONDI, voce *Comunione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 855.

era limitato dall'esistenza del diritto altrui: «tutti erano *domini* e la loro posizione rispetto alla cosa comune, per quanto riguardava il contenuto giuridico del dominio, era pari, nel senso che tutti avevano gli stessi attributi e le stesse facoltà del *dominus* solitario. Da questo punto di vista la *communio* si può paragonare all'obbligazione solidale attiva, per cui ciascun creditore è titolare di tutto il credito, pur essendo una sola l'obbligazione ed una sola la prestazione. Questo regime di parità determinava non esclusione ma reciproca limitazione, considerato che lo stesso diritto spettava ad una pluralità di persone»³⁵.

Sulla base della metodologia casistica tipica dei *prudentes*, è possibile giungere al principio ora enunciato analizzando esempi concreti riportati nelle fonti. A differenza di quanto previsto nel *consortium ercto non cito*, la manumissione dello schiavo comune da parte di un solo comunista non rendeva libero costui (occorrendo, invece, l'atto di affrancazione di tutti i condomini), ma determinava l'accrescimento della quota in favore degli altri comunisti stessi³⁶. Lo stesso si verificava quando uno di essi abbandonava la propria quota, ossia vi rinunciava,³⁷ o non poteva acquistare ciò che acquistava il servo comune³⁸: operava il

³⁵ Così B. BIONDI, voce *Comunione* cit., 856.

³⁶ Ulpiano, *Reg.* 1.18; Paul. *Sent.* 4.12.1

³⁷ D. 41.7.3 (Mod. 6 *diff.*): *An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.*

³⁸ D. 45.3.1.4 (Iul. 52 *dig.*): *Communis servus duorum servorum personam sustinet. Idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi: neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem*

ius ad crescendi per cui la quota ‘abbandonata’ veniva acquisita dagli altri proporzionalmente alla quota di cui essi stessi erano titolari. Da ciò, secondo il Biondi, si sarebbe desunto il principio per cui ogni comunista era proprietario del tutto «appunto perché ciascun condomino aveva il dominio su tutta la cosa, e, venuto meno il concorso del socio, la proprietà potenziale sul tutto diventava attuale, cessata la causa di limitazione che proveniva dal concorrente diritto del condomino»³⁹. In altre parole, ognuno poteva godere e disporre del bene, in quanto ad ognuno spettavano le facoltà connesse al dominio, ma, in concreto, la situazione dei condomini non era paritaria in virtù dell’esistenza delle quote, esistenza che determinava i limiti ai poteri dei singoli condomini: il godimento e gli atti di alienazione della cosa, se suscettibili di frazionamento, restano, infatti, limitati alla quota⁴⁰.

La situazione dei condomini era, al contrario, la medesima, senza che la quota avesse alcuna incidenza, quando si trattava di atti materiali sulla *res communis*: ciascun condomino poteva gestirla da solo, non occorrendo il consenso degli altri, i quali potevano, dal canto loro, esercitare un diritto di veto, in virtù del loro pari diritto di proprietà, al

nullius esse momenti, quia persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest acquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habeat.

³⁹ Così B. BIONDI, voce *Comunione* cit., 856.

⁴⁰ Sottolinea B. BIONDI, voce *Comunione* cit., 856, che «fra il concetto di proprietà sul tutto e la limitazione alla quota dell’efficacia di taluni atti non c’è contraddizione, tanto vero che questi due concetti sono enunciati nella stessa proposizione l. 5, paragr. 15, D.: *Nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominum habere*».

fine di bloccare l'iniziativa del primo⁴¹. La *prohibitio*, riconosciuta anche a chi avesse una quota minima, era, per l'appunto, conferma del concetto secondo cui ogni condomino era *dominus* di tutta la cosa⁴².

Nel caso poi di alienazione o costituzione di diritti riguardanti tutta la cosa comune e non suscettibili di frazionamento, non operava la *prohibitio*, ma era necessario il consenso di tutti i condomini: questo nell'ipotesi, ad esempio, di alienazione di tutta la *res* o di costituzione di una servitù attiva o passiva sul fondo comune.

Allo scioglimento della comunione di proprietà si poteva procedere o attraverso la volontà comune dei condomini o giudizialmente. Non esisteva alcun negozio specifico per la divisione extragiudiziale, ma si ricorreva ad un reciproco trasferimento delle singole quote da parte dei

⁴¹ Continua il B. BIONDI, voce *Comunione* cit., 856: «la *prohibitio* non è qualcosa di speciale del condomino, ma piuttosto è un residuo della difesa privata del dominio, che in taluni casi sopravvive ancora in epoca classica, giacché l'iniziativa del condomino importa invadenza della sfera giuridica altrui: *quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit* (l. 11, D, *si servitus vindicetur*, 8.5)».

⁴² Cfr. D. 10.3.28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat*. Sottolinea il B. BIONDI, voce *Comunione* cit., 856 che «la situazione è analoga al regime delle magistrature repubblicane, le quali sono ordinate in base al criterio non dell'unità o della maggioranza, ma della collegialità, in guisa che possono funzionare benissimo anche essendo in numero pari: ciascun magistrato è titolare in modo pieno e totale dell'*imperium*, e può quindi esercitarlo liberamente fintantoché non intervenga la *intercessio* (veto) dell'altro collega». V., al riguardo, C. FADDA, *Consortium* cit., 139 ss.; S. PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, Paris, II, 1912, 331 ss.; P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 507 ss.

vari condomini, così che cessasse la *communio* e ognuno diventasse *dominus* solitario di una parte determinata della cosa⁴³.

Per quanto riguarda la divisione giudiziale, invece, veniva in rilievo l'*actio communi dividundo*⁴⁴, attraverso la quale le parti chiedevano al giudice di operare la suddivisione della cosa comune proporzionalmente alle quote di ciascun comunista e di farne *adiudicatio* ad ognuno. Il giudice ricorreva anche alla *condemnatio* per il conguaglio nel caso in cui non vi fosse esatta corrispondenza fra parti materiali e quote ideali. Analogamente, se si trattava di cosa indivisibile, la aggiudicava ad un solo condomino, condannato a dare agli altri una somma di denaro pari alla loro quota; in alternativa, la cosa veniva venduta ad un terzo e il ricavato veniva distribuito fra i comunisti.

Diversamente dal nostro diritto civile, la divisione aveva efficacia traslativa e non meramente dichiarativa, in quanto con l'*adiudicatio* il giudice attribuiva un diritto di proprietà con nuovo contenuto al (non più) comunista, il quale acquistava la proprietà sulla porzione materiale che gli era stata aggiudicata dal momento in cui era stata operata la divisione.

⁴³ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2004, 366, fa l'esempio di una cosa divisibile appartenente a due persone: «una avrebbe rinunciato alla propria quota e l'altra, divenuta proprietaria dell'intero per diritto di accrescimento, avrebbe materialmente diviso la cosa in due parti (avrebbe tracciato confini nel caso d'un fondo) e ne avrebbe trasferito una (con *mancipatio*, *traditio*, etc.) al primo contitolare».

⁴⁴ Nell'ambito delle *legis actiones* la divisione aveva luogo tramite la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Attesa la funzione dell'*actio communi dividundo*, è facilmente intuibile la ragione per cui i giudizi divisorii sono definiti come *iudicia duplicia*. Basterà un confronto con la *rei vindicatio*, ad esempio: attraverso quest'ultima azione l'attore chiedeva al giudice l'affermazione del suo diritto di proprietà sulla cosa a fronte della negazione dello stesso da parte del convenuto. Compito del giudice era quello di dichiarare l'esistenza o meno di tale diritto e, conseguentemente, di condannare o assolvere il convenuto. Come scrive il Frezza, «al giudice era sottoposto un dilemma: o la cosa di cui si tratta era di Aulo Agedio, o era di Numerio Negidio. Il compito del giudice era nettamente delimitato: egli non poteva uscire dai due corni del dilemma; non poteva e non doveva fare altro che troncane la lite, mediante la decisione nell'uno o nell'altro senso, della questione di diritto»⁴⁵. Lampanti risultano le differenze con il giudizio divisorio, in cui, innanzitutto, non vi era una controversia sul diritto: al contrario, affinché l'azione divisoria potesse essere esercitata, era necessario che tutti i condomini riconoscessero reciprocamente il diritto degli altri sulla cosa comune. Per cui, non essendovi un'affermazione ed una negazione, non vi era un attore e non vi era un convenuto⁴⁶.

⁴⁵ Così P. FREZZA, *Actio communi* cit., 5, che continua: «Né diversamente accade in tutte le altre azioni *in rem* o *in personam* in cui la formula ordina sempre al giudice di stabilire se un dato diritto esista o no, anche quando gli imponga di servirsi di criteri di valutazione non strettamente giuridici, ma di determinare per esempio *quid quid paret dare facere oportere ex fide bona*, o *ex aequo et bono* ecc.»

⁴⁶ Da qui i tentativi della giurisprudenza classica di individuare criteri per determinare chi debba considerarsi attore: D. 10.1.10 (Iul. 51 *Dig.*): *Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant agentis et eius quocum agitur*; D. 10.2.2.2 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Item si filii familias militis peculium sit. Fortius defendi potest*

Il giudice, dal canto suo, non era chiamato a dirimere una controversia, bensì la sua funzione consisteva nel compiere con la sua autorità quel negozio giuridico cui le parti avrebbero potuto addivenire anche in via stragiudiziale. Attraverso la divisione il giudice svolgeva poi l'ulteriore compito di attribuire ai comunisti le singole parti della cosa, procedendo agli eventuali conguagli tramite *condemnatio*: «il risultato di questo giudizio non era quello di porre in chiaro il diritto in una controversia relativa ad un dato rapporto preesistente al giudizio, ma quello di porre in essere un nuovo stato di cose distruggendone un altro che preesisteva al giudizio stesso: non si trattava, in altri termini, di un giudizio dichiarativo ma costitutivo, a cui ciascuno dei soci aveva il dovere di sottostare»⁴⁷.

Altra funzione dell'*actio communi dividundo* con *condemnatio* era quella di procedere al regolamento dei conti di gestione della cosa comune sorti nel periodo della comunione fra i vari comunisti in relazione alle spese sostenute o ai danni subiti da ciascuno o ai frutti prodotti dalla cosa stessa: si trattava delle cc.dd. *praestationes personales* attraverso le quali il giudice, mediante *condemnatio*, provvedeva a regolare il dare e avere reciproco dei condomini. È per questo che Giustiniano, nelle

hereditatem effectam per constitutiones, et ideo hoc iudicio locus erit; D. 10.3.2.1 (Gai. 7 ad ed. prov.): *In tribus duplicibus iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur: sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset*; D. 5.1.13 (Gai. 7 ad ed. prov.): *In tribus istis iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset*.

⁴⁷ Così P. FREZZA, *Actio communi* cit., 6.

Istituzioni, annoverava la *communio incidens*⁴⁸ tra le fonti di obbligazioni da atto lecito non contrattuale, in quanto dalla gestione potevano sorgere diritti e doveri reciproci fra condomini⁴⁹. E, sempre in diritto giustiniano, diversamente dall'epoca classica in cui, se non si era proceduto ai conteggi e ai saldi consensualmente, era necessario attendere e ricorrere alla divisione giudiziale, si ammise la possibilità di un regolamento delle *praestationes* indipendente dalla divisione: l'*actio communi dividundo* poteva essere esercitata anche durante lo stato di comunione (*manente communione*), senza che alla divisione si addivenisse, oppure in seguito alla divisione stessa, a comunione già cessata.

Se è vero che l'*actio communi dividundo* fu introdotta per dividere una *res* sulla quale più persone esercitavano un diritto di proprietà⁵⁰, è altrettanto vero che il concetto di *communio* si andò estendendo, non rimanendo circoscritto alla comunione di proprietà, ma allargandosi fino a ricomprendere la contitolarità di qualsiasi diritto soggettivo diverso dai diritti di credito, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'*actio communi dividundo* stessa. Nelle fonti risulta che

⁴⁸ Ovvero la comunione di proprietà sorta non per volontà dei singoli partecipanti (come nel caso di più persone che, in virtù di un contratto consensuale di società, acquistavano beni in comune o taluni mettevano in comune beni di proprietà esclusiva), ma per volontà di un terzo o per effetto di legge: ad esempio, nell'ipotesi di legato *per vindicationem* in favore di più persone in relazione alla medesima *res* o di confusione di liquidi appartenenti a proprietari diversi.

⁴⁹ Nell'eventualità di danni alla *res communis*, il singolo comunista avrebbe risposto, nei confronti degli altri, per dolo e colpa; nel diritto giustiniano criteri di imputabilità dell'inadempimento erano dolo e *culpa in concreto*.

⁵⁰ Scrive Ulpiano, in D. 10.3.4 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*), parlando dell'*actio communi dividundo*: «*per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum dominium habemus*».

si ricorreva ad essa, infatti, nel caso di servitù, usufrutto ed uso; enfiteusi e superficie; fiducia e pegno; ed anche in caso di possesso⁵¹. Con Giustiniano si arrivò poi ad affermare che «*item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut*

⁵¹ Cfr. i seguenti frammenti del Digesto, che saranno, in seguito, oggetto di specifica trattazione: D. 10.3.19.4 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Aquarum iter in iudicium communi dividundo non venire labeo ait: nam aut ipsius fundi est et ideo in iudicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus. Sed possunt iura interdum et separata a fundo esse et nec mensura nec temporibus divisa, veluti cum is cuius fuerunt plures heredes reliquit: quod cum accidit, consentaneum est et ea in arbitrio familiae erciscundae venire, nec videre inquit pomponius, quare minus in communi dividundo quam familiae erciscundae iudicium veniant. Igitur in huiusmodi speciebus etiam in communi dividundo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura aut temporibus dividantur*; D. 43.20.4 (Iul. 41 *Dig.*): *Inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit.*; D. 7.1.13.3 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Sed si inter duos fructuarios sit controversia, iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividundo iudicium dari*; D. 45.3.32 (Paul. 9 *ad Plaut.*): *Si, cum duorum usus fructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio iuris esset. Sed verius est utili communi dividundo iudicio inter eos agi posse.*; D. 10.3.10.1 (Paul. 23 *ad ed.*): *Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus. Sed praetor interveniet et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter qui mercedem accipit non uti, quasi plus faciat qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit*; D. 43.18.1.8 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Et si duobus sit communis (sc. superficies), etiam utile communi dividundo iudicium dabimus.* D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari*; D. 10.3.7.2 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Qui in rem publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.* 3. *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.* 4. *Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit nec si clam, quia iniusta est possessio ista precaria vero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii vigorem.*

dividatur»⁵², giungendo così alla massima generalizzazione ed estensione del concetto di *communio*.

⁵² Così I. 4.6.20.

4. La formula dell'*actio communi dividundo* e la clausola *ex fide bona*.

Per poter analizzare la formula dell'*actio communi dividundo* così come ipotizzata dal Lenel sarebbe opportuno prendere in considerazione i dati testuali da cui la sua ricostruzione ha preso avvio. Tali dati sono in realtà ben scarsi, dal momento che possediamo la sola e ben nota clausola aggiudicatoria gaiana (Gai 4.42), sulla cui conformità con lo scopo dei giudizi divisorii non pochi dubbi sono sorti⁵³, nonché alcuni accenni nelle fonti all'*adiudicatio* e alla *condemnatio*. Il Lenel⁵⁴, basandosi allora su quanto si potesse dedurre dalle tracce dei commentari *ad edictum* di Paolo ed Ulpiano e *ad edictum prov.* di Gaio, ha in questi termini ricostruito la formula:

Quod L. Titius C. Seius (eventualmente: Quod L. Titius inter se et C. Seium ...) postulavit de communi (eorum?) dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit, sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt, quantum adiudicari oportet, iudex ... adiudicato; quid quid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona?] eius iudex alterum alteri c.s.n.p.a.

⁵³ Cfr., sul punto, P. FREZZA, *Actio communi cit.*, 6.

⁵⁴ O. LENEL, *Edictum cit.*, 211.

Tralasciando di capire quale funzione per il Lenel potesse rivestire l'*eorum* fra parentesi col punto interrogativo⁵⁵, è interessante concentrare l'attenzione su un altro aspetto, ossia sulla clausola *ex fide bona*, clausola che l'autore ritiene, nella nuova edizione della sua opera, di dover sopprimere dalla formula, dando, al riguardo, tale spiegazione storica: «diese *iudicia* müssen schon lange vor dem aufkommen der *bonae fidei iudicia* eine *intentio* und *condemnatio* besessen haben, um dem iudex die Auflage der bei Teilung notwendigen Ausgleichungen möglich zu machen. Als nun allmählich die Obligation aus der Gemeinschaft zur anerkennung gelangte war es nur natürlich, dass man die daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten einfach auf die überkommene *intentio* basierte, ohne an ihr eine Verandring vorzunehmen, nur ohne Rücksicht darauf, dass bei den zu treffenden Entscheidungen die *bona fides* eine wichtige Rolle spielte»⁵⁶.

Al riguardo, il Gradenwitz, analizzando la terminologia classica in materia di *iudicia bonae fidei*, ha ritenuto interpolato D. 10.3.24, nel quale si afferma il carattere di *bona fides* dell'*actio communi dividundo*, e ha concluso che nelle azioni divisorie solo posteriormente a Gaio, ma pur sempre in epoca classica, sia stata inserita la clausola *ex fide bona*⁵⁷.

⁵⁵ P. FREZZA, *Actio communi* cit., 7, suppone che probabilmente la sua presenza sarebbe servita, secondo il Lenel, a sottolineare l'appartenenza ai condomini della cosa di cui essi chiedevano la divisione, anche se, in realtà, non gli pare che con quel pronome si potesse raggiungere tale scopo.

⁵⁶ Così O. LENEL, *Edictum* cit., 209.

⁵⁷ Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, 108 n. 1; D. 10.3.24 pr. (Iul. 8 Dig.): *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit: sed is, ex cuius re acquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam percipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.*

L'Audibert⁵⁸, partendo dalla constatazione secondo la quale le formule dei giudizi divisorii sono composte - come abbiamo visto - di due parti, una per la *divisio*, l'altra per le *praestationes*, ha ipotizzato che solo la seconda di esse fosse in diritto classico *ex fide bona*.

Solitamente il carattere di buona fede o viene negato poiché nel noto elenco gaiano le azioni divisorie non sono menzionate o viene affermato in quanto si ritiene che l'elenco giustiniano abbia un fondamento classico⁵⁹.

Prendendo in considerazione i diversi frammenti in cui viene affermato il carattere di buona fede dell'*actio communi dividundo*, sorge il dubbio sulla genuinità di tale attestazione in quanto i giuristi classici accompagnano alla clausola di buona fede la previsione dell'*exceptio pacti*, incompatibile con l'*oportere ex fide bona*.

D. 10.3.14.3 (Paul. 3 *ad Plaut.*): *Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium: quare emptor quoque communi*

⁵⁸ Cfr. A. AUDIBERT, *Nouvelle Étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XXVIII, 1904, 407 ss.

