



Marta Beghini

# La divisione giudiziale della comunione non ereditaria

Studio sulla funzione  
dell'*adiudicatio*



Roma TrE-Press  
2023





Università degli studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza



Università degli studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza



Marta Beghini

La divisione  
giudiziale della  
comunione  
non ereditaria  
Studio sulla funzione  
dell'*adiudicatio*



Roma TrE-Press  
2023

La Collana editoriale 'Biblioteca Giovanni Pugliese' si propone di offrire uno spazio aperto al dialogo interdisciplinare, nel quale trovino collocazione ricerche romanistiche, di tradizione civilistica su base romanistica, ricerche di diritto privato e di diritto processuale civile, in specie nella loro dimensione culturale, ricerche orientate alla comparazione diacronica e sincronica, nonché ricerche orientate a indagare problemi di teoria generale del diritto. Attraverso l'esplorazione critica di problemi giuridici del passato e del presente, la 'Biblioteca Giovanni Pugliese' mira a fornire un contributo al recupero della dimensione unitaria del diritto.

*Direzione della Collana:*

Antonio Carratta, Tommaso dalla Massara, Giuseppe Grisi, Francesco Macario, Maria Rosaria Marella, Giorgio Pino, Giorgio Resta, Vincenzo Zeno Zencovich, Andrea Zoppini

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Caratteri tipografici utilizzati:*

Baskerville Old Face, Ogilvy Sans (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* *RomaTrE-Press* ©

Roma, marzo 2023

ISBN: 979-12-5977-157-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

*Biblioteca 'Giovanni Pugliese'*

Con la Biblioteca 'Giovanni Pugliese' il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre intende idealmente continuare, sia pure attraverso una nuova collana realizzata per i tipi della Roma Tre Press, l'attività editoriale svolta dalla collana del Centro di Eccellenza in diritto europeo intitolato proprio a Giovanni Pugliese, che per lunghi anni ha operato presso il Dipartimento sotto la guida di Letizia Vacca e che arrivò a pubblicare una quarantina di volumi con la Casa editrice Jovene. In questo modo il Dipartimento, che conserva la biblioteca dell'illustre giurista, intende ulteriormente rafforzare il legame con il suo nome e i suoi insuperati insegnamenti.

È anche questa ragione per la quale la nuova collana, a cui oggi diamo avvio, intende raccogliere al suo interno pubblicazioni sia di diritto romano, sia di diritto civile, diritto processuale civile e teoria generale del diritto, a suggellare la linea di continuità che lega gli studi romanistici al presente.

Una nuova iniziativa editoriale, dunque, in piena coerenza con il percorso ormai trentennale del nostro Dipartimento.

Antonio Carratta  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre



*Al professor Tommaso dalla Massara,  
con profonda riconoscenza*



## Indice

PREMESSA	13
----------	----

### CAPITOLO PRIMO

#### Lo scioglimento della comunione tramite l'*actio communi dividundo*

1. Il fenomeno di scioglimento in giudizio della comunione non ereditaria	15
2. La struttura dell' <i>actio communi dividundo</i>	19
3. La cd. efficacia costitutiva della pronuncia di divisione	26
4. Lo stato dell'arte: Glück, Arndts, Windscheid, Geib e Dernburg	30
5. La ricostruzione di Berger	38
6. Lo studio di Arangio-Ruiz in tema di giudizi divisorii	39
7. Lo svolgimento storico dell' <i>actio communi dividundo</i> in rapporto alla legittimazione processuale: la tesi di Albertario	41
8. L'indagine di Biondi in tema di legittimazione processuale nelle azioni divisorie	42
9. Il rilievo dell' <i>adiudicatio</i> formulare: la teoria di Arangio-Ruiz	43
10. La formula dell' <i>actio communi dividundo</i> nella visione di Frezza	45
11. La posizione di Aricò Anselmo: lo stretto legame tra <i>divisio</i> e <i>vindicatio</i>	48
12. Perimetrazione dello studio e piano di sviluppo della ricerca	50

### CAPITOLO SECONDO

#### L'*adiudicatio* e la cd. efficacia costitutiva della sentenza di divisione

1. Premesse	55
2. La testimonianza di Gai 4.42: la definizione di <i>adiudicatio</i>	60
3. L'opzione interpretativa di Arangio-Ruiz: l'espressione tautologica <i>adiudicare</i> come <i>adiudicare rem</i>	64
4. L' <i>adiudicare rem</i> e la sua origine ciceroniana nella ricostruzione di Arangio-Ruiz	67
5. Il valore processuale dell' <i>adiudicatio</i>	71
6. Il raffronto con la <i>potestas iudicis</i> nella <i>condemnatio</i> formulare	73
7. Le principali fonti in argomento di efficacia costitutiva a partire da Tit. Ulp. 19.16	77
8. La testimonianza di Tit. Ulp. 19.2 e la sistematica dei modi di acquisto del dominio	82
9. La testimonianza di Vat. Frag. 47a	87
10. La testimonianza di Paul. 6 <i>ad Sab.</i> D. 10.2.44.1	88
11. La testimonianza di Marc. 17 <i>dig.</i> D. 41.3.17	89
12. Conclusioni parziali sulla funzione dell' <i>adiudicatio</i>	91

## CAPITOLO TERZO

### Il rilievo della *res (communis)* e le cause divisorie di comunione

1. Premesse	93
2. Le ulteriori coordinate dell'indagine	98
3. La rilevanza del concetto di quota	100
4. I contorni del fenomeno della comunione	103
5. La <i>communio pro indiviso</i> come presupposto di applicazione del <i>iudicium communi dividundo</i> : la testimonianza di Paul. 6 <i>ad Sab.</i> D. 10.3.19 pr.	106
6. Comproprietà e non anche coeredità: la testimonianza di Ulp. 19 <i>ad ed.</i> D. 10.3.4 pr.	109
7. Le applicazioni del <i>iudicium communi dividundo</i> in ambito di comunione ereditaria: le testimonianze di Ulp. 19 <i>ad ed.</i> D. 10.2.20.4 e di Paul. 6 <i>ad Sab.</i> D. 10.2.44 pr.	111
8. <i>Si res communis non sit</i> : la testimonianza di Paul. 23 <i>ad ed.</i> D. 10.3.1	113
9. Rapporti tra <i>actio pro socio</i> e <i>actio communi dividundo</i> . La testimonianza di Gai. 7 <i>ad ed. prov.</i> D. 10.3.2 pr.	116
10. Le cause divisorie di comunione: la testimonianza di Ulp. 30 <i>ad Sab.</i> D. 17.2.31	119
11. Il concetto di <i>res</i> rilevante nel contesto del <i>iudicium communi dividundo</i> : conclusioni parziali	121

## CAPITOLO QUARTO

### L'*actio communi dividundo* e la divisione di *res* in comproprietà

1. <i>Res</i> non soggette a divisione: la testimonianza di Ulp. 20 <i>ad ed.</i> D. 10.3.7.3-4	125
2. La divisione di un fondo comune: la testimonianza di Ulp. 32 <i>ad ed.</i> D. 19.1.13.17	129
3. Le differenti declinazioni dell' <i>adiudicare rem</i> in relazione alla divisione del fondo	132
4. La divisione di un servo in comune: le testimonianze di Ulp. 19 <i>ad ed.</i> D. 10.3.6.9, Paul. 23 <i>ad ed.</i> D. 10.3.8.3 e Paul. 6 <i>ad Sab.</i> D. 10.3.19.3	136
5. La divisione 'quasi impossibile': la testimonianza di Ulp. 2 <i>ad ed.</i> D. 10.2.55	138
6. La divisione 'inopportuna' dell' <i>ager vectigalis</i> : la testimonianza di Ulp. 20 <i>ad ed.</i> D. 10.3.7 pr.	140
7. La divisione di un <i>vestibulum</i> comune a due edifici: la testimonianza di Paul. 6 <i>ad Sab.</i> D. 10.3.19.1	143
8. La miglior divisione possibile oppure ciò che preferiscono i <i>litigatores</i> : la testimonianza di Ulp. 30 <i>ad Sab.</i> D. 10.3.21	145
9. <i>Ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest</i> : la testimonianza di Iav. 2 <i>epist.</i> D. 10.3.18	147
10. Conclusioni parziali sul concetto di divisione 'impossibile', 'quasi impossibile' o 'inopportuna'	149

## CAPITOLO QUINTO

### *L'actio communi dividundo* e la divisione per quote ideali: il caso dell'usufrutto e del pegno

1. Premesse	153
2. La divisione di un fondo comune gravato da usufrutto: la testimonianza di Ulp. 19 <i>ad ed.</i> D. 10.3.6.10	154
3. Lab. 2 <i>post. a Iav. epit.</i> D. 33.2.31 e la (non) divisibilità dell'usufrutto su fondo indiviso. Un'ipotesi di <i>ius controversum</i>	156
4. La rilevanza della fattispecie individuata in Lab. 2 <i>post. a Iav. epit.</i> D. 33.2.31	159
5. Il confronto tra le soluzioni di Trebazio nel senso della costituzione dell'usufrutto sulla sola quota dell'erede e di Labeone nel senso della permanenza dell'usufrutto sull'intero	160
6. Esito del giudizio divisorio: distinzione tra piano sostanziale e processuale	162
7. Il fondo comune gravato da pegno: la testimonianza di Ulp. 19 <i>ad ed.</i> D. 10.3.6.8	165
8. Le sorti del diritto reale di garanzia a seguito della divisione	167
9. Conclusioni parziali sugli effetti dell' <i>adiudicatio</i>	167

## CAPITOLO SESTO

### Conclusioni

1. Rilettura e sintesi dei risultati raggiunti nel corso dell'indagine	171
2. Osservazioni conclusive sulla figura dell'organo giudicante	175
3. Ancora sulla funzione dell' <i>adiudicatio</i>	179

BIBLIOGRAFIA	181
INDICE DEGLI AUTORI	205
INDICE DELLE FONTI	213



## PREMESSA

Anche in una recente – e assai nota – pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, è affermata la natura costitutiva della sentenza di divisione; in specie, i giudici di legittimità sostengono che la pronuncia divisoria dia luogo a una fattispecie autonoma di acquisto della proprietà: si tratterebbe di un dato di cui «non si dubitava né nel diritto romano, né in quello intermedio».

Ho ritenuto invece opportuno procedere a una rimeditazione del tema.

Il mio sforzo si è quindi orientato a indagare il funzionamento del giudizio di scioglimento della comunione non ereditaria nell'ambito del processo privato romano di età classica, in particolar modo nella prospettiva della funzione svolta dall'*adiudicatio*.

Dalla lettura delle testimonianze in argomento di *iudicium communi dividundo* sembra emergere un'immagine assai più versatile della funzione dell'aggiudicazione.

Ciò mi ha indotto a proporre una ricostruzione nella quale, via via che le fonti venivano liberate dalle rigidità dogmatiche, assumevano un ruolo essenziale, per un verso, le peculiari caratteristiche della *res* e, per altro verso, la *voluntas* dei soggetti coinvolti nel giudizio, in vista del perfezionarsi dell'esito divisorio.

Anzitutto desidero ringraziare il professor Tommaso dalla Massara, per aver creduto in me e per avermi guidato in tutti questi anni, con passione, generosità e scrupolosa attenzione.

Sincera e profonda gratitudine desidero esprimere poi al professor Carlo Pelloso, imprescindibile punto di riferimento. Da tutti i suoi preziosi suggerimenti molto ho tratto profitto.

Un ringraziamento speciale va al professor Gianni Santucci, per il costante e generoso supporto accademico e personale.

Particolare riconoscenza desidero esprimere ai professori Luigi Garofalo e Paola Lambrini per quanto ho potuto apprendere ai Seminari Romanistici di Bressanone.

Un sentito grazie va ai professori Emmanuelle Chevreau, Iole Fagnoli, Jean-François Gerkens, Antonio Saccoccio, Martin Schermaier per la discussione sugli esiti parziali di questa ricerca nell'ambito dei Seminari

dottorali, organizzati dal Laboratorio Romanistico Gardesano: i loro insegnamenti hanno rappresentato per me sicura fonte di arricchimento.

Altrettanto significativi per la mia crescita scientifica e personale sono stati i soggiorni di ricerca all'estero che, sin dal tempo del dottorato, ho svolto dapprima presso l'Università di Heidelberg, sotto la guida del professor Christian Baldus, successivamente presso l'Università di Salisburgo, sotto la guida del professor Johannes Michael Rainer, nonché con il supporto del professor Daniele Mattiangeli.

Un grazie sincero rivolgo alle mie colleghe di cattedra, Martina D'Onofrio, Maria Federica Merotto e Isabella Zambotto, per l'amicizia dimostrata nel cammino sin qui condiviso; altresì, ringrazio l'amico e collega Carlo De Cristofaro, per la sua costante vicinanza.

Vorrei infine ringraziare le dottoresse Costanza Curi, Anna Zago e Luisella Zocca della Biblioteca Zanotto dell'Università di Verona, per il prezioso e affettuoso sostegno.

## CAPITOLO PRIMO

### *Lo scioglimento della comunione non ereditaria tramite l'actio communi dividundo*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno di scioglimento in giudizio della comunione non ereditaria – 2. La struttura dell'*actio communi dividundo* – 3. La cd. efficacia costitutiva della pronuncia di divisione – 4. Lo stato dell'arte: Glück, Arndts, Windscheid, Geib e Dernburg – 5. La ricostruzione di Berger – 6. Lo studio di Arangio-Ruiz in tema di giudizi divisorii – 7. Lo svolgimento storico dell'*actio communi dividundo* in rapporto alla legittimazione processuale: la tesi di Albertario – 8. L'indagine di Biondi in tema di legittimazione processuale nelle azioni divisorie – 9. Il rilievo dell'*adiudicatio* formulare: la teoria di Arangio-Ruiz – 10. La formula dell'*actio communi dividundo* nella visione di Frezza – 11. La posizione di Aricò Anselmo: lo stretto legame tra *divisio* e *vindicatio* – 12. Perimetrazione dello studio e piano di sviluppo della ricerca.

#### 1. *Il fenomeno di scioglimento in giudizio della comunione non ereditaria*

Nell'ambito del processo formulare romano, l'*actio communi dividundo* identifica, in termini generali, l'azione con cui il contitolare di una *res* chiede al giudice la cessazione di una situazione di comunione – per ora basti dire – non ereditaria e l'attribuzione di parti della medesima *res* (che, fino alla divisione, era) comune<sup>1</sup>.

Le fonti testimoniano che, al di fuori dell'assai più frequente ipotesi dello scioglimento giudiziale della comunione<sup>2</sup>, la divisione può essere ef-

<sup>1</sup> A ben vedere, tale azione risulta esperibile anche in alcune ipotesi di comunione ereditaria: in tal senso v. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.20.4: *Familiae eriscundae iudicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita: quod si quaedam res indivisae relictas sunt, communi dividundo de his agi potest*, nonché Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44 pr.: *Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res dumtaxat quae eorum communes sint et causae ex his rebus pendentes in iudicium veniant, de ceteris vero in integro sit familiae eriscundae iudicium*. Su tale aspetto v. *infra*, cap. III.

<sup>2</sup> Sul punto v. Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.26: *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed*

fettuata anche in via stragiudiziale. Tuttavia, a differenza di quanto emerge dalla prassi odierna<sup>3</sup>, già nella fase classica dell'esperienza giuridica romana la divisione convenzionale era da ritenersi poco conveniente: «non essendovi, infatti, un negozio tipico che potesse ottenere un esito divisorio, occorreva elevare la divisione a causa di una pluralità di atti, rendendo l'operazione complessa e lunga»<sup>4</sup>.

Come noto, il fenomeno dello scioglimento in giudizio di tale *communio* trova riconoscimento in un titolo a ciò specificamente dedicato all'interno del Digesto giustiniano, ossia il 10.3<sup>5</sup>.