⁵⁹ Come si sa, Gaio menziona come azioni *ex fide bona* quelle nascenti dai quattro contratti consensuali (compravendita, locazione, società e mandato); in Gai 4.62 troviamo, inoltre, sempre indicate come di buona fede, le azioni *negotiorum gestorum, depositi, fiduciae, tutelae, rei uxoriae. Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*. Nel diritto giustiniano (I. 4.6.28) l'elenco viene incrementato con le azioni *pigneraticia in personam, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis* e *l'hereditatis petitio*, nonché l'*actio ex stipulatu* per la restituzione della dote.

dividendo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summovertur.

D.17.2.16.1 (Ulp. 30 ad Sab.): Qui igitur paciscitur ne dividat, nisi aliqua iusta ratio intercedat, nec vendere poterit, ne alia ratione efficiat, ut dividatur. sed sane potest dici venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat, quam divideret is qui vendidit.

A togliere ogni incertezza al riguardo sembra sufficiente confrontare la C. 3.38.3 con la sua redazione genuina contenuta nella *Consultatio*:

Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Aureliae Severae C. 3.38.3 (a. 290): Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Aureliae Severae Cons. 2.6: An divisio, quam iam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae praesente parte diveras diligenter examinabit. Et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit.

Come sottolinea il Biondi nel suo studio sui *iudicia bonae fidei*⁶⁰, «il confronto è luminoso: i compilatori riassumono la costituzione diocleziana, ma la motivazione riguardante il carattere di buona fede dell'azione divisoria non figurava affatto nella costituzione genuina». Sulla base di questa premessa, il Biondi ritiene che si debbano considerare interpolati quei frammenti in cui l'*actio communi dividundo* è qualificata di buona fede:

D. 10.3.14.1 (Paul. 3 ad Plaut.): *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agatur, [aequitate ipsius iudicii] retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, [quia bonae fidei iudicium est communi dividundo]: sed hoc ita, si mecum agatur. Ceterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim ...*

Secondo l'autore il carattere di buona fede dell'azione deve essere negato in quanto, se davvero esso fosse stato proprio dell'*actio communi dividundo*, Paolo non si sarebbe posto con tanta gravità la domanda sulla necessità o meno dell'*exceptio doli* nella formula (*consideratum est*). Nel testo originario, a suo dire, la questione su cui il giurista avrebbe rivolto l'attenzione non sarebbe stata l'inerenza dell'*exceptio doli* nella formula dell'azione divisoria, bensì la possibilità o meno, da parte del convenuto, di attuare, anche nel caso di *actio communi*

⁶⁰ B. BIONDI, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*, VII, 1920, 220.

dividundo, la *retentio* per le spese sostenute qualora l'attore avesse esercitato la *rei vindicatio*. Le spese cui faceva riferimento Paolo nel frammento erano quelle sopportate non *communi nomine*, ma da parte di colui che credeva essere unico proprietario della cosa, e come tali non avrebbero potuto trovare riconoscimento in sede di esercizio di azione divisoria. Al fine di ovviare a ciò, era lecito chiedersi se il convenuto avesse potuto ricorrere all'*exceptio doli* come nella *rei vindicatio*. Il *quod quidem magis puto* rivela l'opinione positiva del giurista al riguardo. E che Paolo avesse in mente il regime dell'*exceptio doli* è avvalorato, secondo il Biondi, da due circostanze: «a) l'*etiam* viene così a ricollegarsi alla precedente ipotesi *si vindicaretur fundi pars per exceptionem doli retinere possem* e risulta perfettamente a posto, mentre non lo è affatto se il giurista, come dicono le Pandette, avesse deciso il quesito sulla inerenza dell'*exceptio aequitate ipsius iudicii* poiché fra il regime della *retentio* per mezzo dell'*exceptio doli* e la deduzione in giudizio per via dell'*oportere ex fide bona* l'antitesi è netta e le due ipotesi non potevano essere collegate da un *etiam*; b) Paolo parla sempre di *retentio* e *retinere*; ma ciò ha luogo appunto qualora la contropotesa si faccia valere per mezzo dell'*exceptio doli* e non per via dell'*oportere*»⁶¹.

Ulteriormente, il carattere di buona fede dell'azione divisoria viene enunciato in un altro frammento, tratto dal libro 19 *ad ed.* di Ulpiano:

⁶¹ Non fanno mai alcun riferimento alla *retentio* i giuristi quando discorrono di *praestationes* che vengono fatte valere nelle azioni divisorie in virtù dell'*oportere*, ma utilizzano i seguenti termini: *consequi* (D. 10.2.16.6; D. 10.2.16.49; D. 12.6.38; D. 17.2.38.1; D. 18.4.18); *servare* (D. 10.3.6.12; D. 18.1.78.2); *recipere* (D. 10.2.25.13, 10.2.44.7; D. 39.3.11.1); *petere* (D. 10.2.25.19; D. 3.5.39; 45.1.2.2); *deduci* (D. 18.4.18); *venire* (D. 10.3.4.3; D. 10.3.6.3).

D. 10.3.4.2 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indivisa relicta sit, valebit utique et ceterarum divisio et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit.*

Che il ragionamento risultante dal tenore attuale del testo sia palesemente errato (e quindi frutto di interpolazione) è stato già rilevato dall'Audibert⁶²: la possibilità di esercitare nuovamente l'*actio communi dividundo* non poteva, infatti, in alcun modo dipendere dal carattere di buona fede dell'azione stessa.

Un confronto con Gai 4.131a ci fornisce la conferma di quanto appena detto:

Gai 4.131a: *Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO, ut postea, si velimus vacuum possessionem nobis tradi, [. vv. 1 1/4] re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

Qualora si fosse voluto esercitare l'*actio empti* unicamente per la *mancipatio* del fondo acquistato, sarebbe stato necessario anteporre alla formula una *praescriptio* con cui si limitasse la pretesa dell'attore in

⁶² A. AUDIBERT, *Nouvelle Étude* cit., 408.

giudizio allo scopo di evitare che non si potesse far valere successivamente più alcuna azione per la *traditio vacuae possessionis*.

Gaio ci spiega, quindi, che non vi era alcun collegamento fra la buona fede di un'azione e la consumazione processuale⁶³, atteso che era la sussistenza o meno dell'*eadem res* con la prima azione a rendere non esercitabile la seconda.

Alla luce di ciò, il testo di D. 10.3.4.2, così come ci viene consegnato dai compilatori, risulta difficilmente ricostruibile: il Biondi, traendo spunto da un passo in materia di *actio familiae erciscundae* in cui lo stesso Ulpiano⁶⁴, per ammettere la rinnovazione del giudizio, ricorreva al rimedio della rescissione del precedente, ritiene che dal frammento che ci occupa sia stata estrapolata la menzione della *rescissio iudicii* per essere sostituita con il rilievo che l'azione divisoria fosse di buona fede.

Vi è, infine, un ultimo passo da sottoporre ad analisi:

D. 41.1.45 (Gai. 7 *ad ed. provinc.*): *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re acquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest: nam fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat,*

⁶³ Come precisa il B. BIONDI, *L'elenco classico cit.*, 223, il carattere di buona fede dell'azione era del tutto irrilevante ai fini della consumazione processuale: «se mai poteva rendere superflua l'inserzione dell'*exceptio rei iudicatae* nella formula in virtù del principio *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* [D. 50.17.57 (Gai. 18 *ad ed. provinc.*)]».

⁶⁴ D. 10.2.20.4 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Familiae erciscundae iudicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita: quod si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.*

quod ex re eius servus adquisierit. Sed si aliunde servus communis adquisierit, omnibus sociis pro parte dominii hoc acquiritur.

Il Gradenwitz e l'Audibert⁶⁵ ritengono il periodo a partire da *nam* interpolato: secondo il primo, esso sarebbe superfluo in quanto mera ripetizione di ciò che è espresso in precedenza; per il secondo, invece, vi è contraddizione fra le due parti del testo.

Per affrontare l'esame del frammento, è necessario partire da un principio di diritto in materia di acquisti fatti in stato di comunione: tutti gli acquisti *ex re communi* diventavano comuni e, nel momento della divisione, venivano ripartiti fra i comunisti in proporzione della loro quota⁶⁶. Se, però, l'acquisto derivava da spese sostenute da uno dei condomini, egli ne otteneva il rimborso in proporzione alla sua quota per il principio secondo cui nell'*actio communi dividundo* veniva in giudizio *quid eo nomine abest alicui sociorum*⁶⁷. Tale concetto cardine

⁶⁵ O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 108 n.1; A. AUDIBERT, *Nouvelle Étude* cit., 427.

⁶⁶ Cfr. D. 10.3.3 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): *In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.*; D. 10.2.19 (Gai. 7 *ad ed. provinc.*): *Item ex diverso similiter prospicere iudex debet, ut quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit stipulatusve est non ad eius solius lucrum pertineat. Quae ita scilicet consequetur iudex, si aut reputationes inter eos fecerit aut si curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda.*

⁶⁷ V. nota precedente D. 10.3.3 pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*) e D. 10.3.6.2 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Sive autem locando fundum communem sive colendo de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo iudicio tenebitur, et si quidem communi nomine id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum oportet, si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut damnum ad ipsum respiciat. Hoc autem ideo praestat communi dividundo iudicio, quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi dividundo iudicio locus erit, ut*

veniva ribadito nell'ipotesi di acquisto fatto dal *servus communis ex re* di uno dei condomini (l'acquisto diventava comune e in proporzione delle rispettive quote), con la precisazione che il comunista *ex cuius re* l'acquisto era avvenuto avrebbe potuto avvalersi dell'*actio communi dividundo* per ottenere il ristoro della diminuzione patrimoniale che poteva aver subito per l'acquisto *ex re sua* e in proporzione della sua quota. Tanto veniva affermato sia da Gaio sia da Paolo:

D. 45.3.28.1 (Gai. 3 *de verb. obl.*): *Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri, sed eum, cuius ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis iudicium de parte recipienda recte acturum: idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquirit.*

D. 45.3.27 (Paul. 2 *man.*): *Servus communis sive emat sive stipuletur, quamvis pecunia ex peculio detur, quod alterum ex dominis sequitur, utrique tamen adquirit. Diversa causa est fructuarii servi.*

Tornando ora a D. 41.1.45, il Biondi fa notare che in esso Gaio esprimeva un principio opposto, facendolo derivare dalla buona fede che caratterizzava il rapporto: «*fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit*, il che importava, come impone la chiusa del testo ed il significato indubbio di *praecipuum*, che il socio otteneva per intero quanto era stato acquistato

et papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur.

*ex re sua dallo schiavo»⁶⁸. La contraddizione è palese: Gaio in un'opera affermava che l'acquisto produceva effetti a favore di tutti i condomini in proporzione della loro quota, nell'altra che esso operava solo a favore del socio *ex cuius re* è avvenuto; nella prima riconosceva al socio il diritto di agire *de parte recipienda* per ciò che *ei abest* in conseguenza dell'acquisto, nella seconda gli attribuiva il diritto di agire per ottenere tutto l'acquisto. Secondo il Biondi, «questi due diritti non potevano evidentemente coesistere, ma l'uno escludeva l'altro, poiché se il socio acquistava tutto era assurdo attribuirgli la facoltà di ottenere dal condomino parte di ciò che *ei abest»⁶⁹. Tale contraddizione si riscontra nello stesso D. 41.1.45, in cui prima si dichiarava che**

nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re acquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest

e subito dopo

nam fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.

All'affermazione secondo la quale l'acquisto era comune e al condomino era accordato il diritto di ottenere il *quod ei abest*, faceva seguito una proposizione che avrebbe dovuto esplicitare la precedente, ma che, in realtà, attestava esattamente il contrario: il socio acquistava tutto.

Il Biondi, affidandosi a quanto emerge da D. 45.3.28.1, propone, quindi, una sua versione di D. 41.1.45, epurata dai rimaneggiamenti dei compilatori:

⁶⁸ B. BIONDI, *L'elenco classico* cit., 225. Nello stesso senso A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, Weimar, 1912, 183.

⁶⁹ Così B. BIONDI, *L'elenco classico* cit., 226.

D. 41.1.45 (Gai. 7 ad ed. provinc.): *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re acquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam <ex qua acquisitum fuerit pro parte recipere> [praecipere] potest: [nam fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit. sed si aliunde servus communis adquisierit, omnibus sociis pro parte dominii hoc acquiritur.]*

Da più parti⁷⁰ si è, invece, sostenuto che il frammento in esame sia da considerarsi genuino, in quanto vi è un altro passo del Digesto, D. 10.3.24 pr., tratto dal libro 8 *Dig.* di Giuliano, che combacia quasi perfettamente con il testo gaiano, per cui si è ritenuto impossibile che «i compilatori avessero operato una modificazione letteralmente identica in due testi che, ricavati da giuristi diversi, si trovano nella compilazione a grande distanza ed appartengono per giunta a due masse differenti»⁷¹:

D. 10.3.24 pr. (Iul. 8 *Dig.*): *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit: sed is, ex cuius re acquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam percipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.*

⁷⁰ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum* cit., 203 n. 1; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte* cit., 181 ss.

⁷¹ Così B. BIONDI, *L'elenco classico* cit., 227.

Il Biondi risponde a questi rilievi obiettando che, atteso che non vi è certezza riguardo il metodo utilizzato dai compilatori per modificare ed interpolare i testi classici, non si può escludere un rimaneggiamento a priori per il solo fatto che siano diverse le fonti da cui provengono due testi pressoché identici, tanto più se c'è chi, come il Riccobono⁷², che ipotizza che il 'compito legislativo' nella compilazione giustiniana sia stato attribuito ad un'unica commissione *ad hoc* alla quale sono da ricondursi tutte le interpolazioni, per cui non sarebbe così bizzarro che nella compilazione stessa siano state operate coincidenti interpolazioni in passi che appartengono a masse diverse. La congettura che il Biondi, quindi, fornisce parte da un dato oggettivo, quello per cui Gaio non di rado riportava fedelmente passi di Giuliano, e, poiché nel nostro caso copiava *ad literam*, doveva evidentemente citare la fonte cui attingeva⁷³. È verosimile supporre che i compilatori, quando si imbattevano in citazioni, confrontassero tale testo con quello originale citato per eliminarne uno dei due al fine di evitare quelle ripetizioni che Giustiniano aveva ordinato di non compiere. Certamente in taluni casi il confronto non veniva effettuato, per cui si trovano oggi nel Digesto passi originariamente identici di cui uno ha subito un'alterazione da parte dei compilatori e l'altro no⁷⁴; talvolta però, come scrive il Biondi, «i due passi erano mantenuti qualora si sentisse il bisogno di richiamare

⁷² Cfr. S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III 'ad Plautum'*, in *AUPA*, III-IV, 1917, 208 n. 1

⁷³ Così come era solito fare negli altri luoghi del Digesto in cui si riscontrano situazioni analoghe: D. 36.1.65.4; D. 45.3.28 pr.; D. 39.6.31.3; D. 40.4.57.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, D. 42.1.4.8 e D. 46.3.69 (il secondo ritenuto interpolato: così O. GRADENWITZ, *Bull.*, II, 7).

lo stesso principio a proposito di materie diverse, tanto più se si trattava di principio novellamente introdotto nella codificazione; ma in tal caso i compilatori, collazionando i testi, cancellavano spesso il nome del giurista citato⁷⁵, ma soprattutto dovevano evidentemente trasportare nell'originale tutte quelle modificazioni operate nella citazione»⁷⁶. Queste riflessioni fanno, pertanto, propendere per l'idea che la clausola *ex fide bona* fosse estranea alla formula dell'*actio communi dividundo*.

⁷⁵ Cfr. sul punto P. DE FRANCISCI, *Intorno alle origini della 'manumissio in ecclesia'*, in *Rend. Ist. Lomb.*, XLIV, 1911, 192 s.

⁷⁶ Così B. BIONDI, *L'elenco classico cit.*, 228. Esempi di interpolazioni identiche in testi gemelli: D. 8.2.10 (Marc. 4 *dig.*) e D. 7.1.30 (Paul. III *ad sab.*); D. 39.6.13.1 (Iul. 17 *dig.*) e D. 39.6. 35.4 (Paul. 6 *ad leg. Iul.*).

5. Le *partes formulae*.

Ciò che più colpisce nella formula dell'*actio communi dividundo* è, però, la *demonstratio*, lo *Schwerpunkt* di tutta la formula stessa come scrive il Lenel⁷⁷, in quanto in essa era menzionata la richiesta dei condomini, rivolta al giudice, di procedere alla divisione della cosa comune. Si noti, infatti, che, non essendo la risoluzione di una controversia il fine per cui è invocato l'intervento del *iudex*, la *pars formulae* più congeniale allo scopo proprio dell'azione divisoria risultava essere esattamente la *demonstratio*, con cui si rappresentava al giudice uno stato di cose certo e non contestato⁷⁸, ossia il rapporto di *communio* fra i condomini.

Alla *demonstratio* seguivano le altre due clausole fondamentali della formula, ossia l'*adiudicatio* e la *condemnatio*: prima i condomini chiedevano l'intervento del giudice, poi, a costui, venivano attribuiti i poteri per attuare la divisione. Come sottolinea il Frezza, vi è una «stretta concatenazione logica tra la *demonstratio* e le due clausole tipiche della formula, le quali anche dal punto di vista sintattico, si presentano come un tutto organicamente unito ed in sé completo, sì da escludere in maniera assoluta l'utilità, nonché la necessità dell'inserzione di un qualsiasi altro membro nel periodo»⁷⁹.

⁷⁷ O. LENEL, *Das Edictum* cit., 211.

⁷⁸ Cfr. sul punto V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sui giudizi divisori*, *RISG*, LII, 1912,226, il quale ritiene che, in origine, tutte le formule con *demonstratio* avessero la funzione di dar avvio ad un procedimento in cui, qualunque fosse lo scopo delle parti (*aestimatio* o *adiudicatio*), fra di esse non ci fosse contestazione sull'esistenza del rapporto giuridico costituente presupposto del procedimento stesso.

⁷⁹ Così P. FREZZA, *Actio communi* cit., 9.

Il riferimento è chiaramente all'*intentio*: essa compariva o no nella formula dei giudizi divisorii? Domanda tanto legittima quanto grave considerato quanto abbiamo detto, ma pare che il Lenel non se ne sia reso conto. Il primo a farlo è stato l'Audibert⁸⁰ che, nonostante abbia intuito che un'*intentio* non potesse esserci, considera la clausola aggiudicatoria e quella condannatoria come due *intentiones* distinte, contenute nelle clausole stesse. Sul punto è intervenuto l'Arangio-Ruiz⁸¹, il quale ha sostenuto la superfluità di una tale *pars formulae* nelle azioni divisorie e l'inesistenza di essa, in generale, nelle formule con *demonstratio* per lo meno nella loro struttura originaria. La congettura dell'Autore troverebbe conferma in un passo delle istituzioni giurine:

Gai 4.44: ... *demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur; nihil enim omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine intentione vel adiudicatio sine demonstratione nullas vires habet et ob id numquam solae inveniuntur.*

In esso, infatti, l'Arangio-Ruiz scorge un accenno allo schema *demonstratio-adiudicatio* come da lui ipotizzato, sottolineando il valore

⁸⁰ A. AUDIBERT, *L'evolution de la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, Paris, 1903, 19 ss.

⁸¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti cit.*, 226.

disgiuntivo del *vel* e, quindi, leggendo in esso la prova indiscutibile della possibilità dell'assenza di *intentio* in talune formule⁸².

Se l'Arangio-Ruiz ritiene che mancasse l'*intentio* nella struttura primitiva delle formule con *demonstratio*, il Frezza si spinge oltre, sostenendo che essa non compariva nelle formule dei giudizi divisorii anche nel diritto classico. Atteso, infatti, che l'*intentio* era quella parte della formula *qua actor desiderium suum concludit*⁸³, ossia quella parte attraverso la quale l'attore esprimeva il diritto che intendeva far valere contro il convenuto, è evidente che in giudizi come quelli divisorii, in cui era assente la contrapposizione di due parti, non vi era spazio per una richiesta del genere. Come sottolinea il Frezza, «anche quando si voglia vedere l'attore in colui che domanda la divisione, quale sarà la pretesa che colui vuol far valere contro gli altri soci e di cui domanda l'affermazione e la sanzione al giudice? Tutt'al più potrà dirsi che egli vuole l'attuazione - per mezzo del giudizio divisorio - del suo diritto alla divisione; ma sappiamo, per insegnamento del Lenel medesimo, che tale pretesa è rappresentata nella formula nella *iudicis postulatio* e non punto da una *intentio*»⁸⁴.

⁸² Ricordando quanto detto sopra, se si riconosce una funzione dichiarativa all'*adiudicatio* e la sua presenza nelle antiche formule rivendicatorie, si può supporre che il testo gaiano si riferisse ai due tipi di formule in cui compariva la clausola aggiudicatoria: *demonstratio-adiudicatio* dei giudizi divisorii e *intentio-adiudicatio* dei giudizi di rivendica.

⁸³ Gai 4.41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, uelut haec pars formulae: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; item haec: QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE.*

⁸⁴ Così P. FREZZA, *Actio communi* cit., 11.

Si osservi, inoltre, che la formula dell'*actio communi dividundo* non era concessa a Aulo Agerio contro Numerio Negidio, bensì a *L. Titio C. Seio*, vale a dire a tutti i condomini coinvolti nella *communio*, per cui, anche sulla base di questo rilievo, pare consentito concludere che anche nella formula classica non vi fosse traccia di *intentio*⁸⁵.

Per quanto attiene, invece, alla *condemnatio*, il Lenel ritiene che originariamente essa non fosse presente nella formula, componendosi quest'ultima unicamente di *demonstratio* e *adiudicatio*, e che, pertanto, il *quidquid alterum alteri praestare oportet* e la clausola condannatoria non fossero altro che un'aggiunta posteriore⁸⁶.

L'Arangio-Ruiz, al riguardo, se nel suo studio sulle formule con *demonstratio* ha negato l'esistenza della *condemnatio* (pur riservando al giudice il potere di ordinare conguagli fra le parti)⁸⁷ e nei suoi appunti sui giudizi divisorii è giunto a mettere in dubbio l'inserimento della stessa clausola *de praestationibus*⁸⁸, nelle sue istituzioni di diritto

⁸⁵ Continua il P. FREZZA, *Actio communi* cit., 11, «del resto, se si accetta la tesi dell'Arangio-Ruiz che la *intentio* sia stata inserita nelle formule con *demonstratio* solo quando nel diritto classico i rapporti a cui queste si riferivano cominciarono a diventare litigiosi, il fatto che il rapporto a cui si riferiva la formula dei giudizi divisorii non divenne mai litigioso, dovrebbe da solo bastare a far concludere per la mancanza in essa della *intentio*».

⁸⁶ Al riguardo scrive P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit., 641 n. 2: «on a souvent pensé avec vraisemblance que les actions en partage ont servi a sanctionner uniquement l'obligation de sortir de l'indivision avant celle du règlement des dépenses et des profits résultants de l'indivision, et je crois même qu'à l'époque la plus ancienne le deux actions tendaient uniquement à une *adiudicatio*, sans pouvoir aboutir à une condamnation pas plus à raison des inégalités du partage ou de l'attribution de la chose à un seul (licitation, partage avec souôte) qu'à raison des profits et des pertes faits pendant l'indivision».

⁸⁷ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi Formulari* cit., 80

⁸⁸ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti* cit., 227.

romano giunge ad ammettere che, nei giudizi divisorii, il potere del giudice di condannare, con riferimento sia ai conguagli sia alle *praestationes*, venisse a lui attribuito in forza di una consuetudine giurisprudenziale⁸⁹.

Di diverso parere è, invece, il Frezza, secondo il quale la *condemnatio* è sempre esistita nella formula dei giudizi divisorii. Costui critica il ragionamento dell'Arangio-Ruiz, il quale, muovendo dalla premessa per cui le formule con *demonstratio* si riferivano in origine solo a rapporti giuridici non controversi, mancavano di *intentio* e conseguentemente di *condemnatio*, giunge alla conclusione che per tutte le formule con *demonstratio* occorre escludere la presenza della *condemnatio*, la quale sarebbe in esse comparsa solo in epoca posteriore insieme all'*intentio*, fatta eccezione per le formule dei giudizi divisorii delle quali mai avrebbe fatto parte. Il Frezza fa notare come l'Arangio-Ruiz non colga la differenza fra la *condemnatio* delle comuni formule e quella dei giudizi divisorii stessi: «mentre infatti, per non guardare che alle apparenze, nelle comuni formule la *condemnatio* fa parte della consueta espressione *si paret ... condemna, si non paret absolve*, in cui era racchiusa l'*intentio*, nei giudizi divisorii invece la *condemnatio* costituisce una clausola a sè: *in quantum condemnari oportet, iudex condemnato*»⁹⁰.

A questa differenza formale se ne aggiunge una sostanziale, ossia la natura costitutiva e non dichiarativa di tali giudizi. La loro particolarità, infatti, consiste nel fatto che non solo l'*adiudicatio*, ma anche la

⁸⁹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1993, 104.

⁹⁰ Così P. FREZZA, *Actio communi cit.*, 14.

condemnatio aveva efficacia costitutiva, in quanto il giudice, operata la divisione ed attribuita la proprietà delle singole parti, si sarebbe servito di essa per ordinare i conguagli fra i condomini, costituendo, quindi, la *condemnatio* stessa il necessario e naturale complemento dell'*adiudicatio*.

Alla luce di questi elementi (linguaggio esplicito delle fonti e funzione caratteristica della *condemnatio* nei giudizi divisorii), il Frezza ritiene sia arbitrario affermare la mancanza della clausola condannatoria nella formula di tali giudizi e riconoscere al giudice il potere di condannare in virtù di una ipotetica consuetudine giurisprudenziale, di cui, peraltro, non vi è traccia nelle fonti. L'unico testo cui l'Arangio-Ruiz si appiglia per sostenere la sua tesi è Gai. 4.44, ma, in realtà, il collegamento fra *adiudicatio* e *demonstratio* che in esso si legge se, da un lato, serve a dimostrare l'assenza dell'*intentio* nella formula, dall'altro, non autorizza a supporre che nella struttura della formula la *condemnatio* mancasse, a maggior ragione se, nello stesso luogo, vi è un accenno ad una *condemnatio* dipendente da una *demonstratio*, accenno che può «legittimamente considerarsi come una affermazione della possibilità che la *condemnatio* trovi il suo fondamento in quella (come è appunto il caso dei giudizi divisorii) e non nell'*intentio*, come accade di consueto»⁹¹.

Il Frezza conclude ribadendo, quindi, la presenza della clausola condannatoria fin dall'origine e la sua dipendenza logica e giuridica dalla *demonstratio*, ossia dalla *iudicis postulatio* in essa contenuta.

⁹¹ Così P. FREZZA, *Actio communi* cit., 15.

A chiusura di quest'analisi sulle *partes formulae*, un accenno finale merita la clausola assolutoria, rispetto alla quale, condividendo il ragionamento dell'Audibert, pare doversi negare la sua presenza nella formula dei giudizi divisorii. Come l'*adiudicatio* aveva la funzione di far sorgere nuovi diritti di proprietà, così la *condemnatio* costituiva nuovi diritti di credito fra condomini e, mancando nella formula il primo segmento *si paret ... condemna*, deve ritenersi che necessariamente mancasse anche il secondo, *si non paret absolve*⁹².

In sintesi, lo schema della formula dell'*actio communi dividundo* risultava, quindi, così composto: *demonstratio* (in cui verosimilmente era fatta espressa menzione della cosa, o delle cose, da dividere), *adiudicatio* e *condemnatio*.

⁹² Cfr. A. AUDIBERT, *L'evolution* cit., 22 s. P. FREZZA, *Actio communi* cit., 15, aggiunge che ciò lascia, però, «impregiudicata la questione se, in seguito con l'estendersi del campo di applicazione dei giudizi divisorii alle cosiddette *praestationes*, la clausola assolutoria abbia potuto inserirsi nella formula di tali giudizi».

Capitolo 2. *Actio communi dividundo* e legittimazione processuale

1. I soggetti legittimati all'esercizio dell'*actio communi dividundo*: legittimazione originaria ed estensione successiva.

Passiamo ora ad occuparci delle categorie di soggetti cui è riconosciuto il diritto di esperire l'*actio communi dividundo*: l'evoluzione storica di tale *actio* in rapporto alla legittimazione processuale presenta, infatti, interessanti risvolti che non ci si può esimere dal considerare ai fini della completa trattazione dell'argomento che qui ci occupa.

I testi che in merito troviamo nel *Corpus Iuris Civilis* si ritiene abbiano subito un notevole rimaneggiamento da parte dei compilatori, il che rende più difficoltoso il compito di ricostruire l'esatto processo di estensione della piattaforma soggettiva cui è stato concesso l'esercizio dell'azione in parola.

Colui che per primo si è occupato di tale tematica in maniera completa e scrupolosa, individuando diversi punti critici nelle tesi di studiosi a lui precedenti, è il Berger, con il suo *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*⁹³, la cui prima parte è per l'appunto dedicata alla legittimazione processuale nelle azioni divisorie. Prima di lui, lo Ihering⁹⁴ era giunto a sostenere che i giuristi classici avessero esteso ai

⁹³ A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte* cit.

⁹⁴ R. VON IHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844, 87-146.

titolari di tutti i diritti reali su cosa altrui gli stessi mezzi processuali riservati al *dominus ex iure Quiritium*: un'indagine condotta non senza incoerenze e titubanze che ha lasciato ampio margine di critica da parte della dottrina romanistica i cui studi sono, invece, pervenuti a risultati opposti, sgretolando la tesi dello studioso in questione. Sarebbe stata, infatti, opera dei bizantini l'estensione della legittimazione attiva e passiva a titolari di taluni diritti cui i classici più o meno nettamente e concordemente l'avrebbero negata. Così sarebbe avvenuto per l'*actio aquae pluviae arcendae*, per l'*actio legis Aquiliae*, per la *cautio damni infecti*, per la *reivindicatio*, per l'*actio ad exhibendum*. Il lavoro di individuazione degli spazi temporali di tale estensione si fa, però, più complicato in quanto questa tendenza generale del diritto giustiniano all'allargamento della tutela si scontra con una analoga tendenza dei giureconsulti di età classica, tendenza che, tuttavia, differisce dalla prima per un aspetto: è caratteristico, infatti, del diritto classico il conflitto perenne fra rispetto dei principi fondamentali dei singoli istituti che comporta restrizioni della legittimazione e la sussistenza di ragioni concrete di equità e semplificazione nel regolamento dei rapporti giuridici, che un'estensione della legittimazione stessa, invece, la invocano. Di conseguenza, si tratta di verificare, nel campo specifico delle azioni divisorie, se, e in caso di risposta positiva, fino a che punto, i classici si siano spinti a sacrificare principi cardine in ragione dell'opportunità pratica. La tesi del Berger al riguardo è che i classici non si siano lasciati condurre da alcun principio fondamentale, ma che, al contrario, abbiano sempre fatto prevalere ragioni di equità estendendo caso per caso l'azione divisoria a rapporti fino a quel

momento non contemplati. In realtà, si avrà modo di evincere dalle pagine che seguono che il fenomeno del diritto classico di osservare e non rinnegare punti fermi nella disciplina dei singoli istituti è costante e non subisce eccezioni neppure in tema di *actio communi dividundo*.

Il punto di partenza da cui occorre muovere è un frammento del Digesto tratto dal libro 19 *ad Edictum* di Ulpiano, in cui, attraverso la descrizione della funzione dell'*actio communi dividundo*, è possibile individuare due caratteri imprescindibili della *res communis* oggetto di divisione, uno oggettivo e l'altro soggettivo:

D. 10.3.4 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*): *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis*⁹⁵.

Balza subito all'occhio, infatti, che i condomini potessero chiedere la divisione esclusivamente di una *res corporalis* (e quindi non di un diritto) e che essi dovessero vantare un *dominium* (e non altro diritto o potere di fatto) su di essa.

Stridono con questa definizione così restrittiva tutti quei passi in cui è concessa, seppur in via utile per talune categorie, l'*actio communi dividundo* a più concessionari di un *ager vectigalis*, possessori di buona fede di una cosa *in bonis*, coloro che avevano una *iusta causa*

⁹⁵ Ad avviso del P. DE FRANCISCI, *Trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, 238, le parole *quarum rerum dominium habemus* sarebbero interpolate. Secondo E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale*, in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1933, 168, invece, solo il secondo *rerum* deriverebbe da una svista di un amanuense, per cui il testo così risulterebbe: *per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum dominium habemus*.

possidendi, creditori pignoratizi, *missi in possessionem*, usufruttuari, usuari, titolari di servitù prediali ed, infine, superficiari.

È necessario, quindi, tentare di stabilire se vi fu, in epoca classica, un'espansione della legittimazione processuale inerente la nostra azione divisoria e, in caso di risposta affermativa, quale ne fu la portata, tenendo presente il punto di approdo in epoca giustiniana, rappresentato da I. 4.6.20:

I. 4.6.20: ... *item communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune ex quacumque causa est, ut id dividatur.*

Risultano, infatti, evidenti le differenze con D. 10.3.4 pr.: alla *res corporalis quae dominium habemus* ulpiana si sostituisce ora un generico ed ampio *aliquid commune*, ossia tanto una cosa quanto un diritto, tanto un rapporto di *dominium* quanto un rapporto di detenzione.

2. Concessionari di un *ager vectigalis*, *domini bonitarii*, possessori con *iusta causa* e creditori pignoratizi.

Procedendo nella lettura del titolo 3 del libro 10 del Digesto, il principio del frammento 7, sempre di Ulpiano, ci enuncia che, oltre ai comproprietari, anche ai concessionari di un *ager vectigalis* spettava l'esercizio dell'azione divisoria:

D. 10.3.7 pr. (Ulp. 20 *ad ed.*): *Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro.*

Ed oltre, in D. 10.3.7.2, il giurista severiano aggiunge:

D. 10.3.7.2 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Qui in rem publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.*

Rientrano, quindi, fra i soggetti legittimati anche i cc.dd. *domini bonitarii*, coloro che esercitavano un possesso di buona fede su una cosa *in bonis*.

Nel paragrafo 3 dello stesso frammento troviamo un'ulteriore espansione:

D. 10.3.7.3 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.*

Prendendo in esame i primi due frammenti, si ritiene che il loro contenuto non debba stupire, non dando luogo, in realtà, ad alcun contrasto con il principio affermato da Ulpiano in D. 10.3.4 pr.: «è uno sviluppo che dalla giurisprudenza è stato fatto con logica», scrive l'Albertario⁹⁶.

Il concessionario di un *ager vectigalis*, infatti, pur non avendo il *dominium* in senso proprio della cosa, si trovava in un rapporto con essa analogo a quello di proprietà, tanto che, al tempo di Ulpiano, gli era concessa un'*actio in factum* modellata sulla falsariga della *rei vindicatio* spettante al proprietario.

Lo stesso dicasi per il possessore di buona fede di una cosa che è *in bonis*: egli avrebbe potuto ricorrere all'*actio Publiciana* qualora ne fosse stato spossessato prima del compimento del termine per l'usucapione, ricevendo la 'stessa'⁹⁷ tutela del proprietario quiritario tramite la *rei vindicatio*.

Parrebbe, invece, più complicato ricondurre al regime classico quanto affermato in D. 10.3.7.3, in cui, secondo il Berger, «die Interpolation des ganzen Absatzes [ist] zumindest als sehr wahrscheinlich»⁹⁸. Gli indizi in tal senso non mancherebbero: nel testo compare *utile communi dividundo* al posto di *utile communi dividundo iudicium*, il che è proprio

⁹⁶ Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 169.

⁹⁷ Ci si ricordi che il possessore *ad usucapionem* gode di una tutela reale assoluta solo in caso di acquisto *a domino*, senza forma idonea per il trasferimento della proprietà (*traditio* di *res Mancipi* da parte del *dominus*), in quanto all'*exceptio iusti dominii* del proprietario quiritario potrà opporre la *replicatio rei venditae et traditae* o la *replicatio doli generalis*, *replicatio* che non sarà opponibile nell'ipotesi di acquisto *a non domino*.

⁹⁸ Della stessa opinione è V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti* cit., 227.

dei Bizantini. Ulteriormente, un giurista classico avrebbe utilizzato l'espressione *actio utilis datur* e non *actio utilis competit*. Ad ogni modo, nonostante queste spie testuali, secondo l'Albertario, il principio in esso racchiuso era classico: a più persone aventi una *iusta causa possidendi* era concessa l'*actio communi dividundo* in via utile. Ciò non si opponeva al principio contenuto in D. 10.3.4.pr., in quanto, il possesso di epoca classica era «vera immagine della proprietà, ne attuava tutto il contenuto economico-patrimoniale; era in fatto ciò che la proprietà era in diritto»⁹⁹. Il requisito, poi, della *iusta causa*, che favoriva la conversione del possesso in proprietà col decorso del tempo, contribuiva maggiormente a far credere che il possessore con *iusta causa possidendi* fosse stato legittimato all'esercizio dell'*actio communi dividundo* in via utile.