In prima approssimazione, il *iudex* (o *arbiter*)<sup>6</sup> *communi dividundo*

---

*per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli; Pap. 8 resp. D. 31.77.20: 'Dulcissimis fratribus meis, avunculis autem tuis quaecumque mihi supersunt in Pamphylia Lycia vel ubicumque de matris bonis concedi volo, ne quam cum his controversiam habeas. omnia corpora matris hereditatis, quae in eadem causa domini manserunt, ad voluntatem fideicommissi pertinent: ex isdem igitur facultatibus percepta pecunia et in corpus proprii patrimonii versa, item iure divisionis res propriae factae non praestabuntur, cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.*

<sup>3</sup> V., tra gli altri, G. DEIANA, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 15 ss.; Id., *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 420 ss.; F.D. BUSNELLI, voce *Comunione ereditaria*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 277 ss.; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1980, in specie 118; A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, *passim*. Più di recente, A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 1 ss.

<sup>4</sup> Così A. SPINA, *Ricerche sulla 'fraternitas'. Alle origini del contratto di società*, Napoli, 2022, 34. Sul punto v. anche L. RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli - Torino, 1922, 213 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960, 231 s.; A. BURDESE, voce *Divisione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 412 ss., in specie 413, il quale precisa che la divisione stragiudiziale avviene «dapprima mediante trasferimenti reciproci di quote di proprietà e mediante stipulazioni, poi anche mediante patto accompagnato da *traditio* cui si riconoscono gli effetti propri dei cd. contratti reali innominati (v. Mod. 2 resp. D. 2.14.35; Herm. 2 *iuris epit.* D. 2.14.45; Afr. 9 *quaest.* D. 8.3.33 pr.; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.20.3; C. 3.26.5; C. 3.38.7-8)».

<sup>5</sup> Il tema della *communio*, come è noto, manca di una trattazione organica all'interno della compilazione giustiniana. Ci sono luoghi dedicati ad aspetti puntuali della materia, ossia D. 10.3 e C. 3.37 relativi all'*actio communi dividundo*; C. 3.38 inerente ai rapporti tra *iudicium communi dividundo* e *iudicium familiae erciscundae*; C. 4.52 in argomento di alienazione di cose in comproprietà e I. 3.27.3 relativo alle obbligazioni nascenti *quasi ex contractu* da situazioni di comunione.

<sup>6</sup> Come oltremodo noto, nel contesto della figura del *iudex privatus*, si distingue l'*unus iudex* dall'*arbiter*; quest'ultimo emette la sentenza secondo il più libero criterio – *arbitrium* – a lui spettante. La letteratura in tema è alluvionale. Per un primo sguardo sulla disciplina del processo e, in particolare, sull'organo giudicante, v. R. ORESTANO, voce *L'azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 785 ss.; M. TALAMANCA,

voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1 ss., in specie 64 ss.; G. NICOSIA, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 120 ss. A livello storiografico l'opera più significativa con riguardo al cd. *officium iudicis* permane G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln - Graz, 1957, 213 s., su cui A. BURDESE, *Recensione* a G. BROGGINI, *'Iudex'*, cit., in *RFIC*, LXXXVI, 1958, 397. In argomento di processo civile, in specie formulare, ancora imprescindibili sono i contributi di E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, in *Filangieri*, XXXIX, 1914, 674 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, tradotte da R. Orestano, sull'edizione tedesca interamente riveduta e ampliata dall'autore, Milano, 1938, in specie 89 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna, 1946; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, 3 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III, *Dalla nascita della 'iurisdictio' all'avvento del processo 'per formulas'*, Catania, 1982. Più di recente, talvolta su aspetti specifici del processo formulare, v., tra gli altri, M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti della 51<sup>a</sup> Sessione della SIHDA (Crotone - Messina 16-20 settembre 1997)*, a cura di I. Piro, Catanzaro, 1999; i contributi, anche in argomento di processo penale, pubblicati in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002 e in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria, Napoli, 2006; L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003. Con peculiare riguardo alla figura del *iudex* v., di recente, G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: 'Iuravi mihi non liquere'*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano, 2004, 333 ss.; D. DALLA, *Fra 'ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. Labruna, a cura di M.P. Biccari e C. Cascione, II, Napoli, 2006, 1023 ss.; N. RAMPAZZO, *'Sententiam dicere cogendum esse'. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012; C. PELLOSO, *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, ne Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 84 ss.; G. PAPA, *Studi in tema di processo formulare*, Torino, 2012; P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, LXI, 2013, 47 ss.; E. SCIANDRELLO, *Note sull'officium iudicis in materia di rimborso delle spese. Confronto tra rivendica e petizione di eredità*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 453 ss.; A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016. In diversa prospettiva, in specie in tema di 'certezza' e 'sicurezza' del diritto, v. A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e 'ius controversum'. Tecniche di 'calcolo' attraverso le 'formulae': tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli, 2020. In ambito specifico di *iudex* o *arbiter* nel contesto dei giudizi divisorii v. di recente F. PULITANÒ, *Profili dell'officium iudicis nei giudizi divisorii*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 385 ss., la quale afferma la sostanziale interscambiabilità della locuzione *officium/arbitrium iudicis* (o *arbitri*) nel contesto dei giudizi divisorii. Un cenno anche in M. VARVARO, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novan-*

aggiudica *pro quota* la *res* ai contendenti – questo è senza dubbio lo scopo principale perseguito dall'azione –, ma altresì condanna questi ultimi, là ove ciò risulti necessario (come nell'eventualità di *res* indivisibile o, in ogni caso, per raggiungere la proporzione tra le quote di comunione), al pagamento di congruagli in denaro.

L'esigenza appena ricordata integra un'evenienza nient'affatto eccezionale: in pratica, difficilmente, nel rispetto delle quote dei singoli compartecipi alla comunione, la divisione si realizza mediante la mera attribuzione di porzioni materiali della *res* comune<sup>7</sup>.

A ciò è necessario soggiungere che anche le questioni relative alle eventuali pretese nascenti dalla situazione di *communio*, ossia quelle riguardanti le spese (*impensae*), i frutti (*fructus*) e i danni (*damna*) connessi ai beni della comunione (cd. *praestationes personales*) – ricondotte in età giustiniana a ipotesi di *obligationes quasi ex contractu*<sup>8</sup> –, possono essere fatte valere nel contesto di tale *iudicium*<sup>9</sup>.

A questo proposito, la *communis opinio* evidenzia una duplice finalità perseguita dall'azione di divisione.

Da un lato, l'*actio communi dividundo* conduce, mediante *adiudicatio*, allo scioglimento della comunione attraverso l'attribuzione di parti – por-

*tesimo compleanno di M. Marrone*, a cura di G. D'Angelo, M. De Simone e M. Varvaro, Torino, 2019, 287 ss., in specie 311, ntt. 103 e 104.

<sup>7</sup> Sul rilievo del concetto di quota v. più ampiamente *infra*, cap. III, § 3.

<sup>8</sup> I. 3.27.3: *Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.* Su questo argomento v., tra gli altri, J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 449 ss.; G. DONATUTI, *La 'communio incidens' come causa obbligatoria*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 117 ss., in specie 119; M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, München, 1975, in specie 414.

<sup>9</sup> A titolo esemplificativo v. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4.3: *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;* Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.3.11: *In summa admonendi sumus, quod, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, communi dividundo iudicium utile datur: veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit, sive socius eius solus aliquid ex ea re lucratus est, velut operas servi mercedesve, hoc iudicio eorum omnium ratio habetur;* Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.2: *Venit in communi dividundo iudicium etiam si quis rem communem deteriore fecerit, forte servum vulnerando aut animum eius corrumpendo aut arbores ex fundo excidendo.*

zioni materiali o quote ideali – della *res* ai contendenti<sup>10</sup>.

Dall'altro, la medesima azione consente, all'occorrenza, mediante *condemnatio*, di adeguare la proporzione tra le quote di comunione, nonché di disciplinare i rapporti personali sorti tra i contendenti in relazione alla comunione stessa<sup>11</sup>.

Non essendoci controversia intorno alla contitolarità del diritto<sup>12</sup>, l'organo giudicante provvede a *dividere* la *res*; dunque, in termini essenziali, sia ad *adiudicare rem*<sup>13</sup>, sia a *condemnare* gli stessi condividenti, al fine di compensare reciprocamente le quote, ovvero di aggiustare eventuali prestazioni personali riconducibili alla *communio*.

## 2. La struttura dell'actio communi dividundo

Tutte le questioni concernenti la ricostruzione delle formule processuali non tramandate interamente dalle fonti sono di estrema complessità.

Il recupero della formula dell'*actio communi dividundo* – inclusa, in età

<sup>10</sup> Gai 4.42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: QVANTUM ADIVDICARI OPORTET, INDEX, Titio ADIVDICATO*. Con riguardo all'*adiudicatio* v. più ampiamente *infra*, cap. II, § 2 ss. Sulla scorta del fatto che l'aggiudicazione è posta da Gaio come caratteristica fondamentale del *iudicium familiae erciscundae*, del *iudicium communi dividundo* e del *iudicium finium regundorum*, si ritiene che essa integri il compito essenziale del giudice all'interno di tutti questi giudizi. Secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Studi Formulari*, II, *In tema di 'adiudicatio'*, in *BIDR*, XXXII, 1922, 5 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 15 ss.), in specie 18, diversi sono i fattori che inducono a ritenere ciò, ovverosia «i nomi delle tre azioni, conati, su lo stesso stampo arcaico e con significativa assonanza; l'aggruppamento loro nelle categorie (sostanzialmente equivalenti) degli *iurgia*, degli *arbitria*, dei processi suscettibili di *iudicis postulatio*; la loro inclusione nello stesso titolo dell'Editto; finalmente, per tutta quanta l'epoca classica, la tendenza dei prudenti a nominarle tutte insieme, raccogliendole sotto le stesse regole e sotto le stesse costruzioni dottrinali». In tema di *adiudicatio* nell'ambito del giudizio di regolamento dei confini v., da ultimo, la ricerca condotta da M. VINCI, *'Fines regere'. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004.

<sup>11</sup> Gai 4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*.

<sup>12</sup> Si tratta di un aspetto che, come ritenuto dalla prevalente dottrina, consente di riconoscere nell'*actio communi dividundo* un esempio di giurisdizione volontaria. Sul punto v. più ampiamente *infra*, nt. 19 e cap. IV, nt. 36 e 37.

<sup>13</sup> Su cui, ancora, Gai 4.42, già richiamato *supra*, nt. 10. Per l'approfondimento del significato di tale espressione v. *infra*, cap. II.

giustiniana, nella categoria delle *actiones mixtae*, dunque tra quei rimedi che sono tanto *in rem* quanto *in personam*<sup>14</sup> – risulta essere ancora oggi oggetto di acceso dibattito<sup>15</sup>.

Con riguardo all'*actio communi dividundo*, indiscussa è la sola presenza dell'*adiudicatio*, come risulta da Gai 4.42<sup>16</sup>.

Permangono dubbi interpretativi invece per quanto concerne il ruolo di altre parti formulari, nonché il rapporto tra soggetti legittimati e oggetto dell'azione, data l'omissione, nella medesima formula, del rapporto giuri-

<sup>14</sup> Gai 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel alius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa; Ulp. 4 ad ed. praet. D. 44.7.37.1: Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrobi; I. 4.6.20: Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam. qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune ex quacumque causa est, ut id dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

<sup>15</sup> Di recente sul tema v. M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 287 ss.; 294 e nt. 33. In precedenza v. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1985), 210 s., § 81; A. AUDIBERT, *L'évolution de la formule des actions 'familiae erciscundae' et 'communi dividundo'*, in *Mélanges Appleton*, Lyon - Paris, 1903, 1 ss.; B. KÜBLER, *Recensione ad A. AUDIBERT, L'évolution*, cit., in *ZSS*, XXV, 1904, 446 ss.; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, 106 s.; P. FREZZA, *'Actio communi dividundo'*, in *RISG*, VII, 1932, 40 s.; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 156 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in *AUPA*, XL, 1988, 215 ss., in specie 292 ss., 302 ss.; EAD., *Studi sulla divisione giudiziale*, I, *'Divisio'* e *'vindicatio'*, in *AUPA*, XLII, 1992, 259 ss., in specie 415 ss.

<sup>16</sup> L'operazione di ricostruzione della formula dell'*actio communi dividundo* non può che avere inizio dalla considerazione del carattere civile ereditato dall'antica *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* [v. in questo senso V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, IV, 1912, 3 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 323 ss.); A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412]. Sulla presenza della clausola di aggiudicazione, v., in specie, A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., 1 ss.; P. FREZZA, *'Actio'*, cit., 8 ss., 48 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 5 ss., 52 ss., 64 ss., 71 ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999, 48 ss., in specie 60 s. Più di recente v. M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 296; F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore di 'condemnatio' piuttosto che di 'intentio' della clausola formulare 'quidquid dare facere oportet'. Osservazioni sulla trattazione gaiana delle 'partes formularum'*, in *AUPA*, LXIII, 2020, 279 ss., in specie 286 s.

dico che collega la *res* da dividere ai condividenti che agiscono<sup>17</sup>.

A tal riguardo, è stato autorevolmente sostenuto che la formula dell'*actio communi dividundo* nel diritto classico non prevedesse, con ogni probabilità, l'*intentio*<sup>18</sup>.

È solo il caso di soggiungere che la posizione di coloro che negano la presenza dell'*intentio* è supportata da alcuni caratteri distintivi del *iudicium communi dividundo*, cioè, come già accennato, la mancanza di controversia intorno al diritto e, quale conseguenza di tale aspetto, la pari posizione delle parti nel giudizio<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> V. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 210 s.; A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., 13 ss.; P. FREZZA, '*Actio*', cit., 8; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 364 s. Sulle cause divisorie di comunione v. *infra*, cap. III.

<sup>18</sup> Sul punto v. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 210 s., il quale propende per l'inserimento di tale clausola all'interno della formula dell'azione di divisione. Successivamente, A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., 19 ss., che, pur scartando l'idea di un'*intentio* vera e propria e valorizzando l'espressione *quantum adiudicari oportet* (Gai 4.42), individua la presenza di due *intentiones* all'interno dell'*adiudicatio* e della *condemnatio*, rintracciate come parti della formula. Posizione notevolmente distinta è assunta invece da V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 321 ss. e da P. FREZZA, '*Actio*', cit., 9 ss., secondo i quali all'interno del passo gaiano contenuto in Gai 4.42, in specie nel riferimento a *quantum adiudicari oportet iudex Titio adiudicatio*, è possibile scorgere un chiaro indizio della presenza della clausola aggiudicatoria che si accompagna alla *demonstratio*, senza cenno alcuno all'*intentio*. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 309, che ritiene la formula in parola priva dell'*intentio*. In senso differente, v. di recente F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore*, cit., 279 ss., in specie 285 ss., dove lo studioso chiarisce come «sembra chiaro che le parole *quantum adiudicari oportet* siano analoghe e parallele alla locuzione *quidquid ... praestare oportet* che le segue, e che se quest'ultima costituisce (...) una *intentio*, come tale deve del pari essere considerata altresì la clausola *quantum adiudicari oportet*: è infatti piuttosto evidente che, in entrambe, la parte processuale *concludit desiderium suum*, ossia richiede (*petitum*) innanzitutto l'assegnazione di una parte della cosa da dividere (*adiudicatio*), e subordinatamente, nel caso le quote non siano equivalenti, l'eventuale conguaglio in denaro tramite *condemnatio*. Così come il *quidquid dare facere oportet* ed il *quidquid praestare oportet* risulterebbero dunque una *intentio*, allo stesso modo sembra doverlo necessariamente essere anche il *quantum adiudicari oportet*».

<sup>19</sup> Un connotato tipico del *iudicium communi dividundo* consiste, secondo l'opinione dominante, nel reciproco riconoscimento tra le parti della titolarità di un diritto della stessa natura sulla *res*. In altri termini, il giudice sarebbe chiamato a sciogliere uno stato di contitolarità, pronunciando aggiudicazioni e condanne, senza decidere in merito alla fondatezza o meno della pretesa dell'attore. Questa proprietà è testimoniata nelle fonti con riguardo al *iudicium familiae erciscundae*; tuttavia, è stata ritenuta valida anche per il *iudicium communi dividundo*. Sul punto v. Ulp. 5 *ad ed.* D. 5.4.1.2: *Quin immo si duo possideant hereditatem et duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta primus a primo vel secundus a secundo, sed ambo a primo et ambo a secundo: neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque pro herede. Etsi possessor et petitor possideant hereditatem, cum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adserat,*

Note sono poi le analogie tra l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio communi dividundo*<sup>20</sup>: la lettura di frammenti in tema di *actio familiae erciscundae* consentirebbe di sostenere l'idea – estensibile anche all'*actio communi dividundo* – di una *condemnatio* affiancata all'*adiudicatio*<sup>21</sup>.

*invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur: aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit*, nonché Scaev. 12 *quaest.* D. 10.2.37: *Qui familiae erciscundae iudicio agit, confitetur adversarium sibi esse coheredem*. In letteratura su tale aspetto v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 12 ss.; B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Perugia, 1913, 25 ss. (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, 681 ss.); J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 127 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 127 ss.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti sui giudizi divisorii. (A proposito di un libro recente)*, in *RISG*, LII, 1913, 223 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 491 ss.); P. FREZZA, '*Actio*', cit., 3 ss.; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., in specie 294 ss., nt. 6, 324 ss., 383 ss. Il carattere appena descritto si connette all'affermazione secondo la quale il giudizio divisorio è ammissibile solo tra soggetti muniti di *vindicatio*. Il principio che individua una stretta relazione tra *vindicatio* e *divisio rerum* è stato affrontato in modi differenti in dottrina: da un lato, vi è chi ha omesso qualsivoglia riferimento a esso, oppure vi ha appena fatto cenno [in questo senso v. J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 310, nt. 4; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412 ss.]; e vi è chi, invece, lo ha riconosciuto, senza tuttavia avvalorarne la tenuta dal punto di vista logico-giuridico, dall'altro (A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 17 ss., 75 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 495). Quest'ultima posizione teorica mette in rilievo che la dipendenza del giudizio divisorio da quello petitorio è da considerare di matrice giustiniana e non classica. All'interno del panorama dottrinale testé descritto, fa eccezione l'opinione di G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 380 ss., che, diversamente, ritiene che la connessione tra *vindicatio* e *divisio*, nel senso che più soggetti sono ammessi a dividere giudizialmente delle *res communes*, in quanto essi siano, in ordine a queste ultime, titolari di una *vindicatio (partiaris)*, sia da ricondurre all'apporto della giurisprudenza classica.

<sup>20</sup> Tradizionalmente si ritiene che l'*actio communi dividundo* e l'*actio familiae erciscundae* diano luogo ai cd. giudizi divisorii; ancora dibattuta è invece l'inclusione dell'*actio finium regundorum* all'interno di tale categoria. A ben vedere l'espressione *iudicia divisoria* non compare all'interno del *Corpus iuris civilis*. Sembra che quest'ultima espressione sia da ricondurre alla Pandettistica. Di recente, M. VINCI, '*Fines*', cit., in specie 294, ritiene che tale espressione «sia stata impiegata per la prima volta dal Glück quando, nell'individuazione delle caratteristiche comuni dei primi tre titoli di D. 10 che si apprestava a commentare, affermava che *wir kommen nun diejenige Klagen, welche auf Theilung einer bisher gemeinschaftlich gewesen Sache gehen. Diese werden iudicia divisoria, Theilungsklagen gennent*». Si coglie sin da subito che il riferimento alla Pandettistica e alle sue strutture dogmatiche dischiude lo sguardo alle testimonianze dei *prudentes*, le quali, in questa sede, saranno analizzate al fine di ricostruire il funzionamento del *iudicium communi dividundo*, in particolare allo scopo di saggiare la tenuta concettuale dell'efficacia costitutiva della pronuncia di divisione. In tema di *actio familiae erciscundae* v. in termini generali P. FREZZA, voce '*Actio familiae erciscundae*', in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 265 s.; P. VOGLI, voce *Erede e eredità (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 174 ss.; le fondamentali pagine di Id., *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*<sup>2</sup>, Milano, 1967, 733 ss.

<sup>21</sup> Sul punto v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 93 ss.; A. AUDIBERT,

In aggiunta a ciò, recentemente Mario Varvaro ha autorevolmente ribadito che «preziose informazioni sul modo in cui potevano combinarsi fra loro le parti cd. ordinarie della formula»<sup>22</sup> si riescono a ricavare dal noto testo di Gai 4.44<sup>23</sup>, in base al quale è ragionevole pensare che i tre soli programmi di giudizio in cui è presente l'*adiudicatio* (quelli delle due azioni divisorie propriamente dette – *actio communi dividundo* e *actio familiae erciscundae* – e quello dell'*actio finium regundorum*) propongano un unico schema formulare in cui quest'ultima è preceduta solamente da una *demonstratio*, indirizzata, come di consueto, a *demonstrare la res de qua*

*L'évolution*, cit., 1 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 489 ss.; ID., *Studi*, cit., 15 ss.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 3 ss.; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 298 ss.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 1 ss., in specie nt. 237; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 404 ss. Più di recente, M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 296, nt. 43; 298, il quale sottolinea il valore di diverse testimonianze: Gai. 7 *ad ed. prov. D. 10.2.1.1: Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si in qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem 'si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat'. quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est; Paul. 23 *ad ed. D. 10.2.27: In hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo si in alicuius persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit iudex non valebit, quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere; Paul. 2 quaest. D. 10.2.36: Cum putarem te coheredem meum esse idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt: quaero, rei veritate cognita utrum conditio invicem competat an vindicatio? et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo qui heres non sit dicendum est? respondi: qui ex asse heres erat, si, cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum: sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. quod si neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes essent acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. plane si sine iudice dividerint res, etiam conditionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit qui fuit heres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intellegitur, cum ille coheredem esse putaverit; Ulp. 2 *ad ed. D. 10.2.55: Si familiae erciscundae vel communi dividundo iudicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre et adiudicare omnes res.***

<sup>22</sup> M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 299 ss., in specie 299.

<sup>23</sup> Gai. 4.44: *Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur; sed quaedam inveniuntur, quaedam inveniuntur. certe intentio aliquando sola inveniuntur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures; demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur; nihil enim omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio vel intentione, vel adiudicatio sine demonstratione nulla vires habet, et ob id numquam solae inveniuntur.*

*agitur*<sup>24</sup>. Tuttavia, la presenza nonché il significato precipuo della *demonstratio* nel contesto dei giudizi divisorii, dunque anche dell'*actio communi dividundo*, risultano ancora incerti<sup>25</sup>.

Infine, anche l'appartenenza, relativamente all'età classica, del *iudicium communi dividundo* alla categoria dei *bonae fidei iudicia* integra una questione tutt'oggi molto dibattuta<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Sulla *demonstratio* in ambito di *actio communi dividundo* v., tra gli altri, O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 210 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 323 ss.; P. FREZZA, *'Actio'*, cit., 8 ss. Sullo sfondo, relativamente a tale parte formulare v., tra i molti, E. BETTI, *Su la formula*, cit., 40 ss.; B. BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*, VII, 1918, 218 ss.; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 34 ss., 45, in specie nt. 325; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>14</sup>, cit., 120 ss. Più di recente, R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003; C. BUZZACCHI, *'Demonstratio' e protoformule*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, 141 ss.; P. GRÖSCHLER, *'Demonstratio' e 'intentio': antinomie nel processo formulare?*, in *LR*, VI, 2017, 122 ss.; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla 'narratio' retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino, 2017, 150 ss.

<sup>25</sup> M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 299 ss., in specie 330 s., il quale ritiene che «con ogni verosimiglianza la *demonstratio* chiamata ad assolvere lo scopo della *nominatio* della causa esprimeva la situazione per cui le parti affermavano coeredi in caso di *actio familiae erciscundae* e partecipanti alla comunione di beni diversi dall'eredità in caso di *actio communi dividundo*, contribuendo così a determinare la *res qua de agitur*. Alla *demonstratio* sarebbero seguite un'*adiudicatio* e una *condemnatio* (...) Sembra dunque lecito ipotizzare che nei programmi di giudizio delle azioni divisorie derivanti dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* la '*nominatio causae ex qua agebatur*', in essa presente come momento autonomo rispetto al *petere arbitrium* (ossia alla *iudicis* o all'*arbitri postulatio*) – e anzi come suo presupposto – fosse espressa in una *demonstratio* enunciata in un periodo introdotto da *quod reggente l'indicativo*». Di recente anche F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore*, cit., 279 ss.

<sup>26</sup> Più specificamente, il carattere di buona fede dell'*actio communi dividundo* troverebbe conferma in diverse testimonianze: Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4.2: *Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indivisa relicta sit, et valebit utique ceterarum divisio et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit*; Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10.3.14 pr.: *In hoc iudicium hoc venit, quod communi nomine actum est aut agi debuit ab eo, qui scit se socium habere*; Iul. 8 *dig.* D. 10.3.24 pr.: *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit: sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit*; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 41.1.45: *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam 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 domini hoc acquiritur*; I. 4.6.20, già richiamato *supra* in nt. 14; C. 3.36.9 Imp. Gordianus: *Non est ambiguum, cum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei iudicia numeretur, portionem hereditatis, si qua ad te pertinet, incremento fructuum augeri*; C. 3.38.3 Imp. Diocletianus, Maximianus: *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.* (a. 290). Diversamente, né l'*actio communi dividundo*, né quella *familiae erciscundae* compaiono in Cic. *off.* 3.17.20: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret;* in Cic. *top.* 17.66: *in omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare;* in Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.* Sull'appartenenza del *iudicium communi dividundo* ai giudizi di buona fede v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 144, nt. 2; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412 ss., in specie 413; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule*, cit., 378 s., secondo cui solo il *iudicium communi dividundo*, derivato dalla mediazione dell'*imperium*, farebbe parte dei giudizi di buona fede. In senso differente v. O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, 108, nt. 1; A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., in specie 3 ss., nonché ID., *Nouvelle étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae' et 'communi dividundo'*, in *NRHD*, XXVIII, 1904, in specie 407 ss., il quale attribuisce la clausola *ex fide bona* della formula dei due giudizi divisori alla supposta *intentio de praestationibus*; B. BIONDI, '*Iudicia*', cit., 218 ss.; O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 206 ss., il quale, cambiando opinione rispetto alla precedente edizione dell'opera, inserisce in senso dubitativo la clausola *ex fide bona* nella formula dell'*actio communi dividundo*. In senso affine anche P. FREZZA, '*Actio*', cit., 7 s.; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 307 s.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 416, nt. 102; 423, nt. 116, dove ribadisce l'indubitabile carattere arbitrale del giudizio (*iurgium*) derivante dall'assenza di controversia sulla questione di diritto. In modo più esteso, M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., in specie 299 ss. Cenni recenti al tema compaiono anche in V. CARRO, *Alcune osservazioni in tema di 'communio': la natura giuridica dell'actio communi dividundo*, in *Jus*, 1, 2019, 304 ss., in specie 312 ss.; S. CACACE, *La natura della divisione. Un falso problema*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XLI, 2020, 485 ss., in specie 487; T. FINKENAUER, *Zur Inhärenz von Einreden im 'bonae fidei iudicium'*, in *Iura*, LXVIII, 2020, 77 ss., in specie 126 ss. Sullo sfondo, con riguardo alla più generale categoria dei *iudicia bonae fidei* v., tra i molti, B. BIONDI, voce '*Iudicium bonae fidei*', in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 339; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 64. V. inoltre A. CARCATERA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964, 5 ss.; R. FIORI, '*Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della 'recezione' dei 'iudicia bonae fidei'*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1998, 165 ss.; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato - persone - obbligazioni - successioni*, Torino, 2001, 125 ss.; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di Studi in onore di A. Burdese (Padova*

A ben vedere, tale aspetto e, più in generale, quello del cd. *officium iudicis communi dividundo*, integrano questioni non secondarie all'interno di uno studio volto a indagare il funzionamento del giudizio di divisione in parola; il ruolo in concreto svolto dall'organo giudicante, nonché la discrezionalità di cui lo stesso gode nell'ambito di tale *iudicium*, saranno chiariti nel prosieguo dell'indagine<sup>27</sup>.

Sulla scorta delle brevi considerazioni fin qui svolte, appare evidente che i nuclei problematici del tema si caratterizzino innanzitutto in senso processuale: il ruolo della *demonstratio*, quello dell'*adiudicatio* e della *condemnatio*, nonché della figura del *iudex communi dividundo*.

In tale contesto, intendo concentrare l'attenzione sull'*adiudicatio* all'interno del *iudicium communi dividundo*, allo scopo di chiarirne la precisa funzione; sugli altri aspetti mi limiterò a taluni accenni, quelli necessari per illuminare il singolo profilo che volta per volta verrà all'attenzione.

In particolare, intendo focalizzarmi sull'*adiudicatio* quale parte formulare e pronuncia del giudice, al fine di illustrare l'effetto giuridico da essa prodotto sulla *res* oggetto di divisione e, di conseguenza, in capo ai soggetti implicati nel giudizio. L'operazione di qualificazione della natura giuridica degli effetti della divisione consentirà, come di consueto, la ricostruzione del profilo funzionale della medesima fattispecie.

### 3. La cd. efficacia costitutiva della pronuncia di divisione

La letteratura maggioritaria interpreta l'effetto della pronuncia di divisione di epoca classica in termini costitutivi<sup>28</sup>; altri, invece, propendono

- Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001), IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 1 ss.; C.A. CANNATA, 'Bona fides' e strutture processuali, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., I, 257 ss.; L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015; G. FINAZZI, *Recensione a L. FRANCHINI, La recezione*, cit., in *Iura*, LXIV, 2016, 432 ss.; G. SANTUCCI, *Recensione a L. FRANCHINI, La recezione*, cit., in *LR*, VI, 2017, 440 ss.; G. ZARRO, *Da Cicerone a Gaio: un possibile percorso sull'origine dei 'iudicia bonae fidei'*, in *Sem. Compl.*, XXXIII, 2020, 211 ss. In tema di *oportere ex fide bona* v. di recente F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'oportere. Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca*, in *Riv. dir. rom.*, XX, 2020, in specie 9 ss.

<sup>27</sup> Più ampiamente v. *infra*, cap. IV, V e VI. Come si avrà modo di verificare nello sviluppo della ricerca, l'espressione più utilizzata è quella relativa all'*officium iudicis*.

<sup>28</sup> V. G. PUGLIESE, *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*, VI, 1959, 347 ss., in specie 358 ss.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 21 ss.; M. MARRONE,

per la tesi dell'efficacia dichiarativa<sup>29</sup>.

In specie, l'*adiudicatio* del *iudex* costituirebbe un modo di acquisto del dominio, nell'ipotesi di *iudicium legitimum*, ovvero del solo possesso *ad usucapionem*, nel caso di *iudicium imperio continens*<sup>30</sup>.

Più di recente, benché muovendo dalla differente prospettiva che attiene al giudizio di regolamento dei confini, è stato ribadito con forza il valore costitutivo della clausola di aggiudicazione; in particolare, quest'ultima, comune a tutti i giudizi divisorii, costituirebbe titolo valevole *erga omnes* in sede processuale per vantare il diritto di proprietà sulla *res*<sup>31</sup>.

---

*L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in AUPA, XXIV, 1955, 5 ss., riproposto, per esigenze didattiche, sotto forma di corso in ID., *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo, 1960, in specie 127 ss.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., in specie 310 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, 157 ss. Sulla natura giuridica dell'azione di divisione, v. di recente V. CARRO, *Alcune osservazioni*, cit., 304 ss.; R. D'ALESSIO, 'Un dogma privo di solide fondamenta'. *L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*, in TSDP, XIII, 2020, 1 ss., nonché S. CACACE, *La natura*, cit., 485 ss.

<sup>29</sup> V. A. TARTUFARI, *Sulla natura della divisione in diritto romano e in diritto odierno considerata in ordine alla trascrizione*, in AG, 15, 1875, 436 ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette di Federico Glück. Tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, diretto da F. Serafini e P. Cogliolo, X, Tradotto ed annotato da A. Longo e S. Perozzi, Milano, 1900, in specie 192 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, Roma, 1928, in specie 13 ss. Rilevante è l'affermazione di M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo, 2006, 316, nt. 83, secondo cui «per preoccupazioni di carattere fiscale (per sfuggire all'imposta sui trasferimenti) è prevalsa in età moderna la teoria, non romana, della natura dichiarativa, o di accertamento, della divisione (sia giudiziale sia contrattuale)».