Lo stesso *iudicium utile* veniva riconosciuto, nel paragrafo 6, al creditore pignoratizio, anch'egli possessore, seppur *ad interdicta*, della cosa data in pegno:

D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari.*

Secondo l'Albertario, lo svolgimento dell'*actio communi dividundo*, in rapporto alla legittimazione processuale, nel diritto romano classico qui si sarebbe fermata. La sua concessione alle rimanenti categorie soggettive sopra enunciate sarebbe appartenuta al diritto postclassico-

⁹⁹ Così P. BONFANTE, *Teoria romana del possesso*, Pavia, 1906; cfr. anche, ID., *Corso di diritto romano*, 3, Roma, 1923, 130 ss.

giustiniano. Questo, quindi, in sintesi il regime romano classico: «*iudicium communi dividundo* per chi aveva la proprietà (*dominium*) o si trovava in un rapporto con la cosa sostanzialmente analogo a quello del *dominus* (*ager vectigalis* e *in bonis habere*). *Iudicium communi dividundo utile* per chi aveva il possesso, specialmente fondato sopra una *iusta causa*. La logica non permette di andare più innanzi»¹⁰⁰. Contrasta, infatti, con la logica ulpiana di D. 10.3.4.pr. l'estendere il *iudicium communi dividundo*, sul piano soggettivo, a chi era semplice detentore o, sul piano oggettivo, alla divisione non di cose corporali, bensì di diritti. Costituirebbe una contraddizione inaccettabile sostenere che avere il *dominium* della cosa era necessario, se poi averne la detenzione fosse bastato: «che, dopo aver premesso essere necessario il *dominium*, al *dominium* egli [Ulpiano] equipari il godimento dell'*ager vectigalis*, l'*in bonis habere* (rapporti sostanziali, se non formali, di proprietà) e dica essere *aequissimum* dare il *iudicium communi dividundo* in via utile a chi ha un possesso specialmente fondato sopra una *iusta causa*, è cosa non soltanto spiegabile ma attestante a un tempo il meraviglioso spirito della giurisprudenza romana, che non sapeva star legata alle parole, ma le parole interpretava e analizzava e svolgeva con una logica giuridica, che non ha l'eguale al mondo. Ma che, dopo aver premessa la necessità del *dominium*, Ulpiano venga a dire che, anche se esso non c'è, la detenzione basta, è cosa che io non mi spiego e nessuno, per poco che rifletta, potrà spiegare, perché non è possibile pensare a un rapporto

¹⁰⁰ Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 170.

giuridico più contrapposto alla proprietà di quello della detenzione»¹⁰¹. Parimenti, se oggetto di divisione potevano essere solo cose corporali, non è concepibile che l'azione venisse accordata a più usufruttuari, usuari o titolari di servitù prediali, a coloro, cioè, che avevano la *communio* non di una cosa ma di un diritto.

¹⁰¹ Così si esprime E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 170 s.

3. *Missi in possessionem.*

Poste queste considerazioni generali, passiamo all'analisi delle singole situazioni soggettive, a partire dai casi delle *missiones in possessionem*.

D.10.3.7.8 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Item (dari debet utile communi dividundo iudicium) si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum: [est enim iusta causa possidendi] custodiae gratia. Ergo et si duo ventres, idem erit dicendum: quod habet rationem. 9. Plane si iam damni infecti missus iussus sit possidere, [non] erit huic utili iudicio locus, [cum vindicationem habere possit].*

La *missio in possessionem*, concessa dal primo decreto pretorio *legatorum servandorum causa* o *damni infecti causa* o *ventris nomine*, conferiva all'immesso, come attestato dalle fonti¹⁰², non il possesso, ma la mera detenzione delle cose, per cui a costui non poteva essere riconosciuta, neppure in via utile, la facoltà di agire con l'*actio communi dividundo*. È verosimile credere, pertanto, che quanto attestato nel frammento in esame non appartenesse all'epoca classica, ma fosse opera dei compilatori bizantini. Interessante il ragionamento dell'Albertario al riguardo: posto che il principio classico era quello di accordare l'azione divisoria a chi avesse una *iusta causa possidendi*, i compilatori non

¹⁰² Al riguardo v. D. 41.5.2.pr.: ... *rem tenet custodiae causa*; D. 41.2.10.1: ... *in possessione sunt custodiae causa*; D. 42.4.12: ... *praetor concedit rerum et observantiam*.

alterarono tale principio, ma affermarono che coloro che avevano ottenuto una *missio ex primo decreto* avevano una *iusta causa possidendi custodiae gratia*. «Ciò poteva dire chi, come i bizantini, confonde possesso e detenzione ed esprime i due istituti con gli stessi termini; non un giurista classico, per il quale la motivazione *est enim iusta causa possidendi custodiae gratia* avrebbe costituito una *contradictio in terminis*»¹⁰³.

Ciò posto, i due paragrafi, 8 e 9, si possono quindi così ricostruire:

D. 10.3.7.8 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Item* (cioè: *non datur utile communi dividundo iudicium*¹⁰⁴) *si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum: <sunt enim in possessione> custodiae gratia. Ergo et si duo ventres, idem erit dicendum: quod habet rationem. 9. Plane si iam damni infecti missus iussus sit possidere, erit huic utili iudicio locus.*

Una conferma di tale ragionamento si ha dall'analisi di altri frammenti del Digesto che si considerano non rimaneggiati dai compilatori:

¹⁰³ Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 172, che rinvia a se stesso, *Il quasi possesso dell'usufrutto nella dottrina romana*, in *RIL*, XLV, 1912, 465 ss., per un approfondimento in merito alle nozioni di possesso e detenzione presso i Bizantini, i quali, «perché non afferrano più bene la classica antitesi tra *possidere* (termine indicante il possesso) e *esse in possessione* (termine indicante la detenzione), dicono indifferentemente che il possessore di un diritto ha la *quasi possessio* o *est quasi in possessione*! Così dicono che *possidet* chi ha soltanto la custodia per ordine pretorio».

¹⁰⁴ Secondo la ricostruzione dell'Albertario l'*item* è così da leggersi in quanto anche il paragrafo precedente - come si vedrà - è da ritenersi alterato.

D. 10.3.4.3 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, ita etiam praestationes veniunt: et ideo si quis impensas fecerit, consequatur. Sed si non cum ipso socio agat, sed cum herede socii, labeo recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire. Plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti in communi dividundo iudicium non veniunt. 4. Eapropter scribit Iulianus, si missi in possessionem damni infecti simus et ante, quam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo iudicio consequi me non posse.*

Il testo ci spiega che l'esercizio dell'*actio communi dividundo*, oltre a consentire la divisione della *res communis*, permetteva il rimborso delle spese sostenute da uno dei comunisti per la cosa stessa. Chiaramente, non potevano essere restituite le spese fatte prima che la cosa fosse diventata comune. Pertanto, scrive Giuliano, i *missi in possessionem* non avrebbero potuto godere dell'azione per le spese fatte prima dell'ordine di immissione nel possesso *ad usucapionem*, poiché, per effetto della prima *missio*, essi avevano unicamente la detenzione della cosa e non il possesso necessario per l'esperimento dell'*actio*.

Analogamente D. 39.2.15.19:

D. 39.2.15.19 (Ulp. 53 *ad ed.*): *Sed si quis eorum missus in possessionem sumptum fecerit, deinde iubeatur possidere, an sumptum consequi possit is qui fecit et quo iudicio? Et placet communi dividundo iudicio consequi eum posse.*

Si noti l'insistenza del *deinde iubeantur possidere*: solo se i *missi in possessionem* avevano il possesso, requisito essenziale, potevano esercitare l'*actio communi dividundo*.

In conclusione, in epoca classica ai *missi in possessionem* non era accordata l'azione divisoria, la quale sarebbe stata, invece, loro concessa in età giustiniana tramite l'invenzione bizantina della *iusta causa possidendi custodiae gratia*.

4. Usufruttuari.

Il secondo contrasto logico da affrontare è quello inerente l'oggetto della divisione, posto che Ulpiano limitava quest'ultimo esclusivamente alle *res corporales* in D. 10.3.4 pr., diversamente da quanto si legge in altri frammenti del Digesto in cui pare che anche i diritti fossero divisibili tramite l'azione divisoria.

Iniziamo con l'usufrutto. Svareti sono i passi in cui più usufruttuari compaiono come legittimati all'esercizio dell'*actio communi dividundo*.

D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 ad. ed.): *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari. 7. Sed et si de usu fructu sit inter duos controversia, dari debet.*

D. 10.3.7.10 (Ulp. 20 ad. ed.): *[Cum de usu fructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usum fructum uni ex illis: vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus]*

D. 43.20.4 (Iul. 41 dig.): *Lucio titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi: quaesitum est, an et maevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat: et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum*

duobus, quemadmodum uti debeant. Respondit: sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium reddi, [sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit].

D. 7.1.13.3 (Ulp. 18 ad. Sab.): Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit [aequissimum esse quasi communi dividundo iudicium dari vel] stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruuntur: [cur enim, inquit iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere?] quam sententiam celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram.

D. 45.3.32 (Paul. 9 ad Plautium): Si, cum duorum usus fructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio iuris esset. [Sed verius est utili communi dividundo iudicio inter eos agi posse].

Analizziamo quest'ultimo: Sabino negava la possibilità di concedere l'*actio communi dividundo* a più usufruttuari perché, fra loro, *nulla communio iuris esset*. È sembrato, tuttavia, al Berger che il periodo finale, in cui l'*actio* veniva invece accordata, riflettesse il nuovo

orientamento giurisprudenziale al tempo di Paolo. In realtà credo si debba concordare con l'Albertario, il quale fa notare che il principio sostenuto da Sabino per cui non poteva esservi una comunione di diritti sia lo stesso di Ulpiano, contemporaneo di Paolo: *corporalium rerum fit divisio*. E lo stesso Paolo, in D. 10.3.19.2, domandava in maniera retorica: *quae enim communio iuris intellegi potest?* Si deve, pertanto, ritenere verosimile che il testo in esame sia stato oggetto di un'interpolazione additiva da parte dei compilatori laddove, senza alcuna motivazione da parte di Paolo sul suo dissenso rispetto a Sabino, ammetteva l'esercizio dell'*actio communi dividundo*.

Oggetto di interpolazione pare essere stato anche D. 7.1.13.3¹⁰⁵:

D. 7.1.13.3 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit [aequissimum esse quasi communi dividundo iudicium dari vel] stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruuntur: [cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere?] quam sententiam ...*

Seguendo le indicazioni dell'Albertario, il *quasi communi dividundo iudicium* non apparterrebbe all'epoca classica, bensì a quella postclassica, al pari delle azioni *quasi poenalis*, *quasi institoria*, *quasi tributoria*, *quasi tutelae*, *quasi interrogatoria*, *quasi Publiciana*, *quasi ex*

¹⁰⁵ Cfr. sul punto P. Krueger, *Supplem. Ad Dig.*; A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano*, I, Palermo, 1921, 137 n. 1; G. VON BESELER, *Beiträge cit.*, 2 e 88.

lege Aquilia, in cui il *quasi*, posto davanti alla denominazione delle azioni, l'Albertario stesso ha dimostrato, in suoi precedenti studi, essere frutto della mano dei compilatori¹⁰⁶.

Parimenti, anche l'*aequissimum esse ... stipulatione inter se eos cavere etc.* è poco comprensibile, mentre è sicuramente meglio spiegabile se si ritiene l'espressione utilizzata dai compilatori per giustificare la concessione dell'azione divisoria a più usufruttuari, ai quali in diritto classico era negata.

Anche la successiva domanda retorica *cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere?* è opera dei compilatori. Già il Beseler individuò alcune spie semantiche rivelatrici, come la stessa forma retorica della domanda e l'uso frequentemente giustiniano del *cur*¹⁰⁷; l'Albertario aggiunge «la gonfiezza della frase *ad arma et rixam procedere* e soprattutto che essa si riferisce solamente al *iudicium communi dividundo*, che vien concesso dal pretore, e non alla stipulazione, che fra loro possono concludere le parti»¹⁰⁸. Il pensiero classico che emergerebbe dal testo genuino sarebbe, quindi, il seguente: se fra più usufruttuari fosse nata una controversia, essi avrebbero potuto stipulare il modo di usare e godere della cosa comune, senza poter utilizzare l'*actio communi dividundo*. Quest'ultima venne, invece, accordata dai compilatori, che ne

¹⁰⁶ V. E. ALBERTARIO, *L'origine postclassica del possesso dell'usufrutto*, in *BIDR*, XXV, 1912, 5.

¹⁰⁷ Cfr. G. VON BESELER, *Beiträge cit.*, 2 e 88.

¹⁰⁸ Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico cit.*, 178.

giustificarono la concessione dicendo fosse *aequissimum* che il pretore componesse le liti e non permettesse di venire alle armi.

Conseguentemente, si dovrà ritenere interpolato anche D. 43.20.4, in cui Giuliano scriveva quanto segue:

D. 43.20.4 (Iul. 41 dig.): ... *sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit.*

Non sarebbe, infatti, concepibile che Giuliano avesse negato l'azione divisoria nel libro 38 dei suoi Digesti (così come abbiamo ipotizzato in D. 7.1.13.3) per poi concederla nel libro 41 attraverso un *utile communi dividundo iudicium*¹⁰⁹.

Come sottolinea l'Albertario, vi sono altri motivi per ritenere alterato il frammento in esame. Innanzitutto colpisce l'imprecisione della terminologia usata dal giurista romano: il *quasi communi dividundo iudicium* di D. 7.1.13.3 diventa, in D. 43.20.4, un *utile communi dividundo iudicium*; «qui direbbe che *plerisque placuit* concedere agli usufruttuari l'azione divisoria; là Ulpiano direbbe che Giuliano, proprio lui, scriveva essere equissimo il concederla»¹¹⁰.

Di diverso parere è il Biondi, che interpreta questa serie di passi cercando di recuperare piuttosto che demolire quanto in essi affermato. Ritiene innanzitutto genuino il *quasi communi dividundo iudicium* giuliano così come riportato da Ulpiano in D. 7.1.13.3, sostenendo che

¹⁰⁹ Considera rimaneggiato il frammento anche il S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, 783 n. 4.

¹¹⁰ Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico cit.*, 179.

esso testimonierebbe l'esistenza di un'azione, ai tempi di Giuliano, diretta a determinare e regolare l'uso e il godimento della cosa tra i vari usufruttuari; un'azione con struttura diversa dall'*actio communi dividundo*, in quanto quest'ultima era totalmente inadeguata per l'usufrutto: divisione e aggiudicazione, in età classica, erano possibili, infatti, solo per le *res corporales*, e non per i diritti; un'azione, quindi, che non comportava né *divisio* né *adiudicatio* ma che esauriva la sua funzione nell'ottenimento di reciproche stipulazioni di usare solo di una parte della cosa o per un determinato periodo di tempo¹¹¹. L'usufrutto, infatti, restava giuridicamente sempre costituito su tutta la *res* e a favore di tutti i titolari: le stipulazioni comportavano la cessione del semplice esercizio dell'usufrutto, dal momento che in diritto classico non era possibile costituire un usufrutto tramite stipulazione¹¹². Secondo il Biondi, Giuliano avrebbe parlato qui di *quasi communi dividundo iudicium* in quanto egli aveva bene in mente la struttura

¹¹¹ B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Perugia, 1913, 51 s., ritiene che la proposizione *vel stipulatione inter se ... stoni* con tutto il contesto: «se Giuliano si preoccupa che i vari titolari dell'usufrutto possano venire *ad arma et rixam* ed invoca la *iurisdictio pretoria*, non è concepibile che egli abbia potuto pensare anche lontanamente alla possibilità che le parti facciano amichevolmente delle stipulazioni reciproche aventi per oggetto il *qualiter fruuntur*. D'altra parte, non si comprenderebbe come qui i compilatori abbiano potuto pensare alla *stipulatio*. A mio avviso, il testo genuino parlava certo di *stipulatio*, ma in tutt'altra connessione. Se si tien presente il contenuto che aveva l'azione nel diritto classico ... credo di non esser lungi dal vero ricostruendo il passo genuino presso a poco in questo modo: *quasi communi dividundo iudicium dari [vel] ut stipulatione inter se [eos eavere] caveant qualiter fruuntur*».

¹¹² Si vedano S. PEROZZI, *I modi pretori d'acquisto delle servitù*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, XXIII, 1897, 1 ss.; ID., *Istituzioni cit.*, I, 506, e P. COLLINET, *Etudes historiques sur le droit de Justinien. Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident*, I, Paris, 1912, 161 ss.

particolare di quest'azione speciale e l'ostacolo alla concessione della vera *actio communi dividundo* (*quoniam inter eos nulla communio iuris esset*), ma era consapevole che la nuova azione utile avesse funzione analoga all'azione divisoria¹¹³. Il *quasi* esprimerebbe, quindi, semplicemente «quello scrupolo teorico dei classici che non hanno più i compilatori i quali non esitano a sussumere quest'azione speciale per l'usufrutto nella cerchia dell'*actio communi dividundo* vera e propria»¹¹⁴. Ecco perché anche in D. 43.20.4 Giuliano non avrebbe potuto qualificare l'azione divisoria *sic et simpliciter*, ma avrebbe utilizzato l'espressione *utile communi dividundo iudicium*.

Sarebbe, invece, interpolata la chiusa (*sed verius est utili communi dividundo iudicio inter eos agi posse*) di D.45.3.32: pare poco verosimile che Paolo avesse potuto esprimersi con un *verius est* di fronte ad una motivazione così netta di Sabino e ai dubbi della giurisprudenza sull'azione utile per gli usufruttuari (*plerisque placuit*). Oltre alla forma, vi sono altre ragioni per cui l'opinione in esame non può essere attribuita ad un giurista classico: la particolare azione che Giuliano

¹¹³ Cfr. B. BIONDI, *La legittimazione cit.*, 52. Sul *quasi* scrive il S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BDR*, VIII, 1895, 179: «il celebre *quasi*, l'eccellente empiastro per le costruzioni dei giuristi romani, in virtù del quale essi poterono, assai di frequente e con fine abilità, raggiungere per vie oblique quei fini, che non si potevano raggiungere con le dirette, pur tenendo fermi e rispettando i principi fondamentali del sistema». Di diverso avviso, come sappiamo, è invece l'Albertario che anche in un altro suo scritto, *L'actio quasi institoria*, Pavia, 1912, 15, 32,33, arriva a queste conclusioni, che possono suonare esagerate: «io ritengo questa forma [*quasi*] sospetta; ritengo questo curioso modo di costruire gli istituti e di chiamare le azioni assolutamente straniero al diritto classico»; «tutti gli istituti costruiti mediante l'uso del *quasi* sono nelle fonti giustinianee o sicuramente non classici o, quanto meno, fortemente sospetti»; «questo modo di costruire gli istituti appare tutte le volte non classico».

¹¹⁴ Così B. BIONDI, *La legittimazione cit.*, 52 s.

chiama *quasi communi dividundo*, e alla quale qui Paolo dovrebbe fare riferimento, aveva il solo scopo di regolare il modo di utilizzo e godimento della cosa e probabilmente non conteneva la clausola sulle *praestationes* che si trovava nella formula dell'*actio communi dividundo* ordinaria, altrimenti Ulpiano ne avrebbe fatto un accenno in D. 10.3.7.10 in cui tratta ampiamente dell'*officium iudicis* in quest'azione. Qui, invece, l'azione sarebbe servita ad ottenere unicamente la quota dell'acquisto fatto da uno degli usufruttuari per mezzo dello schiavo *ex ea re quae ad utrosque pertinet*, ma è noto¹⁵ che l'esercizio dell'azione divisoria unicamente per le *praestationes*, lasciando indivisa la *res communis*, era estranea al diritto classico ed apparteneva, invece, all'epoca giustiniana.