<sup>30</sup> V. Tit. Ulp. 19.16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae eriscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium 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*; Vat. Frag. 47a: *Potest constitui et familiae eriscundae vel communi dividundo iudicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*; Paul. 6 *ad Sab. D. 10.2.44.1: Si familiae eriscundae vel communi dividundo actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando*; Marc. 17 *dig. D. 41.3.17: Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi di-vidundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum*; I. 4.17.7: *Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum sit id statim eius fit cui adiudicatum est*. Sulla distinzione tra *iudicium legitimum* e *iudicium imperio continens*, nonché sulle testimonianze dianzi richiamate v. più ampiamente *infra*, cap. II.

<sup>31</sup> V. M. VINCI, 'Fines', cit., 358 ss.

Anche la moderna manualistica è concorde nel ritenere che i giudizi divisorii, pertanto anche l'*actio communi dividundo*, diano luogo, nell'ambito del processo formulare, a esempi caratteristici di sentenze costitutive, cioè munite dell'effetto di creare situazioni giuridiche nuove<sup>32</sup>. La formula,

<sup>32</sup> V. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, in specie 265 s.; Id., *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, cit., in specie 414, secondo cui «Er reiht die *communio* unter die Quasikontrakte, obwohl die allgemeine Teilungsklage (*actio communi dividundo*) nach wie vor auch zur Aufteilung von Gesellschaftsvermögen dient und in diesem Fall die Verpflichtungen der Parteien vornehmlich durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden»; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>4</sup>, cit., 127 s.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Aalen, 1992 (rist. ed. 1951), 47 s., dove lo studioso in tema di *actio familiae erciscundae* così si esprime: «The judge has a far-reaching discretionary power in this proceeding. Suppose three co-heirs are co-owners of a piece of land. The judge may make three lots and assign one to each of them. Or he may assign the whole land to one of them and oblige him to indemnify the other two by paying a sum of money. By this assignment, which is called *adiudicatio*, the recipient becomes owner *ex iure Quiritium*. The *actio communi dividundo* is a very similar action applicable to any other kind of joint ownership»; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 312, il quale definisce l'*adiudicatio* come quella *pars formulae* che autorizza il giudice alla divisione; attraverso le azioni divisorie, dunque, i contitolari di una cosa o di un'eredità chiedono lo scioglimento della comunione, ed ottengono, così, in luogo della titolarità per quota quella esclusiva di parti della cosa comune o di singole cose comuni; A. BURDESE, *Diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993 (rist. Milano, 2019), 330, dove lo studioso valorizza, nella sistematica dei modi di acquisto della proprietà, insieme a *adsignatio* e acquisto per pagamento della *litis aestimatio*, l'*adiudicatio*, la quale individua la pronuncia con cui il giudice nei giudizi divisorii (*actio familiae erciscundae* e *actio communi dividundo*) attribuisce ai soggetti di un condominio dei diritti, tra i quali in primo luogo la proprietà esclusiva su singole porzioni della cosa comune divisibile o su singole cose comuni, ponendo fine allo stato di comunione. Ancora, mediante *adiudicatio* «il giudice può procedere alla divisione con effetto attributivo di diritti riconosciuti dal *ius civile* se il *iudicium* è *legitimum*, dal *ius honorarium* se è *imperio continens*» (p. 352); R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996, in specie 465 s.; M. MARRONE, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 315 s., il quale ritiene che «il giudice pronunciava l'*adiudicatio* sulla base del potere a lui attribuito in quella parte della formula detta pure essa *adiudicatio* propria dei giudizi di cui si tratta. Con l'*adiudicatio* il giudice dei giudizi divisorii assegnava a ciascuna delle parti – se del caso a una soltanto di esse, dietro conguaglio – una o più *res* (o porzioni); per effetto dell'*adiudicatio* i comproprietari, o i coeredi, di quote ideali cessavano di essere tali e diventavano proprietari esclusivi di beni determinati, sia che si trattasse di *res mancipi* sia che si trattasse di *res nec mancipi*. L'*adiudicatio* era costitutiva: questo vuol dire che era ritenuta essa stessa modo di acquisto della proprietà. Gli aggiudicatari diventavano *domini ex iure Quiritium* se si trattava di *iudicium legitimum*. Nei *iudicia imperio continens*, l'*adiudicatio* non era costitutiva di proprietà civile ma solo *iusta causa usucapionis* - Tit. Ulp. 19.16. Del pari, non era costitutiva di proprietà quiritaria ma dava luogo a *iusta causa usucapionis* l'*adiudicatio* tra non legittimati (è il caso del comproprietario cui fosse stata fatta *adiudicatio* di cosa o porzione di cosa erroneamente creduta comune e come tale fatta oggetto di giudizio divisorio che possedeva *cum iusta causa* la *res* che gli era stata *adiudicata* - D. 41.3.17;

infatti, conferisce «al giudice (o arbitro) il potere di *adiudicare*, cioè di attribuire all'una o all'altra parte (...) i nuovi diritti necessari a realizzare la divisione. (...) Con tale sentenza il giudice avrebbe così creato proprietà solitarie estinguendo la precedente comproprietà»<sup>33</sup>.

Lungo questa prospettiva mi propongo di illustrare il funzionamento del *iudicium communi dividundo* ossia, in via di prima approssimazione, di quella fattispecie – per così dire – regolativa dello scioglimento della comunione non ereditaria, sintetizzata, per quanto concerne l'attività di attribuzione *pro quota* della *res* ai contendenti, nell'*adiudicare rem* del *iudex*<sup>34</sup>.

Come tenterò di dimostrare, la funzione di aggiudicazione – racchiusa nell'*adiudicare rem* – implica non solo il coinvolgimento del giudice che pronuncia la divisione, ma anche di ulteriori elementi.

In altri termini, l'esito del giudizio – che prende forma nella sentenza – è determinato dal concorso di più fattori: la discrezionalità dell'organo giudicante è infatti orientata dalla volontà delle parti e dalle caratteristiche della *res* oggetto di divisione. In tale concorso, il giudice interviene per regolare le pretese dei contendenti allo scopo di ottenere la miglior divisione possibile.

L'indagine si snoderà confrontando le numerose testimonianze di fattispecie divisorie previste in D. 10.3, le quali riguarderanno ipotesi di *res* divisibili, indivisibili o non utilmente divisibili, secondo il significato che sarà esposto. Ciò consentirà di chiarire le conseguenze giuridiche prodotte dalla divisione sulla *res*, nonché in capo ai contendenti e, al contempo, la funzione della pronuncia del *iudex communi dividundo*.

---

D. 10.2.44.1, dove è stato soppresso il riferimento ai *iudicia imperio continentia*); M. KASER - R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*<sup>19</sup>, München, 2008, in specie 128; A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti - Fondamenti - Discipline*<sup>6</sup>, Padova, 2019, in specie 504, il quale puntualizza che «l'acquisto della proprietà può verificarsi anche in conseguenza di alcuni fatti legati allo svolgimento di un processo. Vengono in rilievo al riguardo due istituti. Il primo – certamente antico – riguarda l'evenienza, propria dei giudizi divisorii, di una pronuncia del giudice (*adiudicatio*) con la quale questi – non essendo la cosa utilmente o materialmente divisibile – assegna a uno dei dividendi (a titolo di *dominium* esclusivo) la cosa comune (imponendogli di corrispondere agli altri la quota del valore di essa, corrispondente alla relativa quota di proprietà. L'*adiudicatio* poteva fare acquistare non solo il *dominium*, ma anche altri diritti reali, eventualmente ritenuti dal giudice una necessaria conseguenza della divisione del bene (o di un complesso di beni, come quando essa riguardava l'intera eredità) da lui operata».

<sup>33</sup> Così si esprime C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, in specie 100, 138, 446 ss.

<sup>34</sup> V. Gai 4.42, su cui v. *supra*, in nt. 10.

4. *Lo stato dell'arte: Glück, Arndts, Windscheid, Geib e Dernburg*

Fatte queste premesse di carattere generale, è giunto ora il momento di ricostruire criticamente lo stato dell'arte in materia di *actio communi dividundo*, tanto con specifica attenzione al regime divisorio nel suo insieme, quanto con riguardo al ruolo dell'*adiudicatio* e alla cd. efficacia costitutiva della pronuncia di divisione. Là ove sembrerà opportuno, il discorso potrà scivolare anche sul terreno applicativo dell'*actio familiae erciscundae*; nella convinzione che si tratti di giudizi attigui, ma non sovrapponibili.

Nel tentativo di elaborazione dogmatica che contraddistingue l'intera tradizione dell'*Usus Modernus Pandectarum*, la pronuncia di aggiudicazione viene a collocarsi nel contesto della sistematica dei modi di acquisto della proprietà. Nell'ambito della «scienza del sistema del diritto romano attuale»<sup>35</sup>, particolare rilievo in tema di *actio communi dividundo* meritano, soprattutto per l'accento posto sul valore costitutivo dell'aggiudicazione, i lavori di Christian Friedrich Glück, Karl Ludwig Arndts, Bernard Windscheid, Otto Geib e Heinrich Dernburg<sup>36</sup>.

In questa sede, intendo brevemente esporre i tratti salienti di ciascun inquadramento, nonché le principali fonti valorizzate a partire dalla trattazione di Glück.

In apertura al decimo volume dell'opera *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Glück chiarisce innanzitutto che l'espressione *iudicia divisoria* individua quelle azioni dirette alla divisione di una cosa comune, oltre che alla reciproca spartizione dei conti fra gli interessati<sup>37</sup>. Nello specifico, integrano la categoria dei giudizi divisorii l'*actio finium regundorum*, l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio communi dividundo*, nei quali si dà per presupposta una situazione di comunione di un diritto reale. Le azioni divisorie appena menzionate sono, per un verso, azioni miste, per

<sup>35</sup> Così P. CAPPELLINI, 'Systema iuris', I, *Genesi del sistema e nascita della 'scienza delle pandette'*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1984, in specie 7. Con riguardo alla corrente Pandettistica v., in termini generali, A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 592 ss. Con riferimento alla ricezione della Pandettistica in Italia v., di recente, F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016. Sul diritto romano dei pandettisti, v., tra i molti, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 476 ss. Sugli usi del diritto romano nella storia europea, v. di recente G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei: continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*<sup>2</sup>, Bologna, 2018, 11 ss., in specie 56 ss.

<sup>36</sup> I testi in lingua originale saranno riportati nelle parti di specifica rilevanza.

<sup>37</sup> F. GLÜCK, *Commentario*, cit., in specie 1.

altro verso, azioni duplici<sup>38</sup>.

Chiarite tali nozioni di base, Glück prosegue con una precisa e dettagliata analisi sia dell'*actio familiae erciscundae* sia dell'*actio communi dividundo*.

È però all'interno dell'indagine relativa all'*actio communi dividundo* che l'insigne pandettista sviluppa le considerazioni più pregnanti relative alla funzione del giudizio di divisione, in particolare dell'*adiudicatio*, e al ruolo in esso svolto dal *iudex*. In specie, lo studioso ritiene che l'*actio communi dividundo* individui quell'azione attraverso la quale il soggetto che abbia in comune con un altro soggetto una *res* o più *res*, ovvero vanti un diritto reale in comune con altri, agisce allo scopo di ottenere la divisione della cosa comune e l'adempimento delle obbligazioni sorte in relazione all'amministrazione della cosa comune.

Nella prospettiva di Glück, la divisione è letta come un atto di giurisdizione volontaria e non contenziosa, poiché i condividenti che agiscono per la divisione si riconoscono reciprocamente contitolari della *res*.

Della stessa opinione sono anche i traduttori e annotatori italiani, Antonio Longo e Silvio Perozzi, i quali così argomentano: l'aggiudicazione «è una vera sentenza, quantunque in forza dell'*adiudicatio* abbia qualche cosa di diverso e di speciale dalle altre sentenze. Il giudice infatti per essa può creare diritti reali (...) L'aggiudicazione ha forza di sentenza in quanto l'attribuzione della cosa aggiudicata ad un comproprietario non può più essere posta in questione in un'altra lite fra gli stessi comproprietari (...) Egli pure crea delle proprietà solitarie su cose singole, crea diritti reali, impone obbligazioni a scopo di divisione; e in tanto queste disposizioni acquistano una unità in quanto sono dirette a togliere di mezzo lo stato di comunione, sostituendolo con un altro stato di diritto tra le parti»<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> I. 4.6.20, già richiamato *supra* in nt. 14; I. 3.27.4: *Idem iuris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est*; Ulp. 4 *ad ed. praet.* D. 44.7.37.1: *Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi*; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.1.1: *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*.

<sup>39</sup> F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 154 s., in specie nt. c, nella quale i compilatori italiani offrono un ampio commento in tema di *adiudicatio*. In specie, si legge che «l'*actio communi dividundo* presuppone adunque che sia pacifico tra le parti che ciascuna ha un diritto di comunione e per qual parte. La funzione, ciò posto, del giudice è del tutto non giudiziaria; il giudice nell'*actio communi dividundo* non provvede a far cesare una lesione di diritto, e, neppure, si limita a riconoscere uno stato di diritto. Il giudice funge né più né meno che da arbitro privato; egli sostituisce colla sua decisione un accordo tra le parti per la creazione di uno stato nuovo di cose, corrispondente solo nel valore proporzionale degli elementi patrimoniali assegnati alle parti allo stato di cose antico. (...) La divisione privata non crea

Un'attenta disamina della sentenza di divisione è contenuta anche nel *Lehrbuch der Pandekten* di Arndts.

Più in particolare, nel contesto dei modi di acquisto della proprietà, Arndts individua anche l'acquisto per aggiudicazione, il quale ha luogo nei tre giudizi divisorii.

L'insigne pandettista qualifica come azioni divisorie l'*actio communi dividundo*, l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio finium regundorum*, le quali sono azioni *in personam*<sup>40</sup> e *mixtam causam obtinere videntur*<sup>41</sup>. L'espressione *mixta causa* troverebbe spiegazione nel fatto che nell'antica procedura la formula di queste azioni, insieme all'*intentio* concepita *in personam*, comprendeva una parte espressa *in rem*, attraverso la quale si autorizzava il giudice all'*adiudicatio*<sup>42</sup>.

Con specifico riguardo all'effetto di tale aggiudicazione nel contesto della procedura *per formulas*, Arndts evidenzia che il giudice, a seconda dei casi, attribuisce a uno dei contendenti la proprietà esclusiva della cosa sino ad allora comune, o rispettivamente del confine controverso; questo atto del giudice si definisce *adiudicare*. Tale aggiudicazione fa acquistare immediatamente la proprietà solo nel caso in cui i litiganti siano i proprietari della cosa in questione<sup>43</sup>.

La ricostruzione del giurista relativa all'*adiudicare* nei termini di acquisto derivativo del dominio, nonché il rilievo della differente natura rispetto all'effetto prodotto dalla sentenza di rivendica, sono condivise da Filippo Serafini, autore dell'edizione italiana delle Pandette di Arndts. In specie, Serafini, all'interno del suo manuale, definisce l'aggiudicazione come un «modo speciale di acquistare il dominio, perocchè per essa ognuno dei condividenti acquista la cosa o la parte materiale che gli viene aggiudicata senza bisogno di tradizione, sempreché la cosa spettasse veramente ai condividenti»<sup>44</sup>. In altre parole, lo studioso rimarca che l'*adiudicatio* diffe-

---

mai una certezza formale e una verità tra le parti; ciò fa invece la divisione giudiziale».

<sup>40</sup> Come risulta da Paul. 23 *ad ed.* D. 10.1.1, su cui v. *supra*, nt. 38.

<sup>41</sup> I. 4.6.20, su cui v. *supra*, nt. 14.

<sup>42</sup> Gai 4.42, su cui v. *supra*, nt. 10; I. 4.17.7, su cui v. *supra*, nt. 30.

<sup>43</sup> K.L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*<sup>4</sup>, Stuttgart, 1872, 216-217: «in den drei sog. Theilungsprocessen (§ 97. Anm. 5. §. 99. not. a.) kann der Richter nach Umständen einer Partei das Alleineigenthum der bisher gemeinschaftlichen Sache, beziehungsweise des streitigen Gränzstriches, oder eines reellen Theiles davon zusprechen, *adiudicare*. Dies Eigenthum wird so unmittelbar durch den rechtskräftigen richterlichen Zuspruch erworben, vorausgesetzt, daß die streitenden Theile ausschließliche Eigenthümer der fraglichen Sache waren».

<sup>44</sup> F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*<sup>8</sup>. *Introduzione, Teorie generali, Diritti reali*, a cura di E. Serafini, I, Torino, 1909, 280 s., in specie 281.

risce dalla «sentenza con cui il giudice, nelle cause di proprietà riconosce nell'attore l'invocato diritto di proprietà, poiché una simile sentenza non fa riconoscere il dominio già esistente»<sup>45</sup>.

Nel *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid, l'*adiudicatio* è posizionata nel contesto dei diversi modi di acquisto della proprietà. In particolare, l'illustre pandettista colloca il «trapasso della proprietà mediante pronuncia giudiziaria» fra le applicazioni del cd. acquisto derivativo del dominio<sup>46</sup>.

Secondo Windscheid, il giudice, allo scopo di ottenere la divisione, ha la facoltà di costituire diritti reali.

Nell'esecuzione della divisione egli deve prendere per norma l'interesse delle parti e quindi principalmente aver riguardo a loro eventuali accordi; quanto al resto, egli ha le mani libere<sup>47</sup>. Il giudice attraverso la pronuncia favorevole all'attore non costituisce proprietà, ma riconosce quella che già esiste<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> F. SERAFINI, *Istituzioni*<sup>8</sup>, cit., 280 s., in specie 281, nt. 2, dove Serafini richiama Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.4: *Et si quidem is optinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in dominio aedium*, nonché Paul. 21 ad ed. D. 6.1.35.1: *Ubi autem alienum fundum petii et iudex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore et de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit: alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui, et quare habeat quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?*

<sup>46</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>6</sup>, III, Frankfurt am Main, 1887, 536: «Der Erwerb des Eigenthums knüpft sich, wie der Erwerb eines jeden Rechts, an gewisse Thatsachen; die Verschiedenheit derselben begründet die Verschiedenheit der Eigenthumserwerbarten vorgetragen werden, liegt folgende Betrachtung zu Grunde. Die bei Weitem meisten der uns umgebenden Sachen haben bereits im Eigenthum eines Andern stehenden Sache. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein: 1) er gründet sich auf das Eigenthum, welches bis dahin an der Sache bestanden hat, er ist Eintreten eine Bachfolge (Succession) in diesen Eigenthum (§ 65); 2) es ist dies nicht der Fall. Unter diesen beiden Fällen ist der erste der wichtigste, unter seinen Anwendungen aber wieder die wichtigste diejenige, wo der Nachfolge durch den Willen des bisherigen Eigenthümers bewirkt wird. Außerdem kann sie ihren Grund in einer richterlichen Verfügung, oder in einer unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes haben».

<sup>47</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>6</sup>, IV, Frankfurt am Main, 1887, 692 s.: «Zum Zweck der Theilung hat der Richter die Befugniß, dingliche Rechte zu begründen. Bei der Ausführung der Theilung muß er das Interesse der Parteien zur Richtschnur nehmen, und daher vorzugsweise etwaige Vereinbarungen derselben berücksichtigen. Im Übrigen hat er freie Hand».

<sup>48</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*<sup>6</sup>, III, cit., 553 s.: «Der Richter kann durch seinen Spruch Eigenthum übertragen im Theilungsprocesse (Adjudication); ferner, wenn sich für das Pfand kein Käufer findet, und im Falle, wo der Eigentümer eines Grundstücks, von welchem Schaden zu fürchten ist, für den Erlass desselben Sicherheit zu geben beharrlich

Un'approfondita disamina del giudizio di divisione della cosa comune è offerta poi da Geib, il quale nel 1882 mette a fuoco la funzione della fattispecie e la identifica nel frazionamento della *res* in parti proporzionali alle quote di ciascun socio<sup>49</sup>.

In termini generali, Geib sostiene che tale frazionamento – che nel processo *per legis actiones* opera tramite la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* – abbia natura costitutiva e non dichiarativa, in quanto tramite l'*adiudicatio* il giudice attribuisce al singolo la proprietà della cosa con un nuovo contenuto. Invero, in assenza di una controversia (giacché tutti i condomini riconoscono il diritto degli altri sulla cosa comune), ciascun contitolare acquista la proprietà sulla porzione materiale che gli viene aggiudicata al momento della divisione.

In aggiunta a ciò, Geib ritiene che le prestazioni di carattere personale riguardanti la comunione e fatte valere tramite l'*actio communi dividundo* siano da ricollegarsi alla struttura di un'*obligatio quasi ex contractu*. Al contempo egli si interroga se la stessa conclusione, ossia il richiamo alla struttura dell'obbligazione *quasi ex contractu*, possa dirsi valida con riferimento all'attività di divisione vera e propria, ossia, come dianzi chiarito, il frazionamento che si realizza sulla *res* tramite l'*adiudicatio*.

Nella ricostruzione di Geib appare dubbia sia la denominazione della formula nei termini di *actio communi dividundo*, che la compatibilità di tale qualificazione con lo scopo dell'azione in termini di divisione, nonché con il suo essere *in personam*. Infatti, a ben vedere, a fronte della finalità dell'azione individuata nella *divisio rerum*, ciò che risulta oggetto di scioglimento non è la *res* in quanto tale, bensì la situazione di *communio*.

Nondimeno, Geib, all'interno dell'ultimo paragrafo della trattazione, prende posizione sull'articolato problema relativo alla natura del giudizio di divisione della cosa comune: *Wahre Natur der obligatio auf Theilung und der actio communi dividundo*, questo il titolo della sezione a ciò dedicata<sup>50</sup>.

---

sich weigert. Dadurch daß der Richter im Eigenthumsprozeß ein dem Kläger günstiges Urtheil erläßt, begründet er nicht Eigenthum, sondern erkennt das vorhandene an». Le fonti valorizzate dal giurista sono I. 4.17.7 e Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17, già richiamati *supra* in nt. 30.

<sup>49</sup> O. GEIB, *Die rechtliche Natur der 'Actio communi dividundo'*. *Inaugural-Dissertation der hohen Juristenfacultät zu Tübingen zur Erlangung*, Tübingen, 1882.

<sup>50</sup> O. GEIB, *Die rechtliche Natur*, cit., in specie 92 ss.: «Das dingliche recht besteht an der *pars pro indiviso*, in Ansehung dieser ist der Miteigenthümer Eigenthümer und hat die dinglichen Klagen. Auch nicht insofern ist *actio communi dividundo* Eigenthumsklage, als mit derselben kraft des Miteigenthums die Constituirung von Alleineigenthum verlangt werden könnte. Was die Miteigenthümer kraft ihres Miteigenthumsrechtes und gegen Preisgebung desselben beanspruchen können, ist lediglich 1) Auflösung der commu-

A tal riguardo, lo studioso espone la tesi secondo la quale l'*actio communi dividundo* non può considerarsi un'azione personale, né reale, bensì meramente 'formale'. Secondo la posizione di Geib, la finalità della fattispecie divisoria si persegue in forza della facoltà del singolo di ottenere, in relazione alla *pars pro indiviso*, il diritto di proprietà sulla quota di spettanza, nella misura in cui potrebbe rivendicarne la proprietà esclusiva.

In forza della ricostruzione offerta da Geib, l'azione divisoria opera come una mera transazione realizzata dal *iudex* sotto forma di un processo, cui consegue il tradizionale effetto di *res iudicata*. In buona sostanza, la possibilità di addivenire alla divisione della *res* è (anche) rimessa al giudice – e non solo ai comproprietari tramite un'apposita convenzione –, nel caso in cui l'esecuzione della divisione non sia condivisa da tutte le parti.

In tale contesto, l'attività del giudice non si traduce nel mero riconoscimento dell'esistenza di un diritto; bensì, al posto dei litiganti, a loro

---

nion, 2) Aequivalente für ihre zur Disposition gestellten *partes*; also die Vornahme eines Geschäftes durch den *judex* und zwar in der Form eines förmlichen Processes. (...) In der Natur des Miteigentums als seines der Entwicklung fähigen, bildsamen Rechtsverhältnisses liegt für die Communionsinteressenten von Haus aus die Möglichkeit durch permutationsähnliche Geschäfte die Lösung der communion auf mancherlei Weise zu bewirken. Diese Möglichkeit besteht auch für den *judex*, wenn ihm zum Zweck der Theilung die *res communis* von den Genossen zur Verfügung gestellt wird. Sie besteht für ihn aber auch ohne dass allseitig die Vornahme der Theilung durch ihn gewünscht wird. Kraft der, wie sich Brinz ausdrückt 'dem Miteigentum innewohnenden unveräusserlichen Macht zur Theilung' kann einseitig auf Theilung provocirt und dieselbe erzwungen werden. Diese Macht ist integrierender Bestandtheil der *juris communionis*, mit ihr ent- und besteht sie, *in communionem nemo compellitur invitus detineri; cessat communi dividundo iudicium si res communis non sit*. Wiederum ist es aber sachlich kein Erkenntnis, das der *judex* fällt, sondern ein Geschäft, das er an der Stelle der Litiganten für sie und mit ihren Mitteln vornimmt. Der *judex* erkennt nicht *in rem ipsam*, was so zu denken wäre, dass er die Genossen zur Eingehung von Permutationsverträgen, zur Übernahme von Verbindlichkeiten etc. durch seinen Spruch verpflichtete, sondern er führt zu Folge der ihm durch die Adjudicationsbefugnis übertragenen schöpferischen Kraft die Theilung selbst nach seinem *arbitrium* und zwar nicht nur mit Berücksichtigung der Parteienträge und der Billigkeit, sondern selbst sachlicher Zweckmässigkeit, sofort aus, er schafft unmittelbar Alleineigenthum und Verbindlichkeiten und zwar trotzdem sich der *Provocat* ordnungsmässig eingelassen hat. Daraus folgt auch, dass *actio* unsere Theilungsklage nur formell ist und zwar insofern, als dieses vom Richter vorzunehmende Geschäft in den Formen des gewöhnlichen Processes vor sich geht. Das Verfahren endet nicht mit einem Spruch des Richters über das Wie der Theilung, sondern damit, dass der Richter ein nicht vorhandenes Urtheil exequirt. Eine Analogie hierfür ist im römischen Processrecht nicht zu finden. Denn, wenn auch schon im Pandektenrecht zweifellos Anerkennung es gefunden hätte, dass bei dinglichen Klagen die *pronuntiatio* und das *arbitrium de restituendo* durch eine auf die Sache selbst gerichtete Execution realisiert werden konnte, so setzt diese Execution doch stets voraus, dass sein richterlicher Spruch voraufgegangen sei».

favore e con i loro mezzi, il giudice, in forza del potere conferitogli dall'*adiudicatio*, dà vita a un negozio divisorio, creando con la propria sentenza singole proprietà e vincoli obbligatori.

In definitiva, nella ricostruzione di Geib il processo divisionale integra un *unicum* nel diritto processuale romano: dal punto di vista formale esiste infatti l'*actio*, ma la natura intrinseca di tale azione sollecita il richiamo all'area della giurisdizione volontaria.

Infine, particolare rilievo merita il lavoro delle *Pandekten* di Dernburg.

L'*actio communi dividundo* è trattata nel volume dedicato ai diritti reali. Due sono gli scopi perseguiti da tale azione: innanzitutto, far valere le cd. *praestationes personales*, ossia le obbligazioni dei condomini derivanti dalla comunione; in secondo luogo, condurre alla divisione della cosa comune.

Descritti i diritti e i doveri di ciascun condomino, Dernburg chiarisce che al fine di ottenere la divisione della *res*, il giudice aggiudica la *res* in proprietà (*adiudicatio*) ed eventualmente condanna (*condemnatio*). Invero, divisione non significa mera partizione materiale, bensì ogni modo di accomodamento della comunione *pro quota*.

Allo scopo di individuare i poteri del giudice che pronuncia la sentenza di divisione, il celebre pandettista recupera quanto già esposto relativamente alla divisione dell'eredità comune, puntualizzando che il *iudex* deve, dapprima, tenere in considerazione la convenzione degli interessati; in mancanza di tale convenzione, quest'ultimo è libero di scegliere secondo il suo libero apprezzamento.

Appurati i contorni applicativi dell'*actio communi dividundo*, Dernburg prevede un paragrafo *ad hoc* in tema di 'aggiudicazione della proprietà' all'interno del capitolo dedicato ai modi di acquisto della proprietà.

Secondo Dernburg, vi sono dei casi in cui il giudice è chiamato a una nuova costituzione di proprietà: il riferimento è all'*actio familiae erciscundae* tra i coeredi e all'*actio communi dividundo* tra i soci. Le azioni divisorie infatti autorizzano il *iudex* all'assegnazione di proprietà ai contendenti. L'attribuzione avviene quando il giudice divide realmente la cosa comune, ovvero l'asigna per intero a uno dei partecipanti, contro la prestazione di indennizzo a vantaggio degli altri. La proprietà sulla cosa attribuita sorge col passaggio in giudicato della sentenza; inoltre, non si richiede il trasferimento del possesso. L'acquisto presuppone che le cose aggiudicate non appartenessero a persone diverse dalle parti contendenti: costituisce quindi una successione, un acquisto derivativo<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> H. DERNBURG, *Pandekten*<sup>5</sup>, I, Berlin, 1896, 511 ss., ntt. 4 e 5: «1. Die Aufgabe des Richters im Streit um Eigentum ist, das bestehende Recht zu sichern und anzuerkennen, nicht aber, neues Recht zu schaffen. Doch kommt, wenn im Eigentumsstreite gegenüber dem

Quanto sin qui brevemente evidenziato consente di orientare lo sguardo sui numerosi aspetti da chiarire in argomento di *iudicium communi dividundo*.

A mio avviso, sembra evidente, infatti, che la sentenza di aggiudicazione, assegnando a ciascun dividente la porzione materiale della *res* (come vedremo, di una parte della *res* nel caso di *res* materialmente divisibile, oppure dell'intero, con eventuali conguagli in denaro nell'ipotesi di *res* materialmente indivisibile), ovvero una quota ideale della medesima (come nel caso di *res* gravata da pegno o usufrutto) realizzi un effetto del tutto peculiare nell'ambito del processo privato romano.

Nella corrente pandettistica tale effetto è letto, con l'eccezione di Windscheid, in termini costitutivi, ossia l'*adiudicatio* è interpretata come un modo di acquisto della proprietà. A ciò è il caso di soggiungere che i riferimenti allo scopo divisionale, alle domande delle parti e alla natura del giudizio divisorio integrano aspetti centrali, sui quali avrò modo di tornare a riflettere.

Invero, anticipando quanto risulterà chiaro nel prosieguo della ricerca, mi sono persuasa che la fattispecie divisoria possa ricostruirsi in termini eclettici, in modo da contemperare sia il profilo sostanziale del fenomeno divisorio ancorato alle caratteristiche della *res* oggetto di divisione, sia quello processuale del medesimo fenomeno, legato al ruolo del cd. *officium iudicis*. Solo il confronto con le fonti consentirà però di meglio comprendere l'effetto in concreto prodotto dalla pronuncia divisoria sulla *res* da dividere e, dunque, in capo ai singoli, nonché, in definitiva, la funzione dell'*adiudicatio*.

---

Eigenthümer mit Unrecht rechtskräftig obsiegt, nahezu in die Stellung eines Eigenthümers. Denn er kann die Sache nunmehr dem besieigten und dessen Rechtsnachfolgern entwenden und, wenn er den Besitz einmal erlangt, später aber verloren hat, auch gegen Dritte publicianisch klagen. 2. Es giebt aber auch Fälle, in welchen der Richter zur Neubegründung von Eigenthum berufen ist. a) Die Theilungsklagen ermächtigen in zur Zutheilung von Eigenthum an die streitenden. Solche Klagen sind die *actio familiae erciscundae* unter den Miterben, die *actio communi dividundo* unter den Genossen, die *actio finium regundorum* unter den Grenznachbar. Die Zutheilung kann so geschehen, dass der Richter die gemeinschaftliche Sache reell theilt, oder so, daß er sie einem der Betheiligten Gegenleistung eine Entschädigung an die Übrigen Ganz überweist. Das Eigenthum am zugetheilten entsteht mit der Rechtskraft des Urteils. Besitzübertragung wird nicht gefordert. Der Erwerb setzt voraus, dass die zugetheilten Objekte nicht Anderen als den Prozeßparteien gehörten, bildet also eine Succession, ist derivativ».