Venendo ora ai testi della *sedes materiae*, consideriamo D. 10.3.7.7, mettendolo in relazione con il paragrafo precedente:

D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari. 7. Sed et si de usu fructu sit inter duos controversia, dari debet.*

I risultati delle analisi dei testi precedenti e il *sed* iniziale ci inducono a pensare che in realtà Ulpiano volesse affermare l'esatto contrario: *sed si de usu fructu sit inter duos controversia dari non debet*. I compilatori avrebbero, cioè, aggiunto l'*et* per elidere la forza avversativa del *sed* ed eliminato il *non*, capovolgendo il significato originario.

¹⁵ Cfr. sul punto A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte* cit., 231; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti* cit., 239.

L'intero paragrafo 10 sarebbe, ad avviso dell'Albertario, totalmente compilatorio:

D. 10.3.7.10 (Ulp. 20 ad ed.): [*Cum de usu fructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usum fructum uni ex illis: vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus*]

Desta subito qualche sospetto il fatto che Ulpiano riprendesse a trattare dell'usufrutto nel paragrafo 10 dopo averne parlato nel 7, intermezzando i due con accenni alle *missiones* pretorie¹¹⁶.

Gli indizi di interpolazione si fanno poi evidenti appena si affronta la lettura del passo: «*communi dividundo iudicium* (nominativo!) *agitur*;

¹¹⁶ Interessante è l'esegesi compiuta dall'E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 179 s., di D. 10.3.7: «D. 10.3.7 è veramente un frammento, nella sua seconda parte, disordinato. Nella prima parte (pr. - 6) un ordine esiste. Si dice spettare l'*actio communi dividundo* ai condomini, ai concessionari dell'*ager vectigalis*, a coloro che sono *in bonis*: si soggiunge darsi in via utile l'*actio communi dividundo* agli aventi una *iusta causa possidendi*, con esclusione, quindi, dei possessori *vi*, o *clam*, o *precario*; si soggiunge ulteriormente darsi in via utile la stessa azione ai concreditori pignorati. Il disordine comincia dal paragrafo 7, perché viene sospesa la trattazione concernente l'*actio communi dividundo* da concedersi in via utile ai concreditori pignorati, che riappare poi nel paragrafo 12; si inizia nel paragrafo 7 una trattazione riguardante la concessione in via utile dell'*actio communi dividundo* ai cousufruttuari, che continua poi nel paragrafo 10. Tra il 7 e il 10 si dice doversi concedere in via utile l'*actio communi dividundo* a più *missi in possessionem*. È possibile ricostituire l'ordine originario del frammento così: § 6 - §12 - § 7 - §10 - § 8 - § 9 - § 11. Il disordine, che oggi riscontriamo nel testo, è un indice rivelatore della sua alterazione».

iudicium communi dividundo senza, neppure, la menzione di *utile*; i pronomi *eis, uni ex illis* sospesi; il comando dato al giudice, spiccante nell'uso del futuro (*iudex officium suum ita diriget*: così comanda un legislatore!); soluzioni e distinzioni non più finite; la frase *etiam sic poterit ut inter eos conveniat*; il passaggio *hoc est*».

In conclusione, l'esercizio dell'azione divisoria (sia essa denominata *iudicium communi dividundo, utile iudicium communi dividundo* o *quasi iudicium communi dividundo*) era precluso, in età classica, a più usufruttuari, mentre sarebbe stato poi consentito in epoca giustiniana. A tale risultato perviene anche il Biondi, anche se, come abbiamo visto, non è dello stesso avviso dell'Albertario quanto all'interpretazione dell'*utile* o *quasi communi dividundo iudicium*: il principio di Sabino secondo il quale era negata l'*actio communi dividundo* tra usufruttuari perché *nulla communio iuris inter eos esset* trovò applicazione per tutta l'età classica; tuttavia, esso convivette, al tempo di Giuliano, e forse anche prima (ci si ricordi del *plerisque placuit* di D. 43.20.4), con l'azione speciale volta a regolare il *quemadmodum utantur fruuntur* fra i vari usufruttuari denominata *quasi* per la pratica analogia con l'azione divisoria vera e propria, ma rispetto a questa differente per struttura e contenuto giuridico.

Nel titolo 3 del libro 10 il genuino testo di Ulpiano, dopo aver premesso la necessità del requisito della *iusta causa possidendi* per l'esperimento, in via utile, dell'azione divisoria, negava la stessa ai detentori: ai *missi in possessionem*, agli usufruttuari, ai depositari e ai coloni. I compilatori la concedono ai *missi in possessionem* e agli usufruttuari, ma non ai depositari e ai coloni. Il paragrafo 11, in cui si sarebbe dovuto

originariamente leggere, *neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, cum naturaliter possideant*, è invece diventato *neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant*.

L'opera dei compilatori è evidente: Ulpiano non avrebbe tanto insistito sul requisito della *iusta causa possidendi* se poi fosse stata sufficiente la *naturalis possessio*, ossia la detenzione; i compilatori, poi, si contraddissero affermando, da un lato, che i *missi in possessionem* (detentori), potevano esercitare l'azione divisoria grazie all'elaborazione del concetto di *iusta causa possidendi custodiae gratia* e riconoscendo, dall'altro, che bastasse la *naturalis possessio* per esperirla.

5. Usuari.

Passiamo ora all'ipotesi di più usuari. Il frammento 7, il testo cardine - come abbiamo notato - in questa materia, non ne fa menzione. Il Berger, a sostegno della tesi favorevole alla concessione dell'azione divisoria a tale categoria di soggetti, adduce il passo contenuto in D. 10.3.10.1:

D. 10.3.10.1 (Paul. 23 ad. ed.): *Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividendo iudicio, videamus. Sed praetor interveniet et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter qui mercedem accipit non uti, quasi plus faciat qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.*

Lo stesso riconoscimento dell'azione a più usufruttuari avrebbe contribuito, secondo il Berger, ad estendere la concessione di essa anche a più usuari: ma, dimostrata l'infondatezza di quest'ultima, viene meno il fondamento che avvalora la prima.

Per di più si deve notare che è proprio Paolo ad affermare, in tema di servitù in D. 10.3.19.2,4, come a breve vedremo, che non esisteva comunione di diritti: *communio iuris intellegi non potest.*

Analizzando specificamente la prima parte di D. 10.3.10.1, pare piuttosto evidente che Paolo, nell'avanzare il dubbio su come potesse avvenire una divisione dell'uso, anticipasse già la risposta. E si poneva la

domanda proprio perché l'uso, in quanto diritto, non poteva essere oggetto di comunione.

Ulteriormente, è da sottolinearsi il fatto che qui non compare neppure l'aggettivo *utile* accanto al *nomen* dell'azione divisoria: considerare indifferentemente a volte utili e a volte dirette le azioni è comprensibile se la 'svista' si ipotizza fosse opera dei compilatori, per i quali tali distinzioni non avevano più un senso, mentre lo è meno se si ritiene esserlo dei giureconsulti classici¹¹⁷.

¹¹⁷ In merito all'interpolazione del testo si veda anche V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti cit.*, 226 n. 2, che alle parole *quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio videamus* sostituisce le altre *non erit locus communi dividundo iudicio*.

6. Titolari di servitù prediali.

Giungiamo ora alle servitù prediali, in relazione alle quali mancava totalmente il presupposto necessario per l'esercizio dell'*actio communi dividundo*, ossia la *communio* stessa. Pensiamo, infatti, a quali potessero essere le ipotesi di *servitus communis*. Sicuramente non lo era la servitù che gravava o era costituita su un fondo di cui più persone avevano la proprietà: la servitù era, infatti, dovuta *fundo* e non *personae*, per cui era del tutto indifferente che il fondo, dominante o servente, fosse di proprietà di più titolari. Era, infatti, contrario al principio di indivisibilità delle servitù parlare di divisione della servitù e di esercizio dell'azione divisoria volto a tale scopo. Se poi i condomini fossero addivenuti alla divisione del fondo comune, la servitù, in virtù della sua inerenza reale, avrebbe seguito le singole attribuzioni di proprietà¹¹⁸. Per cui, se si trattava di fondo dominante, *omnes partes servitus sequitur et ita, ut singuli recte agant ius sibi esse eundi* (D. 8.3.23.3) e *si divisus est fundus inter socios regionibus ... perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit* (D. 8.6.6.1); nel caso, invece, di fondo servente, *si certus ac finitus viae locus est, tunc, si per longitudinem eius fundus divisus est eadem omnia servanda erunt, quae si initio constituendae eius servitutis similiter hic duo fundi fuissent: si vero per latitudinem viae fundus divisus est (nec multum refert, aequaliter id factum est an inaequaliter), tunc manet idem ius servitutis, quod fundo indiviso fuerat,*

¹¹⁸ Parla, al riguardo, di moltiplicazione e non di divisione della servitù G. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *RISG*, 1888, VI-VIII, 97 ss.

nec aut usu detineri aut non utendo deperire nisi tota via poterit (D. 8.6.6.1a).

Diversa, almeno in apparenza, era l'ipotesi in cui a favore di più fondi fosse costituita una servitù a carico di un medesimo fondo: in questo caso tradizionalmente si ritiene sussistere una *servitus communis* e applicabile l'*actio communi dividundo*. In realtà, come sottolinea il Biondi¹¹⁹, si tratta di un abbaglio: «se io concedo al dominus del fondo A il diritto di passare dal mio fondo e concedo analogo diritto al dominus del fondo B, del fondo C, e via dicendo, non ho costituito affatto una servitù unica ma invece tante servitù diverse e separate, sebbene eventualmente eguali per il contenuto, quanti sono i fondi a cui ho concesso il diritto di passaggio, ed ognuna di queste servitù costituisce un'entità giuridica a sé. Manca dunque in questo caso la base per l'azione divisoria, giacché questa suppone sempre l'esistenza di una cosa o di un diritto comune». Troviamo una chiara testimonianza di quanto appena espresso nel seguente frammento del Digesto:

D. 10.3.19.2 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Si per eundem locum via nobis debeat et in eam impensa facta sit, durius ait pomponius communi dividundo vel pro socio agi posse: quae enim communio iuris separatim intellegi potest? Sed negotiorum gestorum agendum.*

Mentre ve ne sono altri due che sembrano contraddire quanto appena affermato da Paolo, ammettendo l'esperibilità dell'azione divisoria.

¹¹⁹ Cfr. B. BIONDI, *La legittimazione cit.*, 46.

D. 43.20.4 (Iul. 41 dig.): *Lucio titio ex fonte meo ut aquam duceret, cessi: quaesitum est, an et maevio cedere possim, ut per eundem aquae ductum aquam ducat: et si putaveris posse cedi per eundem aquae ductum duobus, quemadmodum uti debeant. Respondit: sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, [non erit iniquum utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividendo iudicium reddi plerisque placuit].*

D. 10.3.19.4 (Paul. 6 ad Sab.): *Aquarum iter in iudicium communi dividendo non venire labeo ait: nam aut ipsius fundi est et ideo in iudicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus. Sed possunt iura interdum et separata a fundo esse et nec mensura nec temporibus divisa, veluti cum is cuius fuerunt plures heredes reliquit: [quod cum accidit, consentaneum est et ea in arbitrio familiae erciscundae venire, nec videre inquit Pomponius, quare minus in communi dividendo quam familiae erciscundae iudicium veniant. Igitur in huiusmodi speciebus etiam in communi dividendo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura aut temporibus dividantur].*

Cominciando la nostra esegesi da D. 10.3.19.2, si evince chiaramente il pensiero di Paolo in materia: egli criticava la posizione di Pomponio, favorevole alla concessione dell'azione divisoria, ritenendola *durius* perché l'*actio communi dividendo* nel campo delle servitù non

sussisteva¹²⁰: *quae enim communio iuris intellegi potest?* Ed essa non sussisteva per la semplice ragione che mancava completamente, in questo caso, un *quid commune*. Soccorreva, invece, l'*actio negotiorum gestorum*: per altre azioni non vi era spazio, neppure per l'azione divisoria in via utile.

Quanto ora affermato può risultare di aiuto nell'esegesi del paragrafo 4 dello stesso frammento 19, in quanto non sarebbe giustificabile un mutamento di opinione di Paolo all'interno della stessa opera. Gli indizi che fanno ritenere interpolato il passo a partire dal *quod cum accidit* sono molteplici e già individuati da cospicua dottrina¹²¹: «*consentaneum est*, che nelle fonti antegiustiniane si trova una sola volta (in Gai 3.170), e 12 volte nelle costituzioni giustiniane; l'espressione *arbitrium*

¹²⁰ Non condivido, al riguardo, l'analisi dell'E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 183, il quale colloca il *durius* nella subordinata invece che nella principale, arrivando a queste conclusioni: «in D. 10.3.19.2 l'azione divisoria non è negata soltanto da Paolo, ma anche - se ben si vede - da Pomponio. Pomponio dice che è troppo dura cosa (cioè contrario ai principi) concedere l'*actio communi dividundo* o l'*actio pro socio*». Sul punto, scrive, invece, il B. BIONDI, *La legittimazione* cit., 46: «ritengo che in questo testo siano stati i compilatori a trasformare l'ostacolo logico e giuridico per l'esercizio dell'azione divisoria in una ragione di opportunità e convenienza. ... il *durius* sia che si ritenga un'osservazione di Pomponio o di Paolo contrasta fortemente con la motivazione giuridica che segue (*quae enim* ...); il *durius* a mio avviso si appalesa intruso per questa ragione: dopo *durius* noi ci aspetteremmo un *debere* o simile; *posse* è una stonatura: il giurista direbbe è più gravoso poter agire con l'*actio communi dividundo*! Il testo classico io credo che dovesse dire così: *et in eam impensa facta sit, [durius] ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi non posse*».

¹²¹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Roma, 2000; W. KALB, *Das Iuristenlatein: Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, 1888, Nürnberg, 70; G. VON BESELER, *Beiträge* cit., 3, 105; P. KRUEGER - T. MOMMSEN, *Corpus iuris civilis*, 1, 1877, Lipsiae; S. RICCOBONO, *Dal diritto romano* cit., 228.

familiae erciscundae, che esiste in questo solo testo; la costruzione *in arbitrio (abl.!) familiae erciscundae venire*»¹²².

Ma oltre a questi rimaneggiamenti, è lo stesso caso descritto che ci indica tale passo come non idoneo a sostenere la tesi della concessione dell'*actio communi dividundo*: Labeone, Pomponio e Paolo si riferivano all'esercizio dell'azione divisoria al fine di dividere il fondo dominante e solo in vista della divisione discutevano se venisse in giudizio il regolamento della servitù. La chiusa del testo pare, invece, occuparsi della divisione della servitù in quanto tale, indipendentemente da quella del fondo, ma, come si è visto, essa è il risultato di un'interpolazione compilatoria.

Anche per quanto attiene a D. 43.20.4 l'interpolazione del periodo finale pare all'Albertario¹²³ di semplice prova se si pone mente a quanto detto in merito all'ipotesi di più usufruttuari: poiché nel testo che qui ci occupa i titolari di servitù prediali sono paragonati agli usufruttuari in merito alla concessione dell'azione divisoria, si deve concludere che, ammessa l'origine giustiniana della concessione stessa nei confronti dei secondi, la stessa ammissione si debba fare verso i titolari di servitù prediali.

Dal punto di vista formale è il *sed* che apre il periodo che desta più sospetti. Se il testo originario avesse davvero detto quanto oggi leggiamo (*sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile iudicium*), il *sed* avrebbe

¹²² Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico cit.*, 184.

¹²³ Così E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico cit.*, 184.

perso tutto il suo valore di congiunzione avversativa. Esso dovrebbe essere sostituito da un *et*.

Se, invece, il testo originario avesse solo detto, come ipotizzato dall'Albertario¹²⁴, *sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, utile communi dividundo iudicium <non> reddi plerisque placuit*, il *sed* sarebbe correttamente posizionato. E Giuliano ripropone nel libro 41 dei suoi Digesti in relazione alle servitù quanto egli aveva già illustrato nel libro 38 a proposito dell'usufrutto: in entrambe le ipotesi le parti potevano ricorrere a delle stipulazioni per regolare il reciproco modo di godimento (D. 7.1.13.3: ... *stipulatione inter se eos cavere qual iter fruuntur*; D. 43.20.4 : ... *si inter eos, quibus aqua cessa est ... convenit quemadmodum utantur*) e, in entrambe le ipotesi, l'azione divisoria era negata.

Più interessante è, però, a mio avviso, l'ipotesi ricostruttiva che il Biondi propone in merito al passo. Egli non esclude che nel diritto classico, per regolare i rapporti d'uso fra i titolari di servitù distinte ma costituite su uno stesso fondo, quali quelle di D. 10.3.19.2, si fosse fatto ricorso ad una speciale *actio utilis*, che per funzione e struttura nulla aveva a che vedere con l'*actio communi dividundo*¹²⁵. E tale sarebbe l'azione di cui parla Giuliano in D. 43.20.4. Essa non andrebbe identificata con l'azione divisoria per due ordini di motivi, uno sistematico, l'altro di sostanza: «Giuliano nel libro 41 si occupava di tutt'altro e quindi, parlando puramente e semplicemente di *utile iudicium*, non poteva con ciò riferirsi senz'altro all'*utile communi*

¹²⁴ Così . ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico* cit., 184.

¹²⁵ Si veda B. BIONDI, *La legittimazione* cit., 47 s.

dividundo iudicium. Più grave è la ragione di sostanza: non si saprebbe, infatti, come mai Paolo in D. 10.3.19.2 avrebbe potuto escludere in termini così recisi e con una motivazione così strettamente giuridica quell'*actio communi dividundo* che sarebbe stata introdotta da Giuliano»¹²⁶. La contraddizione apparente fra i due giuristi si supera ritenendo l'azione giuliana non divisoria, e che divisoria non fosse lo si evince dal fatto che essa non era diretta ad una divisione, bensì a regolare esclusivamente il *quemadmodum utantur* fra i diversi titolari di più servitù uguali gravanti sullo stesso fondo.

¹²⁶ Così B. BIONDI, *La legittimazione* cit., 48, che ritiene D. 43.20.4 oggetto di interpolazione additiva unicamente nella chiusa ove è contenuto il riferimento all'*utile communi dividundo iudicium*.

7. Superficiari.

Veniamo, infine, al caso di più superficiari. Nel frammento 7, dedicato alla legittimazione processuale nel *iudicium communi dividundo*, non è presente alcun riferimento ad esso. E tale silenzio è significativo. Mentre trova spazio la disciplina dell'*ager vectigalis*, perché trattasi di un rapporto sostanzialmente analogo alla proprietà, la *superficies* non viene in considerazione dato che era assimilata ad un rapporto di conduzione nel campo del diritto privato. Ulteriormente, il superficiario in diritto classico non era neppure possessore, quindi, non avendo una *iusta causa possidendi*, non poteva essere legittimato all'esercizio dell'azione divisoria.