## 5. La ricostruzione di Berger

Prendendo le distanze dal contesto individuato dalla corrente Pandettistica, a partire dai primi del Novecento, come oltremodo noto, si avvia l'ultima stagione dell'interpolazionismo<sup>52</sup>.

In tale temperie culturale si collocano diversi studi dedicati all'*actio communi dividundo*, in specie quello di Adolf Berger, del 1912, contenuto nel volume intitolato *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*<sup>53</sup>.

Lo studioso, dopo aver risolto il dubbio interpretativo concernente la datazione dell'*actio familiae erciscundae* e dell'*actio communi dividundo*, si concentra sullo sviluppo storico della legittimazione processuale alle due azioni divisorie. A questo proposito, Berger verifica un'estensione – ritenuta di matrice giustiniana e non classica – del campo soggettivo di applicazione delle due azioni, le quali non ricomprenderebbero più i soli coeredi e condomini, ma si applicherebbero in via utile a ulteriori categorie di soggetti<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Su questa prospettiva metodologica v., di recente e in termini generali, il volume *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae' Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di S. Schipani (Trento, 14 e 15 dicembre 2007)*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento, 2011, nonché il volume *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik / Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert / Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento*, herausgegeben von M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti und M. Varvaro, Tübingen, 2018.

<sup>53</sup> A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 3 ss.; B. BIONDI, *Recensione a A. BERGER, Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., in *BIDR*, XXV, 1912, 59 ss.

<sup>54</sup> Le principali fonti in tema di *actio familiae erciscundae* individuate da Berger sono: Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.2.1.1 e Paul. 2 *quaest.* D. 10.2.36, già richiamati *supra* in nt. 21; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.2 pr.: *Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatus consulto vel etiam constitutione: et generaliter eorum dumtaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas*; Ulp. 10 *ad ed.* D. 10.2.24.1: *Familiae erciscundae iudicium et inter bonorum possessores et inter eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto et ceteros honorarios successores locum habet*. In tema di *actio communi dividundo*, invece, sono: Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr.: *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis*; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.3.2 pr.: *Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communis dividundo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est*; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.31: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam*

La seconda parte della sua indagine è invece dedicata all'individuazione delle principali differenze operative tra i due giudizi in relazione alla *condemnatio* formulare.

Invero, secondo la ricostruzione di Berger, la principale funzione del giudizio divisorio è espressa dall'*adiudicatio* formulare, la quale non viene definita nel suo contenuto tecnico. Tuttavia, nell'ipotesi in cui sia necessario regolare il valore delle quote assegnate ai condividenti, ovvero le prestazioni di carattere personale ricollegate alla cosa comune, in particolare sotto i profili dei *damna, impensae* e *fructus*, trova applicazione la *condemnatio*, che opera come completamento dell'*adiudicatio*<sup>55</sup>.

Più precisamente, Berger interpreta la *condemnatio* ora come strumento integrativo dell'*adiudicatio* in termini di adeguamento delle quote attribuite ai singoli soggetti al loro valore effettivo, ora come strumento di liquidazione delle prestazioni di dare e avere eventualmente sorte tra i comunisti durante lo stato di indivisione<sup>56</sup>.

## 6. Lo studio di Arangio-Ruiz in tema di giudizi divisorii

Nel 1913, Vincenzo Arangio-Ruiz pubblica un denso contributo in tema di giudizi divisorii.

In particolare, pur riconoscendo in larga parte al Berger il merito per la «lucida sistemazione dei dati delle fonti»<sup>57</sup>, lo studioso interviene a ritoc-

---

*citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri; Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7 pr.: Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur.*

<sup>55</sup> A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 101-111. Ciò risulta evidente all'interno di testimonianze gaiane, come ad esempio Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.2.1.1 e Paul. 2 *quaest.* D. 10.2.36, già richiamati *supra* in nt. 21; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.9: *Idem Iulianus scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit et communi dividendo agere coeperit, pigneraticia exceptione eum summoneri debere: sed si exceptione usus non fuero, officium iudicis erit, ut, cum debitori totum hominem adiudicaverit, partis aestimatione eum condemnet. manere enim integrum ius pignoris: quod si adiudicaverit iudex mihi, tanti dumtaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit quam pecunia credita, et debitorem a me iubeat liberari; Ulp. 2 ad ed. D. 10.2.55, già citato *supra* in nt. 21.*

<sup>56</sup> A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 93 ss.

<sup>57</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 491 ss., in specie 494, secondo il quale Berger ha avuto il merito di sfuggire «ad ogni tentazione di costruzione generalizzatrice, ha seguito passo

care le dottrine tradizionali sino ad allora proposte con riferimento all' esegesi dei passi relativi a due problemi fondamentali in materia di giudizi divisorii, ossia la legittimazione processuale e l'applicazione dell'azione in funzione di risarcimento dei danni, restituzione delle spese e divisione degli utili.

Arangio-Ruiz, in tema di legittimazione al *iudicium communi dividundo*, dapprima riconosce l'applicazione della relativa azione alla sola situazione di comproprietà; successivamente, egli concentra l'attenzione sull'estensione dell'azione in via utile riconosciuta ai concessionari del medesimo *ager vectigalis*, ai coudiutruarii, ai concreditori pignoratizi, ai contitolari di una servitù d'acquedotto.

Le conclusioni cui giunge la riflessione dello studioso sono sostanzialmente in linea con quanto già dimostrato da Berger: l'estensione del campo di applicazione del giudizio di divisione della cosa comune oltre alla situazione di comproprietà – in precedenza negata in forza del parallelismo che legava le azioni reali con i giudizi divisorii – non è da ritenersi di origine classica, bensì postclassica.

La seconda parte del contributo di Arangio-Ruiz è invece dedicata allo studio dei giudizi divisorii in funzione di risarcimento dei danni, restituzione delle spese e divisione degli utili.

È specialmente in questo ambito che lo studioso qualifica l'opera dei compilatori come «una attività decisamente innovatrice»<sup>58</sup>. In dettaglio, Arangio-Ruiz sostiene che «ai compilatori vada attribuito un passo decisivo: temo cioè ch'essi soli abbiano unificato a sistema le singole decisioni dei classici, creando la categoria dogmatica delle *praestationes*»<sup>59</sup>.

Tale contributo poggia le basi per un successivo approfondimento del tema da parte dello stesso Arangio-Ruiz, in specie per quanto concerne l'*adiudicatio* formulare<sup>60</sup>.

---

passo l'applicazione del principio della *communio iuris*».

<sup>58</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 497.

<sup>59</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 500.

<sup>60</sup> V. *infra*, in questo capitolo, § 9.

7. *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale: la tesi di Albertario*

Emilio Albertario, nel 1913, dunque nello stesso anno di Arangio-Ruiz, dedica attenzione al tema della legittimazione processuale al giudizio *communi dividundo*.

Lo studioso mette in evidenza lo svolgimento storico del giudizio di divisione della cosa comune, ritenendo – come dimostrano anche le analisi di Berger e Arangio-Ruiz – che tale *iudicium* abbia avuto definitivo compimento soltanto in età postclassica e giustiniana e non in quella classica<sup>61</sup>.

In specie, secondo la ricostruzione da lui proposta, questo dovrebbe dirsi il regime classico: la facoltà di agire tramite l'*actio communi dividundo* è riconosciuta a chi vanti la proprietà (*dominium*) o si trovi in un rapporto con la cosa sostanzialmente analogo a quello del *dominus* (come nel caso dell'*ager vectigalis* e dell'*in bonis habere*). Diversamente, è ammessa la possibilità di esercizio dell'*actio communi dividundo utile* per chi vanti il possesso, segnatamente fondato sopra una *iusta causa*.

Albertario reputa che il diritto classico avrebbe sancito il principio secondo cui il *iudicium communi dividundo* in via utile sarebbe stato da concedersi ai soggetti aventi una *iusta causa possidendi*. L'estensione a favore di più *missi in possessionem*, più usufruttuari, più usuari, più titolari di servitù prediali, più superficiali appartiene invece al diritto giustiniano<sup>62</sup>.

In conclusione, lo studioso individua nel passo contenuto in I. 4.6.20<sup>63</sup> un forte indice a favore del riconoscimento di alterazioni che hanno inciso sui frammenti contenuti nelle *sedes materiae* dei giudizi divisorii nel Digesto. In altre parole, la testimonianza in questione, estendendo la portata dell'*actio communi dividundo* oltre alla comproprietà, racchiude

<sup>61</sup> E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo' in rapporto alla legittimazione processuale*, in *SSGP*, II, 1913, 75 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, 167 ss.). V. inoltre S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, I, Roma, 1928, 753, nt. 3.

<sup>62</sup> Il riferimento principale è al frammento – già richiamato *supra* in nt. 54 – contenuto in Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr., secondo cui l'azione compete ai comproprietari; segue poi quanto contenuto in Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.7 pr.: *Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur. 1. Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere. 2. Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere*, secondo cui l'azione è estesa anche ai concessionari di un *ager vectigalis*, nonché ai possessori di buona fede di una cosa *in bonis*.

<sup>63</sup> Già citato *supra* in nt. 14.

il regime postclassico della legittimazione all'azione medesima. Infatti, se, da un lato, nel testo ulpiano contenuto in Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr. emerge con chiarezza che oggetto dell'azione divisoria sia solo la *res* (*corporalium rerum fit divisio*), dall'altro, nel passo giustiniano l'oggetto dell'azione divisoria è indicato da un'espressione ben più ampia quanto incolore (*aliquid commune*)<sup>64</sup>, ossia tanto una cosa quanto un diritto, tanto un rapporto di signoria, quanto un rapporto di detenzione.

#### 8. L'indagine di Biondi in tema di legittimazione processuale nelle azioni divisorie

Il profilo della legittimazione processuale alle azioni divisorie è indagato, negli stessi anni di Albertario, da Biondo Biondi, il quale ribadisce la ritrosia dei classici rispetto all'estensione della legittimazione processuale oltre alla proprietà dell'*actio familiae erciscundae* e dell'*actio communi dividundo*<sup>65</sup>.

Per quanto concerne la dottrina della legittimazione processuale all'*actio communi dividundo*, Biondi ne rappresenta in maniera molto efficace l'evoluzione nelle diverse fasi di svolgimento dell'esperienza giuridica romana.

In particolare, lo studioso mette in evidenza l'applicazione dell'azione alla comproprietà fino a ricomprendere anche la contitolarità di servitù prediali, usufrutto, uso, enfiteusi, superficie, fiducia, pegno e possesso<sup>66</sup>. Diversamente, egli reputa che in diritto classico l'*actio communi dividundo* in via diretta serva non solo a dividere le cose in proprietà di più persone, ma venga altresì accordata per altre situazioni che sostanzialmente si avvicinavano alla proprietà e per le quali si può parlare di *divisio* e di *adiudicatio* della *res*: si tratta della proprietà bonitaria e della *possessio* dell'*ager vectigalis*<sup>67</sup>. Accanto a tali ipotesi, si riscontra infine l'estensione dell'*actio communi dividundo* in via utile, la quale trova applicazione per quei rapporti che delineano un diritto reale che, per contenuto, importa una si-

<sup>64</sup> E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento*, cit., 186.

<sup>65</sup> B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 681 ss., secondo cui la legittimazione all'*actio familiae erciscundae* spetterebbe solo agli eredi (Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.2 pr.: *Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatus consulto vel etiam constitutione: et generaliter eorum dumtaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas*); si sarebbe poi estesa ai *bonorum possessores*, nonché a coloro *quibus addicta fuerunt bona libertatum servandarum causa*.

<sup>66</sup> B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 409 ss.

<sup>67</sup> B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 424. V. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.7 pr.-2, già richiamati *supra* in nt. 62.

gnoria più o meno ampia sulla cosa, come nell'ipotesi del pegno.

L'analisi di Biondi consente di dare ulteriore risalto a due momenti, quello di *divisio* e quello di *adiudicatio*, centrali nell'ambito dell'analisi in tema di *actio communi dividundo*: entrambi sembrano rilevare, in diritto classico, solo con riguardo alle cose corporali. In tale contesto, il diritto giustiniano sarebbe intervenuto facendo rientrare tutti i rapporti dianzi menzionati, dunque anche quelli di mero fatto, nel campo di applicazione dell'azione, esperita in via utile, a tal punto che «la dottrina dei classici venne ad essere oscurata e disorganizzata completamente»<sup>68</sup>.

### 9. Il rilievo dell'*adiudicatio formulare*: la teoria di Arangio-Ruiz

Qualche anno più tardi, più precisamente agli inizi degli anni Venti del Novecento, Arangio-Ruiz torna sul tema dei giudizi divisorii.

Lo studioso, nella sua pregnante analisi dei testi giuridici e letterari in tema di *adiudicare* e *adiudicatio*<sup>69</sup>, mette in risalto lo stretto collegamento tra la clausola di aggiudicazione e l'azione di rivendica, ritenendo che l'espressione *rem alicui ex litigatoribus adiudicare*, contenuta nella definizione gaiana<sup>70</sup>, riveli un'originaria applicazione dell'*adiudicatio* nella *rei vindicatio*.

Nella prima parte della sua indagine, nell'ambito di un approfondimento dedicato al *iudicium finium regundorum*, riferendosi alla controversia territoriale fra Magnesia e Priene relativa al possesso di un distretto territoriale situato nella bassa valle del Meandro<sup>71</sup>, Arangio-Ruiz si concentra sull'efficacia dell'*adiudicatio*.

Nello specifico, sulla base dell'esegesi della clausola aggiudicatoria contenuta in Gai 4.42 – della quale offre una rilevante variante interpretativa<sup>72</sup> –, lo studioso ritiene che l'*adiudicatio* nel senso formulare dell'espressione coincida con la «pronuncia del giudice che attribuisce ad una delle parti la proprietà di una cosa, non importa se in via dichiarativa o costitutiva. Se nel periodo classico, per quanto ci è noto, la funzione costitutiva dell'*adiudicatio* è messa dai due giudizi divisorii in prima linea, ciò non toglie che nel giudizio *finium regundorum* l'espressione sia adoperata nel suo significato

<sup>68</sup> B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 443.

<sup>69</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 5 ss. Sul punto v. più ampiamente *infra*, cap. II.

<sup>70</sup> V. Gai 4.42, già richiamato *supra*, in nt. 10.

<sup>71</sup> Su cui di recente v. M. VINCI, 'Fines', cit., 301 ss.

<sup>72</sup> V. *infra*, cap. II.

più largo»<sup>73</sup>.

La seconda parte del lavoro è dedicata ai rapporti tra *adiudicatio* e *vindictio*<sup>74</sup>.

La terza e ultima parte si concentra invece sui rapporti tra *condemnatio* pecuniaria e *condemnatio in ipsam rem*. Relativamente al tormentato frammento di Gai 4.48, esclusa la ricostruzione nel senso di condanna eseguibile «*manu militari* sopra la cosa»<sup>75</sup> – ipotesi, a ben vedere, mai esistita nel mondo antico –, con riferimento all'unica ipotesi della aggiudicazione permane l'alternativa della sentenza *in ipsam rem*.

L'opzione interpretativa offerta da Arangio-Ruiz potrebbe prestarsi a numerose critiche, *in primis* con riferimento alla difficoltà di conciliare il dato testuale, ossia l'attività descritta con il verbo *adiudicare*, con i caratteri tipici della condanna, cioè la diretta eseguibilità tramite l'*actio iudicati*, nonché la natura di prestazione risarcitoria nei termini di composizione pecuniaria. Tuttavia, tale presunta contraddizione trova, secondo lo studioso, un'immediata smentita nell'affermazione in forza della quale tali caratteristiche non si possono ricercare, quindi rinvenire, all'interno di una forma di condanna *in ipsam rem*. Ciò, per di più, troverebbe conferma all'interno di alcuni passi, nei quali la *condemnatio* dei giudizi divisorii si contrappone all'*adiudicatio*<sup>76</sup>. In questi testi indicati da Arangio-Ruiz appare evidente

<sup>73</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 36, secondo il quale, al fine di comprendere il valore costitutivo (materiale) dell'*adiudicatio* nel giudizio di regolamento di confini, il testo più significativo è quello contenuto in I. 4.17.6, che racchiude «dichiarazioni che urtano contro i presupposti fondamentali delle nostre cognizioni sul processo romano. (...) Il passo è dunque intellegibile soltanto come parte della compilazione giustiniana, non come espressione di un pensiero classico». La formula del giudizio in parola contiene innanzitutto un ordine di aggiudicazione e, solo come clausola accessoria, l'ordine di condannare al fine di ristabilire l'equilibrio tra le quote delle parti.