A conclusione di quest'indagine possiamo affermare di essere pervenuti a tali risultati: è stato messo in luce che i giuristi classici nell'individuazione dei soggetti legittimati all'esercizio dell'azione divisoria avevano costantemente tenuto presente un modello fisso cui mettere a confronto le situazioni soggettive che di volta in volta richiedevano tutela e che tale modello si sostanziava nell'istituto della proprietà. La *communio* era, come si è detto, per i classici quel rapporto giuridico per cui una *res* spettava in proprietà a più persone¹²⁷: *res communis* era la *res* in comproprietà e *communis* tecnicamente qualificava esclusivamente le *res corporales*, tanto che i giuristi classici non utilizzavano mai l'espressione *ususfructus* o *usus communis*, bensì

¹²⁷ Cfr. C. MANENTI, *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle 'communes omnium'*, in *Filangieri*, XIX, 1894, 327 s.

concurrere nos in usu (D. 7.8.14.2) o *fructuarius in usu concurrat* (Paul. Sent. 3.6.25). Speculari al concetto di *communio* erano quelli di *divisio* e *adiudicatio*: l'azione divisoria poteva, infatti, svolgere la sua funzione solo se la divisione e l'aggiudicazione avessero ad oggetto *res corporales* sulle quali più titolari vantavano un diritto di proprietà. Sulla base di questo concetto si sviluppò in diritto classico la dottrina della legittimazione processuale e della sua estensione utile. Partendo dal *dominium*, la legittimazione fu estesa alla proprietà pretoria e alla *possessio* dell'*ager vectigalis*, ossia a rapporti modellati sul *dominium* stesso in cui vi era sempre una *res communis* e funzione dell'azione era sempre la divisione di una cosa corporale. Analogo *modus operandi* per l'estensione in via utile dell'azione: laddove vi era un *quid pluris* rispetto ad un mero rapporto di detenzione, l'azione utile veniva accordata. E così fu per coloro che avevano una *iusta causa possidendi* e per i creditori pignoratizi. Restavano, invece, esclusi i titolari di diritti reali quali l'usufrutto, l'uso e la superficie rispetto ai quali, per un giurista classico, applicare l'azione divisoria «doveva sembrare un vero assurdo: ... non si era in presenza di una *communio*, non si trattava affatto di dividere una *res*, ma di regolare i rapporti reciproci di uso fra i vari titolari di un diritto che non toccava la cosa; ed a questo fine appunto il pretore venne ad accordare uno speciale *iudicium* da non confondersi, come abbiamo visto, coll'*actio communi dividundo*»¹²⁸.

In diritto giustiniano, poi, queste distinzioni dogmatiche e processuali svanirono e tutti questi speciali *iudicia* confluirono nell'unica e

¹²⁸ Così B. BIONDI, *La legittimazione cit.*, 77.

polifunzionale *actio communi dividundo*. La regola ulpiana *corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus* venne allora trasformata da Giustiniano nella più generica ed onnicomprensiva *communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune ex quacumque causa est, ut id dividatur*.

Capitolo 3. Gli effetti dell'*adiudicatio* del *communi dividundo iudicium* verso i terzi titolari di diritti reali limitati sulla *res communis*

1. Efficacia pregiudiziale della sentenza e preclusione processuale.

Dopo aver analizzato il tema della legittimazione processuale in relazione all'*actio communi dividundo*, cambiamo prospettiva e consideriamo gli stessi soggetti titolari di diritti reali limitati non come parti potenziali di un giudizio divisorio, bensì come destinatari degli effetti dell'*adiudicatio* stabilita al termine di un processo fra comproprietari della *res communis* sulla quale detti titolari vantano tali diritti. Come ci spiega, infatti, il Gaudemet, «la liberté reconnue aux copropriétaires dans la gestion des biens communs leur permettait de constituer au profit de tiers des droits portant sur leur part. Jusqu'au partage, celle-ci n'étant pas limitée matériellement, le droit, consenti *pro parte*, grevait non pas telle partie mais l'intégralité du bien de façon partielle. Le partage, transformant le droit partiel sur le tout en un droit total sur une partie, allait-il modifier la situation des tiers, soit en remettant en question la validité de leur droit, soit en en limitant l'exercice à la partie du bien attribuée à leur auteur? Ainsi envisagé, le problème ne se pose pas seulement lorsque le bien est attribué à un autre (copropriétaire ou tiers) qu'à celui qui avait consenti un droit sur

sa part. Alors même que celui-ci en obtiendrait une fraction, on peut se demander si le droit du tiers sera limité à celle-ci»¹²⁹.

La questione attirò l'attenzione dei giureconsulti romani, sulle cui risposte ci soffermiamo analizzando un frammento del Digesto che pone in evidenza la diversa efficacia della sentenza di divisione verso i terzi, a seconda che si tratti di *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* o di processo formulare.

D. 33.2.31 (*Labeo 2 post. a Iav. epit.*): *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est*¹³⁰.

Dalla lettura del frammento si evince che ai tempi di Trebazio la sentenza di divisione del fondo comune aveva efficacia anche nei confronti dell'usufruttuario di una quota del fondo stesso che non aveva

¹²⁹ Così J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 407.

¹³⁰ A. PERNICE, *Marcus Antistio Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 1, Halle, 1873, 72, ritiene che le parole finali del testo (*quod-est*) siano un'aggiunta dei compilatori.

partecipato al processo. In particolare, a seguito della sentenza di divisione, l'usufrutto prima gravante su una quota indivisa avrebbe gravato solo sulla porzione materiale del fondo assegnata dal giudice al condomino rispetto a cui l'usufrutto era stato costituito.

L'opinione di Labeone, invece, che si riferisce al processo formulare, divergeva da quella di Trebazio, in quanto il giurista augusteo affermava che, anche dopo l'*adiudicatio*, l'usufrutto continuava a gravare su una quota *pro indiviso*, dal momento che la sentenza non poteva incidere sui diritti di chi non aveva preso parte al processo¹³¹. La difformità di pensiero fra i due sarebbe dovuta, quindi, al mutamento delle forme processuali: la sentenza della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, diversamente da quella formulare, si opponeva ai terzi, aveva cioè - per usare le parole del Marrone - «efficacia pregiudiziale illimitata»¹³², poiché il suo contenuto avrebbe vincolato il giudice di un successivo processo in cui fosse stata riproposta una questione già decisa con la prima sentenza.

Prima, però, di addentrarci nello studio specifico dell'efficacia della sentenza divisoria verso i terzi, è necessario porre alcune premesse generali, seguendo le indicazioni che il Marrone offre nel suo contributo sull'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano.

¹³¹ Scrive J. GAUDEMET, *Étude cit.*, 408, con riferimento all'opinione di Labeone: «l'usufruit continuerait à s'exercer pour moitié sur les deux parties du fonds, comme si celui ci n'avait pas été partagé. Le partage ne pouvant produire effet qu'entre les parties en cause, le droit de l'usufruitier ne devait pas être modifié à la suite d'un procès où il n'avait pas figuré».

¹³² Così M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 95.

Come detto, una sentenza aveva efficacia pregiudiziale se obbligava il giudice ad uniformarsi a quanto deciso in un precedente giudizio sulla stessa questione che veniva anche a lui sottoposta¹³³.

Sono chiaramente esigenze di economia processuale quelle che spingono un ordinamento a conferire tale efficacia ad una sentenza: se non sussistesse alcun vincolo per il secondo giudice ad uniformarsi a quanto deciso dal primo, la stessa questione potrebbe essere riproposta innumerevoli volte, frustrando la certezza del diritto e rendendo farraginoso il funzionamento della macchina giudiziaria. L'alternativa all'efficacia pregiudiziale della sentenza per evitare lo stesso inconveniente è vietare di giudicare su un rapporto sul quale si è già giudicato. E qui viene in rilievo la differenza fra efficacia pregiudiziale della sentenza e preclusione processuale: in quest'ultimo caso il dovere del secondo giudice non è indagare sul contenuto della prima

¹³³ Concetto che i moderni esprimono con l'espressione 'cosa giudicata in senso sostanziale' e che i tedeschi definiscono *materielle Rechtskraft*. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova, 1935, 624 parla di 'efficacia normativa'. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 5, preferisce utilizzare il concetto di 'efficacia pregiudiziale' perché più vicino al linguaggio delle fonti romane che discutono se, ad esempio, la *res inter alios iudicata aliis praeiudicet*. Egli continua ricordando la distinzione nella sentenza di un elemento logico e di uno volitivo: «il primo sarebbe costituito dall'accertamento del giudice sulla pretesa fatta valere, dal suo parere; l'elemento volitivo, conseguenza di quello logico, sarebbe il comando del giudice alle parti di fare quel che l'accertamento esige. Nelle questioni di efficacia pregiudiziale ha rilievo soltanto il primo di tali componenti, posto che soltanto l'accertamento di un giudice può obbligare un secondo giudice a conformarvisi. Invece, l'elemento volitivo dà luogo al procedimento di esecuzione, che, sebbene formalmente distinto da quello di cognizione, sostanzialmente ne è la continuazione e la conclusione logica. L'emanazione di una sentenza di condanna determina la costituzione di un obbligo a carico del soccombente (o di chi abbia garantito per lui); e, per la realizzazione di quest'obbligo, si instaura il procedimento esecutivo. Quindi, nonostante che il giudice dell'esecuzione sia vincolato dal contenuto della sentenza del giudice di cognizione, non si pone affatto una questione di efficacia pregiudiziale della sentenza».

pronuncia, uniformandosi ad esso, ma verificare la mera esistenza di una sentenza *de eadem re*, la quale impedisce che la questione decisa venga rimessa in discussione. La prima ipotesi concerne «un principio positivo, per cui il secondo giudice deve seguire la via tracciata dal primo; per converso, ove si vieti di giudicare su una questione già giudicata, si enuncia un principio negativo, che la dottrina ha qualificato ‘preclusione processuale’, ovvero ‘efficacia preclusiva del giudicato’, o anche ‘effetto esclusorio della sentenza’»¹³⁴.

È noto e pacifico che il diritto romano classico riconduceva alla sentenza (e, ancor prima, alla *litis contestatio*) l'effetto preclusivo, secondo il principio *bis de eadem re ne sit actio*, e che, nel processo formulare, la seconda azione era impedita *ipso iure*, qualora sussistessero i tre requisiti del *iudicium legitimum*, dell'*actio in personam* e della formula *in ius*, oppure *ope exceptionis* (tramite *l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*) nel caso mancasse anche una soltanto delle tre condizioni. Mentre, infatti, nel processo *per legis actiones* la sentenza esplicava efficacia pregiudiziale illimitata, nel sistema formulare la regola che si trae dall'esegesi delle fonti è opposta: normalmente, il contenuto della sentenza non vincolava il giudice di un secondo processo chiamato a pronunciarsi sulla questione già decisa e la pronuncia non aveva efficacia pregiudiziale neppure fra coloro che avessero partecipato alla lite. La massima *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, dalla quale si ricava *a contrario* l'efficacia

¹³⁴ Così M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale cit.*, 8.

pregiudiziale della sentenza fra le parti, non trovava applicazione nel processo formulare.

Gai 4. 106: *Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.* 107. *Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae.*

Il principio della preclusione processuale operava sia nel caso in cui prendessero parte ad una lite le stesse parti che avevano già partecipato al primo processo sia nell'ipotesi di controversia con soggetti terzi non intervenuti nel primo giudizio.

Ancora, come accennato, era sufficiente la *litis contestatio* ad impedire la ripetizione dell'azione *de eadem re*, irrilevante essendo l'emanazione o meno della sentenza, per cui, anche in assenza di pronuncia, se la lite fosse stata dedotta in giudizio, l'azione non sarebbe stata riproponibile¹³⁵.

¹³⁵ Come fa notare M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 193 s., l'ipotesi della mancata emanazione della sentenza era molto rara, «perché, anche se trascorsi inutilmente 18 mesi (se si trattava di *iudicia legitima*) ovvero l'anno di carica del magistrato (se si trattava di *iudicia imperio continentia*) il *iudex* perdeva il potere di

Normalmente, alla *litis contestatio* seguiva la sentenza attraverso la quale poteva talvolta accadere che il giudice decidesse non solo sul rapporto contestato, ma anche su un rapporto rispetto al quale non vi era stata in precedenza *litis contestatio*, in quanto la relativa pretesa non compariva nella formula. Anche in questo caso operava il principio della preclusione processuale, che impediva l'esercizio di una seconda azione con lo stesso oggetto della questione decisa ma non contestata poiché già sussisteva una precedente *res iudicata* sulla questione stessa. Pensiamo all'esempio del convenuto che, a seguito di una *rei vindicatio*, avesse restituito la cosa all'attore risultato *dominus* della stessa e poi avesse a sua volta agito contro lo stesso attore del giudizio precedente affermando di essere proprietario della cosa: è chiaro che sulla pretesa del nuovo attore (prima convenuto) non vi era stata precedentemente alcuna contestazione della lite, menzionando la formula unicamente la richiesta dell'attore (*si paret actoris esse ex iure Quiritium*); tuttavia, il giudice, pronunciandosi a favore dell'esistenza del diritto di proprietà dell'attore, aveva implicitamente negato l'esistenza di quello del convenuto, per cui, anche in ordine ad esso, si era creata una *res iudicata*. Il nuovo convenuto (prima attore) avrebbe, pertanto, vittoriosamente opposto l'*exceptio rei iudicatae*, in ossequio al principio della preclusione processuale. E a questo proposito emerge quella che, sulla scia del Keller¹³⁶, è stata definita come la doppia funzione

giudicare, le parti interessate potevano ottenere la nomina di un altro *iudex*, ferma restando la contestazione della lite».

¹³⁶ È infatti F. L. KELLER, *Über Litiskontestation und Urtheil nach klassischem römischem Recht*, Zurich, 1827, 221 ss., il fautore della teoria delle due funzioni

dell'*exceptio rei iudicatae*, una negativa, che avrebbe consentito l'attuazione del principio *bis de eadem re ne sit actio*, ed una positiva, per cui, attraverso l'*exceptio*, si sarebbe richiamato il contenuto di una precedente sentenza, che avrebbe, quindi, esplicito un'efficacia pregiudiziale. Tornando al nostro esempio, si è ritenuto che l'*exceptio* avesse valenza positiva in quanto avrebbe richiamato il contenuto della prima sentenza; funzione negativa avrebbe avuto, al contrario, se essa fosse stata opposta all'attore, soccombente nel primo giudizio, che avesse perseverato con una riproposizione dell'azione¹³⁷. Secondo l'opinione del Marrone, l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* avrebbe avuto, in diritto classico, funzione esclusivamente negativa, non operando il principio dell'efficacia pregiudiziale della sentenza. A suo avviso, le due clausole (*res iudicata* e *res in iudicium deducta*) svolgevano la stessa funzione: la seconda impediva la riproposizione

conferite all'*exceptio* in parola. Cfr. anche F. L. KELLER - A. WACH, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen*, Leipzig, 1883, 362.

¹³⁷ La tesi del Keller ha trovato consensi unanimi nella dottrina romanistica per alcuni decenni (cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1896, VI, 291, e per la letteratura in materia, E. KLEINSCHROD, *Über die prozessualische Consumption und die Rechtskraft des Civilurteils*, Leipzig, 1875, 216 ss.), finché non è stata contestata dal E. I. BEKKER, *Die prozessualische Consumption im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1853, 13 ss; ID., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1871, 349 s., il quale ha ricondotto tutte le ipotesi applicative dell'*exceptio rei iudicatae* al principio negativo della preclusione processuale della *litis contestatio* e della sentenza. Gli studiosi si sono allora divisi, continuando ad aderire alla teoria del Keller P. F. GIRARD - F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 1105 ss; R. SOHM - L. MITTEIS - L. WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, München und Leipzig, 1933, 716 ss.; *contra*, M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917, 33; E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, I, 1962, 124; E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 176, 1; ID., *Istituzioni cit.*, 1, 625; J. PARTSCH, *Aus nachgelessenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, 76.

giudiziale di una pretesa già contestata, mentre la prima evitava la ripetizione di un'azione su una questione decisa anche se non contestata. Pertanto, d'accordo col Lenel¹³⁸, ritiene che le due diverse parti dell'eccezione non costituiscano distinte ed autonome eccezioni, bensì un'unica *exceptio* (così come, del resto, era unica la clausola relativa nell'Editto pretorio) che poi, a seconda del caso concreto, veniva specificata attraverso l'inserimento nella formula dell'una o dell'altra parte¹³⁹.

¹³⁸ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum* cit., 506 ss.

¹³⁹ V. ora, M. MARRONE, *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae'*. Alle radici delle moderne dottrine sul giudicato, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 3 ss.: «Nessuno dubita più che l'editto pretorio contemplasse - e i giuristi classici conoscessero - non una *exceptio rei in iudicium deductae* e una *exceptio rei iudicatae* ma una sola *exceptio* con due diverse clausole: l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Si può discutere se di volta in volta nella formula si usasse inserire le due clausole o quella sola di esse pertinente al caso concreto, ma che si trattasse di una sola *exceptio* - ripeto - non si dubita più [cfr. H. ANKUM, *Deux problèmes relatifs à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, in 'MNHMH' G. A. Petropoulos, I, Athènes, 1984, 173ss]. Ebbene la clausola indicata dopo - che è la prima dal punto di vista dell'*iter* processuale - faceva riferimento al fatto che la *res*, l'affare, il rapporto del quale era in atto questione, fosse stato già contemplato in una formula (*iudicium*); in una formula, naturalmente, definita con *litis contestatio*. Di qui il dovere del giudice di assolvere il convenuto qualora la *res* - la stessa *res qua de agitur*, l'*eadem res*, quindi - fosse stata effettivamente *in iudicium deducta*. La clausola in questione pertanto prescindeva del tutto - e non poteva essere altrimenti - dall'esito del primo giudizio. La sua funzione era solo di richiamare il fatto in sé della preesistenza di altro *iudicium de eadem re*. Se così è - e nessuno potrà dubitarne - si deve necessariamente pensare che l'altra clausola, quella che faceva riferimento alla *res iudicata*, avesse funzione analoga, e facesse quindi obbligo al giudice di stabilire se *de eadem re* esistesse già una *res iudicata*: il giudice doveva cioè verificare se la precedente *res iudicata* fosse *de eadem re*, non accertare a quale delle parti essa fosse stata favorevole e assolvere il convenuto solo se favorevole al convenuto stesso. Credere diversamente (attribuendo in sostanza alla clausola della quale stiamo discorrendo il significato di una *exceptio rei secundum se iudicatae*, o *contra actorem iudicatae*) significherebbe credere che una

2. Efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* divisoria e limiti verso i terzi.

Ciò che qui interessa a noi analizzare sono, però, le eccezioni al principio della mancanza di efficacia pregiudiziale della sentenza formulare e, ancor di più, le conferme del principio stesso nell'ipotesi di effetti dell'*adiudicatio* verso i terzi. Secondo il Marrone, infatti, in materia di giudizi divisorii e in materia di *praeiudicia* vi sarebbe stato spazio per l'operatività degli effetti pregiudiziali della pronuncia del giudice. Concentriamo la nostra attenzione sui primi, rinviando, per un'analisi dei secondi, alla lettura delle pagine del Marrone¹⁴⁰.