<sup>74</sup> V. più ampiamente *infra*, cap. II.

<sup>75</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 62.

<sup>76</sup> Il riferimento è a quanto contenuto in Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.1.5: *quia magis in confinio meo via publica vel flumen sit quam ager vicini*; I. 4.6.20, già citato *supra* in nt. 14; I. 4.17.4: *Si familiae erciscundae iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adiudicare debet et, si in alterius persona praegravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut iam dictum est, condemnare. eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceptit aut rem hereditariam corruptit aut consumpsit. quae quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur. 5. Eadem interveniunt et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. quod si de una re, veluti de fundo, si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes eius singulis adiudicare debet et, si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est: quodsi commode dividi non possit, vel homo forte aut mulus erit de quo actum sit, uni totus adiudicandus est et is alteri certa pecunia condemnandus. 6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. quae sane uno*

una certa insistenza nel qualificare la *condemnatio* come *condemnatio incertae pecuniae* nel senso di Gai 4.49<sup>77</sup>, ossia come una condanna pecuniaria, per contrapporla all'*adiudicatio* che, dunque, pare doversi collocare all'interno del concetto di *condemnatio* senza tuttavia coincidervi.

Riprendendo direttamente le parole di Arangio-Ruiz, «se questa opinione corrisponde a verità, la concezione dell'*adiudicatio* come *pars formulae* corrispettiva e antitetica alla *condemnatio* pecuniaria ha il valore di un dato storico fondamentale»<sup>78</sup>. Potrebbe infatti solo così ritenersi plausibile la concezione della giurisprudenza romana di una sentenza formulare avente contenuto autonomo, diverso da quello tipico della *condemnatio*.

#### 10. La formula dell'*actio communi dividundo* nella visione di Frezza

È Paolo Frezza che, una decina di anni dopo lo studio di Arangio-Ruiz, torna sulla funzione svolta dall'*adiudicatio*, questa volta però in ambito di giudizio di divisione della cosa comune e, in particolare, sulla ricostruzione della formula dell'*actio communi dividundo*<sup>79</sup>.

Secondo lo studioso, i punti fermi di tale azione sono costituiti dalla presenza della *demonstratio*, dell'*adiudicatio* e della *condemnatio*.

La *demonstratio* riveste un ruolo cardine sul quale si impernia tutta la struttura logica e giuridica di tale giudizio: al suo interno, infatti, è contenuta la menzione del fatto che i condividenti abbiano invocato l'intervento del *iudex* affinché egli realizzi il negozio di divisione; non vi è però alcuna controversia sottoposta all'attenzione del giudice.

Segue, in termini di necessaria conseguenza logica, l'attribuzione a quest'ultimo dei poteri indispensabili per attuare la divisione; in particolare, si riscontra una «concatenazione logica»<sup>80</sup> tra *demonstratio*, *adiudicatio* e *condemnatio*, tale da giustificare un tutto organicamente unito dal punto

---

*casu necessaria est, si evidentioribus finibus distinguere agros commodius sit quam olim fuissent distincti; nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari: quo casu conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. eo quoque nomine damnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines malitiose aliquid commisit, verbi gratia quia lapides finales furatus est aut arbores finales cecidit. contumaciae quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur, veluti si quis iubente iudice metiri agros passus non fuerit.*

<sup>77</sup> Gai 4.49: *Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula proponitur vel incertae.*

<sup>78</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 64.

<sup>79</sup> P. FREZZA, '*Actio*', cit., 3 ss.

<sup>80</sup> P. FREZZA, '*Actio*', cit., 21 s.

di vista sintattico.

In particolare, Frezza, concordando con la dottrina precedente<sup>81</sup>, esclude la presenza dell'*intentio* nella formula di epoca classica. Inoltre, egli ritiene che la *condemnatio* debba considerarsi esistente nella formula di tale giudizio sin dalle sue origini<sup>82</sup>.

Si deve infatti distinguere, dal punto di vista tanto formale quanto sostanziale, la *condemnatio* delle comuni formule dalla clausola condemnatoria dei giudizi divisorii: la prima ha contenuto dichiarativo e si traduce nell'ordine di pagamento di una somma di denaro; la seconda, invece, riveste un'efficacia costitutiva.

Nei giudizi divisorii, il giudice attribuisce, per il tramite di *adiudicatio* e *condemnatio*, la proprietà delle *partes*, ordinando eventuali conguagli fra i condividenti. In specie, quanto contenuto in Gai 4.44<sup>83</sup>, se si guarda alle formule dei giudizi divisorii, da un lato, prova la mancanza dell'*intentio*; dall'altro, non prova la mancanza della *condemnatio*, la cui presenza trova fondamento nella *demonstratio*.

Raffrontando tale ricostruzione con le fonti, nonché con le affinità tra il *iudicium communi dividundo* e quello *familiae erciscundae*, lo studioso rileva la mancanza di un commento alla *condemnatio* all'interno dei titoli dedicati ai giudizi divisorii.

Le fonti, tra le quali in particolare Pomp. 13 *ad Sab.* D. 10.3.10.2<sup>84</sup>, fanno riferimento all'*aestimatio iusto pretio* della cosa da dividere e alla *cautio de evictione* susseguente all'*adiudicatio*.

Con peculiare riguardo all'*adiudicatio*, in conformità alla *communis opinio*, Frezza ritiene che tale clausola abbia un'efficacia costitutiva<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Si riferisce in special modo a A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., 1 ss. e V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 5 ss.

<sup>82</sup> Tale opinione è in linea con quanto già affermato da una parte della letteratura straniera (A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., 1 ss. e A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 93 ss.), ma si discosta rispetto alle posizioni di O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 206 ss. e P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>11</sup>, Paris, 1929, 336 s., i quali escludono in toto la presenza di tale clausola e di V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 5 ss., che, pur negando la *condemnatio*, riconosce al giudice, in via di congettura (non portando a sostegno di tale ricostruzione alcuna fonte), una *potestas condemnandi*.

<sup>83</sup> Già citato *supra* in nt. 23.

<sup>84</sup> Pomp. 13 *ad Sab.* D. 10.3.10.2: *In communi dividundo iudicio iusto pretio rem aestimare debet iudex et de evictione quoque cavendum erit.*

<sup>85</sup> In particolare, le fonti sulle quali fonda tale interpretazione sono: Tit. Ulp. 19.16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipi sive nec mancipi sit;* Vat. Frag.

Come si ricava infatti dal giudizio di divisione dell'eredità, le soluzioni offerte da Paolo e Ulpiano<sup>86</sup>, elencando le cose che *veniunt in familiae erciscundae iudicium et adiudicari possunt*, fanno emergere l'evoluzione storica dell'*adiudicatio* come perfettamente parallela a quella della proprietà.

In definitiva, secondo Frezza, lo scopo realizzato dal giudizio divisorio, osservato dalla specola della funzione dell'*adiudicatio* formulare, è quello «di porre in essere un nuovo stato di cose distruggendone un altro che preesisteva al giudizio stesso: non si tratta, in altri termini di un giudizio dichiarativo ma costitutivo, a cui ciascuno dei soci ha il dovere di sottostare»<sup>87</sup>. È solo il caso di evidenziare che, a differenza di Arangio-Ruiz, Frezza prende posizione sulla natura della pronuncia di divisione e si dichiara a favore della tesi costitutiva, in forza della quale la sentenza in parola è idonea a creare un nuovo stato di diritto.

---

47a: *Potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est; Paul. 6 ad Sab. D. 10.2.44.1: Si familiae erciscundae vel communi dividundo actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando; Paul. 23 ad ed. D. 10.2.25.21: Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adiudicat; Pomp. 13 ad Sab. D. 10.3.10.2, già richiamato supra in nt. 84; C. 3.36.14 Imp. Diocletianus, Maximianus: Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum aequo iure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adiudicatarum specialiter inter vos convenit, id est ut unusquisque eventum rei suscipiat, recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere praeses provinciae per actionem praescriptis verbis compellet; C. 3.38.1 Imp. Antoninus A Marco: Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit (a. 211).*

<sup>86</sup> Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.8.1: *Idem Pomponius ait columbas, quae emitti solent de columbario, venire in familiae erciscundae iudicium, cum nostrae sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi: quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio. idem et in apibus dicitur, quia in patrimonio nostro computantur. 2. Sed et si quid de pecoribus nostris a bestia ereptum sit, venire in familiae erciscundae iudicium putat, si feram evaserit: nam magis esse, ut non desinat nostrum esse, inquit, quod a lupo eripitur vel alia bestia, tamdiu, quamdiu ab eo non fuerit consumptum; Paul. 23 ad ed. D. 10.2.9: Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes usu ceperunt, cum defuncto traditae essent: hae quoque res, quae heredibus traditae sunt, cum defunctus emisset; Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.10: item praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia vel superficiaria: nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet; Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.14 pr.: Sed et si usucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam et postea impleta fuerit, rem de iudicio subducit; Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.16.3: Id quod amnis fundo post litem contestatam alluit, aequae venit in hoc iudicium.*

<sup>87</sup> Così P. FREZZA, 'Actio', cit., 6.

11. *La posizione di Aricò Anselmo: lo stretto legame tra divisio e vindicatio*

È d'uopo infine esaminare l'indagine condotta da Giuseppina Aricò Anselmo – agli inizi degli anni Novanta – con riguardo alla divisione giudiziale e ai rapporti tra *divisio* e *vindicatio*<sup>88</sup>.

Come messo in evidenza dalla stessa studiosa, la ricerca non si colloca in una prospettiva storico-evolutiva, che guarda «al fenomeno della divisione giudiziale sotto quello cioè del suo espandersi e crescere in complessità (sia a livello di categorie di legittimati, sia di funzioni della *condemnatio*)»<sup>89</sup>, bensì «sotto il profilo, per dir così, più interno delle concezioni teoriche e delle costruzioni dottrinarie possibilmente sottese a quel fenomeno e ai suoi sviluppi storici»<sup>90</sup>.

Aricò Anselmo si concentra sulla testimonianza contenuta in Ulp. 20 *ad ed. D. 10.3.7 pr.-13*, giunta a noi genuina nella sua attuale formulazione, la quale consente di leggere le «linee della struttura logico-concettuale su cui poggia essenzialmente la dottrina romana della divisione giudiziale»<sup>91</sup>. In specie, la tesi della studiosa supera l'interpretazione di Berger, che aveva definito il frammento «lo scompaginato avanzo di un complesso di pesanti

<sup>88</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 259 ss. Nell'indagine, la studiosa, dapprima, chiarisce il concetto di *vindicatio* usato da Ulpiano, poi, rinvia differenti modi di operare della divisione. In particolare, secondo l'opinione di Aricò Anselmo dovrebbe distinguersi un *dividere* in senso stretto, caratterizzato dalla *divisio* e dall'*adiudicatio*, secondo il criterio della quota, in rapporto alle specie di *corpora* (*divisio rerum* e *divisio/distributio hereditatis*) (su cui v. Paul. 23 *ad ed. D. 10.3.1: Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit*; Ulp. 30 *ad Sab. D. 10.3.3 pr.: 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*; Gai. 7 *ad ed. prov. D. 10.2.1 pr.: Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communiione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*); un *dividere* in senso generico in rapporto all'usufrutto; uno pseudo-*dividere*, che opererebbe tramite *divisio* e *adiudicatio* ma senza il criterio della quota per quanto concerne le cose date in pegno; una funzione residuale relativamente alle *praestationes* che non riguarda la funzione del *dividere*. In definitiva, la studiosa ritiene che «il concetto di *divisio* trascolora e sbiadisce progressivamente in alcune specie di attività del *iudex* che vi si collegano in modo solo approssimativo o meramente nominale, fino a perdersi del tutto in una non-*divisio*, nella fascia più esterna delle *praestationes*» (p. 326).

<sup>89</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 261.

<sup>90</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 261.

<sup>91</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 262.

interventi giustiniani»<sup>92</sup>.

L'autrice scinde la ricerca in due parti, guardando, da un lato, al giudizio divisorio promosso in via diretta, dall'altro, al *iudicium utile*.

In particolare, sebbene il frammento ulpiano dianzi richiamato sia dedicato ad alcune secondarie applicazioni del *iudicium communi dividundo* tra soggetti diversi dai condomini, nel libro 19 Ulpiano prima affronta per intero il giudizio di divisione dell'eredità, poi quello dell'*actio communi dividundo* per quanto riguarda il condominio.

In seguito, Aricò Anselmo delinea il campo di applicazione dei due giudizi divisorii: il *iudicium familiae erciscundae* e quello *communi dividundo*.

A fronte del riconoscimento vicendevole della spettanza per quote dell'oggetto della lite, si ricorre al giudizio petitorio; il giudice, infatti, pronuncia la sentenza con la quale può ordinare la *restitutio* oppure *condemnare*, ovvero assolvere, definendo il rapporto in ordine al possesso legittimo o illegittimo dell'oggetto. Diversamente, là ove le parti ammettono pacificamente di essere tutte titolari *pro quota* dell'eredità o della cosa comune, si rinvengono gli estremi per ricorrere al giudizio divisorio, che prescinde dall'esame della posizione delle parti in relazione al possesso sulla cosa e attribuisce al giudice il compito di procedere agli atti implicati dall'*adiudicatio* e dalla eventuale *condemnatio*.

Secondo Aricò Anselmo, il rapporto intercorrente tra il giudizio di divisione dell'eredità e quello della cosa comune traspare dalla già richiamata testimonianza ulpiana, nella quale il *iudicium communi dividundo* si configura come un'azione strutturalmente – e forse anche storicamente – ricavata dal giudizio di divisione dell'eredità: in particolare, si delinea come un 'mezzo divisorio minore' a disposizione degli eredi per ottenere la *divisio* delle *res hereditariae corporales* di cui sono divenuti, *iure hereditario*, condomini, convettigalisti, comproprietari bonitari, compossessori di buona fede. Accanto, vi sono poi altre forme di *divisio*, in senso generico, operative con riguardo agli ulteriori elementi che compongono l'*hereditas*: il riferimento va alle tre applicazioni del *iudicium communi dividundo utile* ammesse in Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7 relativamente a usufruttuari, creditori pignorati e *missi in possessionem*.

Nella ricostruzione della studiosa, il giudizio di divisione in via utile è concepito come un «mezzo adibito a realizzare indipendentemente dall'*hereditas* lo stesso tipo di funzioni che l'*actio familiae erciscundae* esercita su elementi diversi dai *corpora hereditaria*»<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 262.

<sup>93</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 455.

Nel contesto descritto, è possibile rilevare ipotesi di concorrenza elettiva tra *hereditatis petitio*, *vindicatio partiarie* e azioni divisorie: queste ultime, infatti, là ove siano esperite vittoriosamente dall'attore, consentono di raggiungere un risultato equivalente rispetto a quello che caratterizza l'*actio familiae erciscundae* e *communi dividundo*, e ciò accade per ragioni di varia opportunità, «a prescindere volutamente di trovarsi in attitudine litigiosa o pacifica sulla questione (...) e a considerare utilitaristicamente i due tipi di giudizio come mezzi intercambiabili in vista dell'obiettivo che essi permettono di raggiungere»<sup>94</sup>.

In definitiva, dunque, sono le caratteristiche strutturali del giudizio divisorio a rendere evidente ciò, ovvero sia il fatto che il giudice all'interno di tale *iudicium* si astiene da ogni controllo sul rapporto giuridico – la verifica giudiziale della questione di diritto –, che deve quindi presumersi sotteso nella richiesta di divisione. Ciò è messo bene in luce nel frammento ulpiano di Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7 pr.-13, che racchiude in sé il principio secondo il quale il giudizio divisorio spetti in base alla titolarità del giudizio petitorio parziario<sup>95</sup>.

## 12. Perimetrazione dello studio e piano di sviluppo della ricerca

Già alla luce di quanto sin qui osservato, si può scorgere che i problemi implicati nello studio della divisione giudiziale tramite l'*actio communi dividundo* sono numerosi e di varia natura.