Già sappiamo dell'effetto costitutivo dell'*adiudicatio* nei giudizi divisorii, fonte di proprietà e di altri diritti reali, per lo meno direttamente nei *iudicia legitima*¹⁴¹, come attestato in Tit. Ulp. 19.16 e in Vat. Fragm. 47a¹⁴². Abbiamo anche avuto modo di constatare come la sentenza, nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, aveva efficacia assoluta,

stessa *exceptio*, l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, assumesse, o sia stata dai giuristi piegata ad assumere, funzioni affatto eterogenee. Una conclusione, questa, della quale non riesco a persuadermi».

¹⁴⁰ Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 365 ss., il quale sostiene che gli effetti del giudicato in questa materia erano più limitati dei giudizi divisorii, poiché il contenuto della sentenza dei *praeiudicia* vincolava esclusivamente il giudice del processo in cui la questione incidentale oggetto del *praeiudicium* era stata sollevata, eppure lo vincolava, esplicando una limitata efficacia pregiudiziale.

¹⁴¹ Mezzo che attribuisce un possesso *ad usucapionem*, invece, nei *iudicia imperio continentia* e in caso di giudizio svoltosi tra soggetti non legittimati all'azione divisoria.

¹⁴² V. *supra*, p. 6 s.

essendo opponibile ad ogni terzo; diversamente la sentenza formulare, rispetto alla quale la giurisprudenza classica cercò di limitare gli effetti dell'*adiudicatio* verso i terzi, sostenendo che l'usufrutto¹⁴³ che prima della divisione gravava sulla stessa quota indivisa che spettava in comproprietà al nudo proprietario continuasse a gravare sulla stessa quota anche a seguito della divisione, e non sulla porzione materiale assegnata al condomino rispetto al quale era stato costituito l'usufrutto. Come scrive il Marrone, «l'*adiudicatio*, in tal modo, ebbe efficacia pregiudiziale, oltre che tra le parti, verso i terzi che non vantavano alcun diritto sulla cosa, la quale aveva formato oggetto del giudizio divisorio»¹⁴⁴.

Troviamo testimonianza dei limiti all'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* verso i terzi anche in altre fonti classiche.

Ne costituisce un primo esempio il seguente frammento del Digesto, relativo agli effetti dell'*adiudicatio* nei confronti del vero titolare della *res* rimasto estraneo al *iudicium communi dividundo*:

D. 41.3.17 (Marc. 17 dig.): *Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum.*¹⁴⁵

¹⁴³ Cfr. p. 91.

¹⁴⁴ Così M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 354.

¹⁴⁵ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Sistema* cit., 262. Le parole *longo tempore* sono espunte anche dal J. GAUDEMET, *Étude* cit., 402.

In esso viene attestato che l'aggiudicatario, non legittimato all'*actio communi dividundo*, non diveniva proprietario, bensì solo possessore *ad usucapionem* del fondo assegnatogli. Ciò significa che il vero legittimato, prima del decorso del tempo utile al compimento dell'usucapione, non avrebbe perso il suo diritto.

Il Marrone sostiene che anche nei confronti del creditore pignoratizio di una quota indivisa della cosa comune veniva esclusa l'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* e ne trarrebbe conferma dalla fattispecie riportata in D. 20.6.7.4:

D. 20.6.7.4 (Gai. l. S. ad form. hypoth.): *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.*¹⁴⁶

A ben guardare, mi pare, però, che Gaio facesse qui riferimento ad una divisione convenzionale e non ad un giudizio divisorio, per cui di effetti dell'*adiudicatio*, a rigore, non si può discutere.

Analizziamo, tuttavia, l'ipotesi nel testo considerata, in quanto, sostanzialmente replica quanto affermato da Labeone in D. 33.2.31 con riferimento all'usufrutto. Si tratta di un pegno costituito *pro parte* da uno dei due condomini sulla cosa comune. Prima della divisione, il

¹⁴⁶ Il testo viene considerato dai più come una parafrasi: cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, ed. curata da G. Broggin, 1969, Wien; genera sospetti di interpolazione l'uso del termine *hypotheca*, considerato lontano dal linguaggio classico.

diritto di pegno, esattamente come il diritto del debitore sulla *res communis*, non era delimitato materialmente sul terreno, ma «s'étend au fonds tout entier. Le partage, cantonnant le droit du débiteur sur une fraction du bien, on aurait pu admettre que seule celle-ci serait grevée»¹⁴⁷. La soluzione che Gaio dava era, quindi, conforme a quella che aveva espresso Labeone: il diritto di pegno avrebbe continuato a sussistere su entrambe le porzioni materiali, che rimanevano obbligate *pro parte dimidia*.

Tale soluzione, da attribuirsi, secondo alcuni Autori, ad una glossa posteriore¹⁴⁸, viene considerata, ciò nonostante, come conforme alla dottrina classica dal Gaudemet: «elle est à la base de plusieurs décisions, qu'il serait impossible d'interpréter sans elle»¹⁴⁹. Vediamo, allora, quali sono questi altri passi:

D. 10.3.6.8 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo iudicio, sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem aestimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.*

¹⁴⁷ Così J. GAUDEMET, *Étude cit.*, 408.

¹⁴⁸ Cfr. F. EBRARD, *Die Digestenfragmente 'ad formulam hypothecariam' und die Hypothekarezeption*, Leipzig, 1917, 112.

¹⁴⁹ Così J. GAUDEMET, *Étude cit.*, 409.

D. 20.4.3.2 (Pap. 11 resp.): *Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potioem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.*

Nel primo, Ulpiano, dichiarando che il diritto di pegno continuava a gravare su ogni singola parte dopo la divisione rimanendo integro, ricordava l'opinione di Giuliano per cui il giudice del giudizio divisorio avrebbe dovuto tener conto della diminuzione di valore di ciascuna di esse, poiché i condomini-non debitori avrebbero potuto vedere il loro nuovo diritto di proprietà sulla porzione materiale della cosa minacciato dal creditore pignoratizio, potendo costui vendere la cosa a seguito dell'inadempimento del debitore. Per porre rimedio a questa minaccia i condomini avrebbero potuto convenire, ognuno per la propria parte, che il debitore sarebbe stato tenuto ad adempiere il suo debito, al fine di liberare i comunisti. Nel testo di Papiniano si ipotizza, infatti, la conclusione di una simile pattuizione fra due fratelli che, dopo aver diviso il fondo comune, convenivano che, se un fratello non avesse liberato dal suo creditore la porzione del fondo data in pegno prima della divisione, l'altro avrebbe venduto la metà della parte di fondo da quello acquistata con la divisione.

3. L'interpretazione di D. 20.1.16.5 secondo il Marrone.

Veniamo ora ad una fattispecie discussa, che sempre con l'effetto costitutivo dell'*adiudicatio* il Marrone crede si possa spiegare.

D. 20.1.16.5 (Marc. lib. S. ad form. hypoth.): *Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae <vel in iudicium deductae>*¹⁵⁰, replicet: 'si secundum me iudicatum [non]¹⁵¹ est'.

Nel frammento, estrapolato dal *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano, il giurista severiano si chiedeva in che

¹⁵⁰ Cfr. H. G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907, per cui la *replicatio* nella formula sarebbe stata espressa in forma positiva.

¹⁵¹ Come scrive M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 356 s., «il testo di Marciano è stato coinvolto nella nota questione relativa alla classicità della parola *hypotheca*. La tesi dell'interpolazione giustiniana del termine in tutti i testi classici venne sostenuta dal M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala, 1910, e modificata dall' F. EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit., 135, il quale attribuì prevalentemente ai postclassici l'introduzione della nuova terminologia (cfr., fra gli ultimi, F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, 203). Conseguentemente M. FEHR, *Beiträge* cit., 105 riferiva il nostro testo alla *fiducia*; F. EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit., 136, lo giudicava di fattura bizantina. Ma questa tesi radicale non è stata accolta dalla maggior parte dei romanisti, i quali, pur ammettendo che la voce *hypotheca* si trovi spesso interpolata nei testi classici, ne riconoscono la genuinità almeno nelle opere di Gaio e Marciano *ad formulam hypothecariam*: i maestri postclassici e, a maggior ragione, i compilatori di Giustiniano non si sarebbero limitati a sostituire nel titolo delle opere ricordate *hypothecariam* al termine originario (*servianam, quasi servianam, pigneraticiam*); essi avrebbero avuto un motivo ben più grave di eliminare pure qualsiasi riferimento al sistema formulare».

modo il creditore potesse ottenere il possesso della cosa ipotecata aggiudicatagli per sentenza: certamente non poteva rivendicarne il *dominium*, non vantando il creditore pignoratizio alcun diritto di proprietà sulla *res*. Poteva, però, ricorrere all'*actio hypothecaria*, e, qualora il possessore gli avesse opposto l'*exceptio rei iudicatae*, Marciano avrebbe accordato al creditore stesso la *replicatio rei secundum se iudicatae*.

I fautori della teoria delle due funzioni dell'*exceptio rei iudicatae* hanno ritenuto di leggere in questo testo un sostegno alla loro tesi: la *replicatio si secundum me iudicatum est* avrebbe, infatti, avuto valenza positiva, obbligando il giudice a richiamare il contenuto della precedente sentenza, attenendosi a quanto in essa stabilito. I critici di questa teoria hanno semplicemente sottolineato che nel caso di specie si tratta solo di una *replicatio* e non di un'*exceptio*¹⁵². Pare tuttavia innegabile che tale *replicatio* potesse svolgere la funzione di vincolare il giudice a quanto stabilito in precedenza.

È interessante, quindi, ripercorrere sinteticamente le diverse ipotesi ricostruttive che sono state proposte dalla dottrina romanistica sulla fattispecie contemplata in D. 20.1.16.5 ed utilizzare, a tal fine, le efficaci schematizzazioni create dal Marrone¹⁵³, anticipando che trattasi di otto tentativi di interpretazione che, a dire dell'Autore, sarebbero tutti

¹⁵² Cfr., sul punto, E. I. BEKKER, *Die prozessualische Consumption* cit., 137; E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato* cit., 177. Il O. GRADENWITZ, *Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumption*, in *Aus röm. und bürgerl. Recht. E. I. Bekker*, 1907, 407 s., ritiene che nel passo in esame la *replicatio* abbia esclusivamente la funzione di azzerare l'efficacia dell'*exceptio rei iudicatae*, senza costituire, inoltre, il fondamento dell'azione, dato che l'attore ancora avrebbe dovuto dimostrare la sua pretesa.

¹⁵³ Così M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 358 nt. 696.

insostenibili «non solo per il contrasto con che rivelano con la lettera del testo, ma anche per la loro inconciliabilità con i principi fondamentali del diritto romano di tutte le epoche»¹⁵⁴.

Questa la tesi formulata dal Ribentropp¹⁵⁵: A (creditore pignoratorio) agisce con l'*actio hypothecaria* contro B (possessore), il quale viene condannato alla *litis aestimatio*: B non paga. A, invece di agire con l'*actio iudicati*, preferisce ripetere l'*actio hypothecaria*.

Il Bekker¹⁵⁶ ritiene che il primo processo abbia avuto luogo nella forma di un'*actio in rem per sponsionem*, per cui non avrebbe trovato applicazione il principio della preclusione processuale e il creditore avrebbe potuto agire con l'*actio hypothecaria*.

Secondo il Krueger¹⁵⁷ A agisce con l'*actio hypothecaria* contro B e vince; B viene condannato alla *litis aestimatio*, ma non solo non adempie, ma aliena la cosa ipotecata. A agisce allora contro il terzo possessore, il quale oppone l'*exceptio rei iudicatae*, in virtù del rapporto di successione particolare sussistente tra lui e l'alienante. Ad A è concessa la *replicatio*.

Quarta ricostruzione è quella del Dernburg¹⁵⁸: A agisce vittoriosamente con l'*actio hypothecaria* contro B, che promette la restituzione, ma non esegue. Nel frattempo scade il termine assegnato al giudice per emettere la sentenza: non potendo aver luogo la condanna pecuniaria

¹⁵⁴ V. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 357.

¹⁵⁵ Citato da F. L. KELLER, *Über Litiskontestation* cit., 597 ss.

¹⁵⁶ E. I. BEKKER, *Die Aktionen* cit., 268.

¹⁵⁷ P. KRUEGER, *Consumption* cit., 123 ss.

¹⁵⁸ H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2, Leipzig, 1864, 313 s.

né l'esecuzione forzosa del *iussum de restituendo*, il creditore pignoratizio ripropone l'*actio hypothecaria*.

Articolata l'interpretazione del Cogliolo¹⁵⁹: la cosa ipotecata si trova presso un terzo ed il creditore pignoratizio agisce esclusivamente perché venga accertato il suo diritto; scaduto il debito, agisce con l'*actio hypothecaria* per la restituzione. Due le ipotesi possibili: l'*exceptio rei iudicatae*, pur non essendo opponibile, viene comunque eccepita dal convenuto e all'attore è data la *replicatio*; oppure, l'attore non invoca dapprima la sentenza che ha già dichiarato la fondatezza del suo diritto, ma, vistasi opporre l'*exceptio rei iudicatae*, replica *de re secundum se iudicata*.

Il Leonhard¹⁶⁰ ipotizza che il creditore pignoratizio, credendosi condomino, eserciti l'*actio communi dividundo* e gli venga aggiudicata una parte della cosa. La sentenza è nulla. In seguito, lo stesso creditore pignoratizio, conscio dell'errore, agisce con l'*actio hypothecaria*.

La penultima tesi è quella che si legge già nella Glossa: il creditore pignoratizio esercita vittoriosamente l'*actio hypothecaria* e il convenuto restituisce la cosa. Tuttavia, in seguito ne perde il possesso a favore del debitore. Quale mezzo avrà allora a sua tutela il creditore per recuperare la cosa? L'*actio hypothecaria* e all'*exceptio rei iudicatae* del debitore-possessore il creditore risponderà con la *replicatio*.

¹⁵⁹ P. COGLIOLO, *Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano, con accenni al diritto intermedio*, Torino, 1883, 131 ss.

¹⁶⁰ R. LEONHARD, *Die Replik des Prozessgewinns ('replica rei secundum me iudicatae')*, ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der 'exceptio rei iudicatae', in Festgabe für F. Dahn, Breslau, 1906, 96 ss.

Infine, l'esegesi del Bartolo¹⁶¹: il creditore pignoratizio esercita l'*actio hypothecaria*, ma il convenuto, non essendo possessore, viene assolto. Dopo la sentenza acquista il possesso e Marciano concede al creditore l'*actio hypothecaria* per ottenere la cosa, nonché la successiva *replicatio* da opporre all'*exceptio*.

Prendendo in considerazione solo le ultime due ipotesi, si deve ammettere che esse siano di facile confutazione: è lampante, infatti, che nel testo di D. 20.1.16.5 manchi qualunque riferimento all'acquisto o alla perdita del possesso e pare parecchio improbabile che Marciano avesse sottaciuto un aspetto così determinante per la comprensione della fattispecie.

Approdiamo, quindi, all'analisi del Marrone, il quale ritiene che il fulcro del frammento, utile ad indirizzare l'interprete verso la via più confacente alla ricerca del testo originario, sia rappresentato dalle parole *hypothecam sibi per sententiam adiudicatam*. A suo avviso, sono criticabili le interpretazioni degli Autori ora menzionati, i quali, ad eccezione del Leonhard, vedono in tale locuzione un'allusione alla pronuncia del giudice di un'*actio hypothecaria* circa la fondatezza della pretesa dell'attore. Al contrario, egli ricorda che il termine *adiudicatio* si incontra nelle opere della giurisprudenza classica¹⁶² e nel Codice giustiniano¹⁶³ nel significato tecnico di *pars formulae* o di pronuncia

¹⁶¹ Ad. h. 1.; cfr. W. ENDEMANN, *Das Prinzip der Rechtskraft: eine zivilistische Abhandlung*, Heidelberg, 1860, 77; A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt*, 1, Braunschweig, 1866, 165.

¹⁶² Cfr. il *Vocabularium jurisprudentiae romanae* e il *Suppl.* del Levy, s.v. *adiudicatio*.

¹⁶³ Cfr. il *Vocabularium jurisprudentiae romanae* del Mayr. Nel Codice Teodosiano e nelle Novelle post-teodosiane la voce *adiudicatio* non ricorre mai.

del giudice, sempre in materia di giudizi divisorii, e che lo stesso significato tecnico assumeva prevalentemente anche il verbo *adiudicare*. Il termine lo si trova poi al di fuori del sistema formulare, per indicare un'attività giudiziale in materia fiscale¹⁶⁴, criminale¹⁶⁵ o comunque *extra ordinem*¹⁶⁶. *Adiudicari* appare, infine¹⁶⁷, in un altro testo di Marciano:

D. 20.4.12 pr. (Marc. lib. S. ad form. hypoth.): *Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est 'si non mihi ante pignori hypothecae nomine sit res obligata': sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria 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 ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.*

In questo passo Marciano considerava diverse ipotesi di ipoteche successivamente costituite sulla medesima *res*, risolvendo le possibili

¹⁶⁴ Cfr. D. 21.2.63.1; D. 26.7.47.5; D. 49.14.39 pr.; D. 34.9.16.2; C. Th. 4.6.2; C. Th. 10.17.1; C. Th. 15.1.4; C. J. 10.3.5.1.

¹⁶⁵ Cfr. C. Th. 9.17.1; C. Th. 9.40.8; C. Th. 10.7.2.

¹⁶⁶ Cfr. Paul. Sent. 2.21a.17; D. 33.1.21.3.

¹⁶⁷ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 360 nt. 706, precisa che, in realtà, «*adiudicare*, riferito alla pronunzia del giudice di un'*actio aquae pluviae arcendae*, si legge anche in D. 39.3.24.2, di Alfeno [*Sed et si fossas fecisset, ex quibus aqua pluvia posset nocere, arbitrum, si appareat futurum, ut aqua pluvia noceret, cogere oportere fossas eum explere et, nisi faceret, condemnare, tametsi antequam adiudicaret, aqua per fossas nunquam fluxisset.*]. Ma gli editori moderni (Mommsen; ediz. ital.; v. anche il *Vocab. jurispr. rom.*, s. v. *adiudicare*) correggono *adiudicaret* in *iudicaret* (oppure in *de ea re iudicaret*)». V. ARANGIO-RUIZ, *Studi* cit., 36, 2, ritiene che l'intera frase *tametsi - fluxisset* sia interpolata.

controversie che avrebbero potuto sorgere tra creditori pignorati con l'applicazione del principio *prior tempore potior iure*. Innanzitutto distingueva il caso del creditore di primo grado che possedeva la *res* ipotecata da quello in cui essa fosse posseduta da un creditore successivo: nella prima ipotesi, il *prior creditor*, convenuto con l'azione ipotecaria dal creditore posteriore, avrebbe opposto l'*exceptio rei sibi ante pigneratae*; nella seconda, il *prior creditor* avrebbe agito con l'azione ipotecaria e, di fronte all'eccezione *si non convenit, ut sibi res sit obligata* del creditore posteriore, avrebbe replicato che la sua costituzione di ipoteca sulla *res* era anteriore rispetto a quella del convenuto. Ma se il secondo creditore avesse agito, sempre con l'azione ipotecaria, contro un altro possessore (fosse egli un terzo creditore, un possessore che aveva sottratto la *res* al debitore-*dominus* o il debitore-*dominus* stesso), bene avrebbe agito, poiché nessuna eccezione gli si sarebbe potuta opporre, e *adiudicari ei poterit hypotheca*. Tuttavia, il primo creditore, agendo contro il secondo, gli avrebbe sottratto la cosa. Pur comparando il riferimento alla pronuncia del giudice di un'*actio hypothecaria*, il Marrone ritiene tutto il testo, e in particolare il tratto in cui si legge *adiudicari*, molto sospetto: «l'ultimo periodo (*sed si -*), dove si aggiunge un'ipotesi, la cui soluzione è troppo evidente, sembra proprio di origine glossematica. In ogni caso, tenendo presente la natura elementare dell'opera di Marciano, si potrebbe ammettere che il giurista avesse scritto fino ad *aget*: tutta la frase *et adiudicari - rem* è assolutamente superflua»¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Così M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 361 nt. 707. Nello stesso senso, v. G. VON BESELER, *Beiträge* cit., 141. *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Studi* cit., 36. Il Marrone

Tornando a D. 20.1.16.5, il Marrone, pur essendo convinto che ad *adiudicatam* si debba attribuire il suo significato tecnico, ammette che, accompagnandosi tale termine alla parola *hypothecam*, si debba preventivamente accertare se una *hypotheca* potesse, o meno, formare oggetto di *adiudicatio* in un giudizio divisorio¹⁶⁹.

Quanto al pegno (*datio pignoris*) la risposta è affermativa, trovandosene conferma, in D. 10.2.29 e nel già noto D. 10.3.7.6:

D. 10.2.29 (Paul. 23 *ad ed.*): *Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae iudicium venire: sed is cui adiudicabitur in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus nec cavere debet coheredi indemnem eum fore adversus 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 sit. Contra quoque si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus sit. sed huius rei ratio habebitur, quia quod creditor egit,*

ritiene che l'uso del termine *adiudicari* nel senso che gli viene attribuito in D. 20.4.12 pr. sarebbe stato ben attribuibile ad un postclassico, in un'epoca in cui *adiudicare* era utilizzato nel significato di 'assegnare' da parte di un funzionario giudicante *extra ordinem*.

¹⁶⁹ Sui rapporti fra azioni divisorie e pegno, v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte* cit., 56 ss.; J. GAUDEMET, *Étude* cit., 179 ss.

*pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori*¹⁷⁰.

D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari.*

In quest'ultimo passo veniva ammessa, come sappiamo, la legittimazione di più creditori pignorati all'esercizio dell'azione divisoria in via utile, mentre nel primo Paolo scriveva che la cosa data in pegno al *de cuius* rientrante tra i beni ereditari doveva essere aggiudicata, dall'*arbiter* del *iudicium familiae erciscundae*, ad un solo coerede.

Si ricorderà poi, come attestato in D. 20.6.7.4¹⁷¹, che, nell'ipotesi in cui un condomino avesse dato in pegno o ipotecato la sua quota, il successivo esercizio dell'*actio communi dividundo* tra i condomini non avrebbe avuto effetti sul diritto del creditore pignoratizio, in quanto esso, immutato, avrebbe continuato a gravare sulla quota ideale della cosa. In questo modo, «il condomino della quota libera anche dopo la divisione giudiziale sarebbe rimasto, in tal modo, esposto alla minaccia di un'espropriazione parziale. Che nelle *adiudicationes* il giudice dovesse tener conto del fatto che la quota d'un contitolare era gravata da pegno o ipoteca, non costituiva certo un rimedio efficace di fronte ai fastidi, cui poteva andar incontro il condomino della quota libera»¹⁷².

¹⁷⁰ Il testo è stato riferito spesso alla *fiducia*, ma, secondo il Marrone, senza fondamento sufficiente: cfr. *Index itp.*

¹⁷¹ V. *supra*, p. 99.

¹⁷² Così M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale cit.*, 362.

Stando così le cose, secondo il Marrone, si permise, nell'ultima età classica, anche al creditore pignoratizio di partecipare al giudizio divisorio. Lo confermerebbero D. 10.3.7.13 e *Imp. Alexander C. 3.37.2.1* (a. 222):

D. 10.3.7.13 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Si debitor communis praedii partem pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor eius aut ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit et debitor eius cui res fuit adiudicata velit partem suam praedii recipere soluto eo quod ipse debuit: eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recipere, quam creditor per adiudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividendo iudicio provocatus fueris aliaque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aequè, pretium ut restituat, ex empto tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur.*

Imp. Alexander C. 3.37.2.1 (a. 222): *Idem praeses provinciae de divisione vinearum inter te et creditorem fratris tui cognoscat et iubeat eum accepta pecunia, quanti statuerit partem fratris tui valere, eam partem quam de fratre tuo accepit tibi restituere aut aestimata tua parte ad creditorem fratris tui data pecunia quanti aestimaverit eam transferre. <a 222 pp. ii id. sept. alexandro a. cons.>*

In realtà si è supposto che entrambi i testi si riferissero all'istituto della *fiducia*¹⁷³, ma la cosa non pare turbare il Marrone, che, pur ammettendo ciò come astrattamente possibile per il primo di essi, ritiene che lo stesso non potesse valere per il secondo, in cui era rappresentato un caso giudiziario di competenza del *praeses provinciae*, per cui non pare verosimile che la *fiducia cum creditore* trovasse applicazione nelle province ancora ai tempi di Alessandro Severo.

Posto che, quindi, ad un *iudicium communi dividundo* poteva partecipare il creditore pignoratizio di una quota di un fondo indiviso, altrettanto si sarebbe dovuto ritenere per il creditore ipotecario, in virtù del legame che accomunava pegno e ipoteca, essendo noto che i giuristi romani erano soliti accostare più che distinguere i due istituti¹⁷⁴. Si aggiunga che, analogamente al caso del pegno, anche nell'ipotesi di ipoteca essa, una volta diviso il fondo, avrebbe continuato a gravare su una quota ideale, ossia su tutte le porzioni divise aggiudicate ai diversi condomini. Considerato ciò, l'opinione del Marrone è che il creditore ipotecario venne ammesso a partecipare al giudizio divisorio assieme agli altri comunisti e che il giudice, operata la divisione della cosa comune, aggiudicava una porzione materiale al debitore in proprietà e al creditore in ipoteca.

Tutto ciò premesso, il Marrone così ricostruisce la fattispecie di D. 20.1.16.5: egli ipotizza lo svolgimento di un giudizio divisorio all'esito

¹⁷³ V. B. BIONDI, *La legittimazione processuale* cit., 427 ss.; J. GAUDEMET, *Étude* cit., 112 e 244.

¹⁷⁴ V. M. FEHR, *Beiträge* cit., 112 ss., secondo il quale talvolta l'espressione *datio pignoris* pare sia stata utilizzata nel significato di *conventio pignoris*.

del quale al comproprietario-debitore fosse stata aggiudicata la proprietà di una parte della *res* e al creditore pignoratizio, intervenuto nel processo, l'ipoteca sulla parte stessa, in sostituzione dell'ipoteca originaria sulla quota indivisa (senza, peraltro, ottenere il possesso materiale secondo le regole della *conventio pignoris*). Verificatosi l'inadempimento da parte del debitore, ci si chiedeva che mezzo di tutela avesse il creditore al fine di acquistare il possesso della *res*. Quanto mai calzante sarebbe l'avvertimento *nam dominium eius vindicare non potest* in quanto normalmente dall'*adiudicatio* sorgeva un diritto di proprietà. L'ormai nota risposta di Marciano è che egli poteva agire con l'*actio hypothecaria*, superando l'eventuale *exceptio rei iudicatae* con la *replicatio rei secundum se iudicatae*.

In questo caso l'eccezione sarebbe stata fondata, poiché la pretesa dell'attore era già stata dedotta nel giudizio divisorio. Tuttavia, il risultato era chiaramente iniquo, per cui la giurisprudenza concesse di opporre all'eccezione una *replicatio*¹⁷⁵, che trovava il suo fondamento nell'*adiudicatio*.

¹⁷⁵ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 364, fa notare che «tra i testi classici non mancano altri esempi di fattispecie, in cui la preclusione processuale viene sacrificata per motivi di equità, e ciò per mezzo di una *replicatio doli* (C.J. 3.1.2) o per mezzo di una *restitutio in integrum*: D. 44.2.2; D. 44.7.15; D. 3.3.46.3; Gai 4.53. Sono, invece, interpolati: D. 4.3.25; D. 26.7.46.5; D. 27.10.7.2: le azioni *in personam* si consumavano *ipso iure*: l'*exceptio rei iudicatae*, che si trova nei testi citati, era superflua».

4. Confutazione dell'interpretazione di D. 20.1.16.5.

A mio avviso la tesi del Marrone¹⁷⁶ non è così persuasiva. Non credo, in particolare, che l'espressione *hypothecam sibi per sententiam adiudicatam* alludesse all'*adiudicatio* di un giudizio divisorio. Credo, piuttosto, che l'*adiudicatio* assumesse qui una valenza atecnica, che esulava dal campo delle pronunce dei *communi dividunda iudicia* per ricevere, invece, una contestualizzazione diversa, sicuramente 'anomala' (dal momento che la locuzione *hypothecam adiudicare* compare esclusivamente due volte in tutto il Digesto ed, entrambe le volte, sempre nel *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano), ma che proprio in virtù di questa anomalia sia da considerarsi estranea alla normalità dei casi in cui l'*adiudicatio* veniva menzionata, ossia in relazione ai giudizi divisorii.

A ben guardare, lo stesso Marrone, nel formulare la sua ipotesi, attribuisce un'efficacia atipica all'*adiudicatio* verso i terzi. Come lui stesso riconosce trattando dei limiti all'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* verso i terzi, tale efficacia, nelle fonti classiche, veniva esclusa per il creditore pignoratizio di una quota indivisa: nel giudizio divisorio di una *res communis* in relazione alla quale un condomino avesse costituito pegno o ipoteca per la quota di sua spettanza, sappiamo che il principio affermato dai giuristi classici voleva che il diritto del creditore, insensibile alle statuizioni che incidavano sul

¹⁷⁶ Alla quale aderisce anche il Papa in un suo saggio in tema di *replicatio* e *giudicato*: Cfr. G. PAPA, *Replicatio e giudicato*, in *Labeo*, XLII, 1996, 429 ss.

diritto del debitore-comunista, continuasse ad esercitarsi, anche a seguito della divisione, sempre sulla quota ideale della cosa. L'*adiudicatio*, cioè, non toccava il diritto di garanzia del creditore pignoratizio: potremmo, anzi, dire che a costui veniva riconosciuto un certo *favor*, permettendogli di rimanere estraneo alla vicenda processuale in cui il suo debitore veniva coinvolto. Nella ricostruzione della fattispecie contenuta in D. 20.1.16.5 l'Autore giunge, però, a delle conclusioni che si pongono in netto contrasto con il principio ora citato. Già su fragili basi sembra poggiare la sua congettura sulla partecipazione del creditore pignoratizio al giudizio divisorio instaurato fra condomini (un frammento, D. 10.3.7.13 che la dottrina ritiene interpolato perché da riferirsi all'istituto della *fiducia* e una costituzione che si riferisce ad un caso giudiziario svoltosi nelle province); si aggiunga che la sua ipotesi stride totalmente con il sistema di inconvenienti (che sarebbero potuti derivare ai condomini-non debitori dopo la divisione) e di relativi rimedi che abbiamo visto essere stato congegnato dalla giurisprudenza classica. Per tali motivi a me pare un'iniziativa arbitraria del Marrone quella di concepire l'espedito, contrastante con quanto attestato nelle fonti, dell'aggiudicazione della proprietà della parte materiale al condomino-debitore e dell'ipoteca sulla stessa al creditore.

Sostenendo ciò, è evidente che egli contraddice *in toto* la stessa premessa da cui la sua analisi aveva preso le mosse, ossia l'esclusione dell'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* verso i terzi.

Per queste ragioni io credo non sia convincente la tesi del Marrone e che costituisca, invece, un'ottima spia del fatto che l'espressione

hypothecam adiudicatam di D. 20.1.16.5 non vada collegata ad un giudizio divisorio proprio l'altro frammento, sempre estrapolato dal *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano, in cui essa viene riproposta dal giurista severiano e sulla cui esegesi ci siamo già soffermati¹⁷⁷.

D. 20.4.12 pr. (Marc. lib. S. ad form. hypoth.): *Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est 'si non mihi ante pignori hypothecaevae nomine sit res obligata': sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria 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 ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.*

D'accordo con l'Arangio-Ruiz, secondo il quale l'uso irregolare di *hypothecam adiudicatam* sarebbe proprio di Marciano¹⁷⁸, credo si debba dare all'espressione che in D. 20.1.16.5 compare lo stesso significato che ad essa è attribuito in D. 20.4.12 pr., con il quale è palese che i giudizi divisorii nulla abbiano a che fare, fermo restando che la fattispecie originaria del passo controverso continuerà a rimanere oscura.

¹⁷⁷ V. *supra*, p. 108.

¹⁷⁸ V. p. 18.

5. Considerazioni conclusive.

Giunti al termine di questo capitolo, in cui sono state analizzate le fonti riguardanti i limiti all'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio*, possiamo concludere che esse ci spingono verso un'unica direzione: esprimendosi, infatti, tutte in maniera concorde, ci permettono di determinare quale fosse il carattere della sentenza divisoria rispetto ai terzi. Superati i tempi di Trebazio e della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, si impose la regola, dominante per tutta l'epoca classica, secondo la quale la divisione (fosse essa giudiziaria, tramite *adiudicatio*, o convenzionale) non poteva pregiudicare i diritti dei terzi, titolari di diritti reali limitati, rimasti estranei al processo svoltosi fra condomini. Essa fu interpretata nella maniera più restrittiva possibile, poiché imponeva non solo che i diritti di costoro non venissero da essa compromessi, ma anche che lo stesso assetto sul quale essi si esercitavano rimanesse immutato. Questa analogia di tutela che la giurisprudenza classica dette ai terzi, sia nel caso che la divisione fosse avvenuta a seguito di accordo fra i comunisti sia nell'ipotesi che si fosse verificata mediante *adiudicatio*, non si arrestò neppure di fronte all'ostacolo rappresentato dal carattere costitutivo dell'*adiudicatio* stessa, privilegiando, anzi, gli interessi di quei soggetti che sulla *res communis* esercitavano diritti reali limitati.

Bibliografia

F. X. AFFOLTER, *Das römische Institutionen-System: sein Wesen und seine Geschichte*, Leipzig, 1895

E. ALBERTARIO, *L'origine postclassica del possesso dell'usufrutto*, in *BIDR*, XXV, 1912, 5

E. ALBERTARIO, *Il quasi possesso dell'usufrutto nella dottrina romana*, in *RIL*, XLV, 1912, 465

E. ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, Pavia, 1912

E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale*, in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1933

H. ANKUM, *Deux problèmes relatifs à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, in 'MNHMH' G. A. Petropoulos, I, Athènes, 1984

V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sui giudizi divisorii*, in *RISG*, LII, 1912, 226

V. ARANGIO-RUIZ, *Studi Formulari*, in *BDR*, XXXII, 1922

V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1993

A. AUDIBERT, *Nouvelle Étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XXVIII, 1904

- A. AUDIBERT, *L'evolution de la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, Paris, 1903,
- E. I. BEKKER, *Die prozessualische Consumption im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1853
- E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1871
- A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, Weimar, 1912
- G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1910
- E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova, 1935
- B. BIONDI, voce *Comunione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 855
- B. BIONDI, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*, VII, 1920, 220
- B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Perugia, 1913
- P. BONFANTE, *Teoria romana del possesso*, Pavia, 1906
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3, Roma, 1923

- P. COGLIOLO, *Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano, con accenni al diritto intermedio*, Torino, 1883
- P. COLLINET, *Etudes historiques sur le droit de Justinien. Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident*, I, Paris, 1912
- P. DE FRANCISCI, *Trasferimento della proprietà*, Padova, 1924
- P. DE FRANCISCI, *Intorno alle origini della 'manumissio in ecclesia'*, in *Rend. Ist. Lomb.*, XLIV, 1911, 192
- H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2, Leipzig, 1864
- W. DITTENBERGER, *Sylloge inscriptionum Graecarum*, II, Leipzig, 1883
- F. EBRARD, *Die Digestenfragmente 'ad formulam hypothecariam' und die Hypothekarezeption*, Leipzig, 1917
- W. ENDEMANN, *Das Prinzip der Rechtskraft: eine zivilistische Abhandlung*, Heidelberg, 1860
- C. FADDA, *Consortium collegia magistratum communio*, in *Studi per Brugi*, Palermo, 1910, 149
- M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala, 1910
- C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, in *AG*, XXXVIII, 1887, 5

- P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in *RISG*, VII, 1932
- P. FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 507
- J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934
- P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4, Paris, 1906
- P. F. GIRARD - F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929
- O. GRADENWITZ, *Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumption*, in *Aus röm. und bürgerl. Recht*. E. I. Bekker, 1907, 407
- O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887
- A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano*, I, Palermo, 1921, 137 n.1
- H. G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907
- P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain. I. Les sources*, Lyon, 1915
- R. VON IHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844
- P. JÖRS, in Pauly - Wissowa, *Real-Encycl. der class. Altertumswiss.*, V
- W. KALB, *Das Iuristenlatein: Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, 1888, Nürnberg

- F. L. KELLER, *Über Litiskontestation und Urtheil nach klassischem römischem Recht*, Zurich, 1827
- F. L. KELLER - A. WACH, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen*, Leipzig, 1883, 362
- E. KLEINSCHROD, *Über die prozessualische Consumption und die Rechtskraft des Civilurteils*, Leipzig, 1875
- F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910
- P. KRUEGER - G. STUEMUND, *Gai Institutiones*, Berlin, 1905
- P. KRUEGER - T. MOMMSEN, *Corpus iuris civilis*, 1, 1877, Lipsiae
- O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2, Leipzig, 1907
- O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Roma, 2000
- R. LEONHARD, *Die Replik des Prozessgewinns ('replica rei secundum me iudicatae')*, ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der 'exceptio rei iudicatae', in Festgabe für F. Dahn, Breslau, 1906, 96
- E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, I, 1962
- C. MANENTI, *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle 'communes omnium'*, in *Filangieri*, 1894, XIX, 327
- M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 95

- M. MARRONE, *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae' . Alle radici delle moderne dottrine sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 3
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2004
- G. PAPA, *Replicatio e giudicato*, in *Labeo*, XLII, 1996, 429
- J. PARTSCH, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau, 1905
- A. PERNICE, *Marcus Antistio Labeo. Das römische Privatrecht im estern Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 1, Halle, 1873
- S. PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, Paris, II, 1912, 331
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928
- S. PEROZZI, *I modi pretori d'acquisto delle servitù*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, XXIII, 1897, 1
- S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III 'ad Plautum'*, in *AUPA*, III-IV, 1917, 208
- S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BDR*, VIII, 1895, 179
- F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1896

A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt*, 1, Braunschweig, 1866

F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946

G. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *RISG*, 1888, VI-VIII, 97

R. SOHM - L. MITTEIS - L. WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, München und Leipzig, 1933

M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917