Tradizionalmente, lo scopo di divisione e la conseguente attribuzione *pro quota* della *res* sono riconosciuti per entrambi i cd. giudizi divisorii, ossia il *iudicium familiae erciscundae* e quello *communi dividundo*; a ben vedere, la dottrina ha affrontato lo studio di tali *iudicia* per lo più congiuntamente.

In tale contesto, mi sono convinta che il fenomeno della divisione giudiziale della comunione non ereditaria presenti alcuni tratti tali da giustificare una trattazione distinta rispetto a quella della divisione della coeredità; e ciò a partire dalle peculiari caratteristiche della *res* oggetto di

<sup>94</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 452.

<sup>95</sup> G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 454, secondo cui, a titolo esemplificativo, facendo riferimento all'*actio communi dividundo*, può dirsi che «*res communes* giudizialmente divisibili sono le cose in ordine alle quali più soggetti siano contitolari di un rapporto giuridico tutelato da una *vindicatio*», ossia di una situazione di *dominium*, *ius in agro vectigali*, *in bonis habere*, *possessio bonae fidei*.

divisione, nonché dal ruolo svolto dal giudice in connessione con quanto espressamente voluto dai soggetti coinvolti nel giudizio divisorio<sup>96</sup>.

In questa sede, intendo pertanto concentrare l'attenzione sul solo *iudicium communi dividundo*, allo scopo di chiarirne il funzionamento e, in specie, la funzione dell'*adiudicatio*. Per meglio dire, l'obiettivo è quello di determinare l'effetto che, nelle singole ipotesi di divisione, in forza della sentenza di *adiudicatio* del *iudex/arbiter*, si produce sulla *res* e, di conseguenza, in capo ai contendenti.

Tale scopo sarà perseguito procedendo al raffronto con le numerose testimonianze di divisione – per lo più escerpitate da D. 10.3 –, nelle quali l'idea di *res*, divisibile o indivisibile, guiderà lo sviluppo dell'indagine.

Ripensare la funzione dell'azione divisoria in parola guardando al profilo dell'*adiudicare rem* – così come descritto in Gai 4.42 – all'interno della più ampia funzione del *dividere*, al ruolo dei dividendi nella domanda di divisione, alla discrezionalità dell'organo giudicante, credo consenta di indagare l'operare di tale giudizio da un'angolatura originale, sempre in una lettura che si sforza di essere coerente con il dato delle fonti.

Se, invero – come già sostenuto in letteratura<sup>97</sup> –, potrebbe apparire tautologico illustrare il contenuto dell'*adiudicatio* tramite il riferimento letterale all'attività di *adiudicare rem*, ciò non significa che la definizione gaiana – *adiudicatio* nei termini di *adiudicare rem* – non contenga elementi utili a dischiuderne il significato.

Diversi sono dunque i profili che intendo valorizzare: il modo in cui viene elaborato il rapporto di *communio* che influisce sul modo di concepire la divisione<sup>98</sup>; il criterio della quota, la quale permea l'atto di scioglimento della *res pro indiviso*<sup>99</sup>; la figura del giudice/arbitro che interviene formalmente a plasmare le differenti forme dell'*adiudicare rem*<sup>100</sup>; il ruolo delle parti coinvolte nel *iudicium*. A questo proposito, come vedremo, l'attività di *adiudicare rem* è, nella sostanza, limitata e guidata dall'interesse delle parti<sup>101</sup>, le quali, nel pieno rispetto della struttura formulare del

<sup>96</sup> Sul punto v. *infra*, cap. III e IV.

<sup>97</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16 ss. Sul punto v. ampiamente *infra*, cap. II.

<sup>98</sup> V. *infra*, cap. III.

<sup>99</sup> V. *infra*, cap. III e successivi.

<sup>100</sup> Gai 4.42, su cui v. *infra*, cap. II e cap. IV per quanto riguarda le applicazioni concrete dell'*actio communi dividundo*.

<sup>101</sup> V. Iav. 2 *epist.* D. 10.3.18: *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*; Paul. 23 *ad ed.* D.10.3.10.2, già richiamato *supra* in nt. 84; Ulp. 30 *ad Sab.* D.10.3.3.1: *Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et familiae eriscundae et communi dividundo iudex servare debet*; Ulp. 30 *ad Sab.* D.10.3.21: *Iudicem in*

procedimento, concorrono a realizzare lo scopo divisionale, dando luogo a una fattispecie regolativa – mediante la pronuncia del giudice – dello scioglimento della *communio*.

A fronte di ciò, per un verso, mi sono persuasa che tornare a riflettere sul fenomeno di scioglimento in giudizio della comunione per il tramite dell'*actio communi dividundo* consenta il recupero di un tema centrale nell'ambito dei problemi del processo civile romano.

Per altro verso, riconsiderare criticamente lo studio delle fonti in tema di *actio communi dividundo* costituisce l'occasione per svolgere alcune considerazioni di carattere più generale con riferimento al cd. *officium iudicis*.

In dettaglio, ricostruito lo stato dell'arte con riguardo al fenomeno divisorio, concentrerò l'attenzione sull'operare dell'*actio communi dividundo* con l'obiettivo di illustrare la funzione in concreto svolta dall'*adiudicatio*.

Più nello specifico, il piano di sviluppo della ricerca intende prendere le mosse dall'esegesi della definizione di *adiudicatio* contenuta in Gai 4.42, nonché delle principali testimonianze che la letteratura utilizza per l'interpretazione della pronuncia divisoria in termini costitutivi.

Successivamente, intendo procedere allo studio critico dei frammenti ricavati dal titolo che costituisce la *sedes materiae* nel *Corpus* giustiniano. L'esame dei passi, escerpti in prevalenza dalle opere di Paolo e Ulpiano<sup>102</sup>, condurrà a delineare una relazione complessa tra lo scopo della divisione e la pronuncia del *iudex/arbitrator*.

In particolare, lo sguardo sarà così posto dapprima sull'idea di *res (communis)* rilevante nel contesto del *iudicium communi dividundo*, poi sull'esercizio del giudizio medesimo in relazione a *res* divisibili e *res* indivisibili, nei termini che cercherò di chiarire.

L'intenzione – mi preme ribadirlo – è quella di vagliare criticamente quei frammenti che ritengo idonei a mostrare in maniera più evidente la funzione dell'*adiudicatio* nel processo divisorio radicato mediante l'*actio communi dividundo*, in raffronto alla presunta efficacia meramente costi-

---

*praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit.*

<sup>102</sup> Mi riferisco per lo più ai commentari all'editto di Paolo e Ulpiano, i quali, come noto, costituiscono un'architettura della compilazione giustiniana. Sul punto v. in specie E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmisione e fonti*, Napoli, 2002, il quale, in nt. 4, precisa che «l'*ad edictum* di Ulpiano, con i suoi 1628 frammenti è l'opera più impiegata dai compilatori (così come quello di Paolo è il lavoro più utilizzato di questo giurista: 767 frammenti)». Sui primi tre libri del commentario paolino, nonché sulla figura di Giulio Paolo v. di recente *Iulius Paulus ad edictum*, *Libri I-III*, a cura di G. Luchetti, A.L. de Petris, F. Mattioli e I. Pontoriero, Roma, 2018. Sulla figura di Domizio Ulpiano v. di recente *Cnaeus Domitius Ulpianus, Institutiones de censibus*, a cura di J.-L. Ferrary, V. Marotta e A. Schiavone, Roma, 2021.

tutiva della stessa.



## CAPITOLO SECONDO

### *L'adiudicatio e la cd. efficacia costitutiva della sentenza di divisione*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. La testimonianza di Gai 4.42: la definizione di *adiudicatio* – 3. L'opzione interpretativa di Arangio-Ruiz: l'espressione tautologica *adiudicare* come *adiudicare rem* – 4. L'*adiudicare rem* e la sua origine ciceroniana nella ricostruzione di Arangio-Ruiz – 5. Il valore processuale dell'*adiudicatio* – 6. Il raffronto con la *potestas iudicis* nella *condemnatio* formulare – 7. Le principali fonti in argomento di efficacia costitutiva a partire da Tit. Ulp. 19.16 – 8. La testimonianza di Tit. Ulp. 19.2 e la sistematica dei modi di acquisto del dominio – 9. La testimonianza di Vat. Frag. 47a – 10. La testimonianza di Paul. 6 *ad Sab. D.* 10.2.44.1 – 11. La testimonianza di Marc. 17 *dig. D.* 41.3.17 – 12. Conclusioni parziali sulla funzione dell'*adiudicatio*.

#### 1. *Premesse*

L'efficacia della pronuncia del *iudex communi dividundo* è tradizionalmente racchiusa entro il dogma della costitutività<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il valore costitutivo ovvero dichiarativo della sentenza di divisione rappresenta una questione fortemente dibattuta anche nel diritto vigente. In dottrina v. di recente G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e della donazioni*<sup>10</sup>, Milano, 2020, in specie 426 ss., secondo cui la divisione riveste carattere costitutivo ed efficacia *ex nunc*; C. MANDRIOLI - A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*<sup>28</sup>, Torino, 2022, 8 ss., 59 ss. In precedenza, tra gli altri, si segnala la posizione di A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1958, 402 ss., secondo cui l'atto di divisione è qualificabile come surrogazione reale; A. BURDESE, *La divisione*, cit., in specie 209, secondo cui la divisione configura un atto dalla natura complessa con effetto modificativo-traslativo in ordine al regime delle garanzie, ma dichiarativo della titolarità dei singoli beni ereditari; C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, Napoli, 1981, 87, che individua nella divisione un carattere novativo quale sintesi di due effetti, uno estintivo e uno costitutivo; P. FORCHIELLI - F. ANGELONI, *Della divisione*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*<sup>2</sup>, Libro II, *Successioni*, Art. 713-768, Bologna - Roma, 2000, 3 s., ove si precisa che la divisione individua un atto traslativo. Sul punto merita di essere richiamata la ricostruzione di A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc.*

Invero, la *communis opinio* è nel senso di ritenere che mediante *adiudicatio*, il *iudex* o *arbiter*, nell'assegnare quote del bene in luogo della *res* indivisa oggetto della comunione, attribuisca ai condividenti il diritto di

---

*dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss. (ora in *Voci di teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, 1985, in specie ntt. 103-392), secondo cui «la prima pronuncia giudiziaria di cui si abbia notizia sicura è quella dell'8 gennaio 1569: decidendo che la divisione liberava gli altri coeredi dall'ipoteca accesa da uno di essi durante lo stato di divisione, quella pronuncia veniva ad escludere che il contratto di divisione producesse effetti traslativi. Altre esigenze concorsero a rafforzare questo nuovo indirizzo: principalmente esigenze di ordine fiscale, tendenti a sottrarre al laudemio i conguagli eccedenti la quota e l'attribuzione al coerede per licitazione della cosa comune indivisibile. Accolta nella *Coutume* di Parigi la concezione del contratto di divisione come contratto non traslativo e dichiarativo di un acquisto diretta dal *de cuius*, si venne rapidamente consolidando». Di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 7 ottobre 2019, n. 25021, sono intervenute a porre fine alla *querelle* interpretativa relativa alla natura della divisione. I giudici di legittimità hanno statuito per la prima volta a favore dell'efficacia traslativo-costitutiva della divisione, ritenendo che tale atto dia luogo a una fattispecie autonoma di acquisto della proprietà: «deve, pertanto, riconoscersi, che la divisione ha natura specificativa, attributiva, che impone di collocarla tra gli atti ad efficacia tipicamente costitutiva e traslativa (efficacia, peraltro, della quale non si dubitava né nel diritto romano né in quello intermedio». *Contra*, di recente, Cass. 24 maggio 2021, n. 14105. Sulla sentenza delle Sezioni Unite v. *Contratti*, 2019, 607 ss., con nota di F.M. BAVA, *La divisione quale atto 'inter vivos' avente natura costitutiva*; in *Notariato*, 2019, 649 ss., con nota di C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*; in *Vita not.*, 2019, 1229 ss., con nota di V. CERSOSIMO, *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime riflessioni e risvolti pratici)*; in *Vita not.*, 2019, 1257 ss., con nota di F.P. LOPS, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche. Considerazioni a margine della recente sentenza delle Sez. Un. Cass., 7 ottobre 2019, n. 25021*; in *Riv. not.*, 2020, 1235 ss., con nota di C. CICERO - A. LEUZZI, *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*; in *Diritto e pratica tributaria*, 2020, 1094 ss., con nota di F. PINTO, *Natura giuridica della divisione e disciplina in materia di imposta di registro*; in *Fallimento*, 2020, 489 ss., con nota di L. BACCAGLINI, *Comunione ereditaria, immobile abusivo e domanda di divisione proposta dal curatore: via libera delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2020, 1068 ss., con nota di S. BONA, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche: questioni qualificatorie e processuali*; in *Giur. it.*, 2020, 2647 ss., con nota di G. ORLANDO, *Nullità urbanistiche e divisione ereditaria: l'equivoco delle Sezioni Unite*; in *NGCC*, 2020, 507 ss., con nota di M. CARPINELLI, *Lo scioglimento della comunione ereditaria avente ad oggetto beni immobili abusivi: estensione delle nullità alle divisioni ereditarie*. In argomento v. anche G. AMADIO, *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *NGCC*, 2020, 696 ss. Non è certamente questa la sede per approfondire lungo l'asse della storia l'intero sviluppo del dogma relativo natura della divisione. Mi limito pertanto al rinvio per l'esperienza medievale a E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, in specie 389 s., a ID., *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, 1961, 249 ss., nonché a P. GROSSI, voce *Divisione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 415 ss.

proprietà delle singole porzioni della medesima *res*<sup>2</sup>.

In specie, la pronuncia divisoria è letta come l'atto mediante il quale si costituisce in favore di ciascun compartecipe il diritto esclusivo di proprietà o un diritto reale limitato, di godimento o di garanzia<sup>3</sup>.

L'*adiudicatio* – allo stesso modo di *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio* – sarebbe dunque idonea a trasferire la proprietà o a costituire un diritto reale limitato sulla *res*<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> V. G. PUGLIESE, *Sentenza*, cit., 358 ss.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 21 ss.; M. MARRONE, *L'effetto*, cit., 127 ss.; M. TALAMANCA, voce *Confini (Regolamento di)* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 954 ss.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., in specie 310 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 157 ss. Più di recente, v. V. CARRO, *Alcune osservazioni*, cit., 304 ss. Guarda al tema, sebbene da una differente prospettiva relativa all'efficacia retroattiva della divisione, R. D'ALESSIO, 'Un dogma', cit., 1 ss. Ritieni che la natura costitutiva o dichiarativa della divisione, nella comparazione con l'esperienza giuridica contemporanea, costituisca un 'falso problema' S. CACACE, *La natura*, cit., 485 ss. Reputo doveroso precisare che l'efficacia costitutiva di cui sto discutendo va tenuta distinta dalla cd. efficacia preclusiva e normativa della sentenza. Sul punto v. in termini generali A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, X, 1959, 1 ss.; ID., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss. Restano imprescindibili gli studi di M. MARRONE, *L'effetto*, cit., *passim*. Di recente, torna sul tema C. PELLOSO, 'Bis de eadem re sit actio': *osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata*, in 'Res iudicata', I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, 209 ss., a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>3</sup> Le principali testimonianze valorizzate sono Tit. Ulp. 19.16; Vat. Frag. 47a; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.1; Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17, sulle quali v. *infra*, in questo capitolo.

<sup>4</sup> A ben vedere l'*adiudicatio* non è menzionata nell'elenco dei modi di acquisto della proprietà in Gai 2.65: *Ergo ex his, quae diximus, apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum*, né in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.1 pr.: *Quarundam rerum dominium nasciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit*, dove non risulta essere presente nemmeno la *lex*. L'*adiudicatio* compare invece, come vedremo, in Tit. Ulp. 19.2: *Singularum rerum dominium nobis acquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege*. La letteratura in argomento è sterminata. Intorno al valore delle distinzioni gaiane riflette in particolare P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, 90 ss. Tra gli altri v. anche S. PEROZZI, *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D.41.1.7.7 sia di Gaio*, in *Scritti giuridici*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 1948, 253 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952; A. BURDESE, *Il concetto di 'ius naturale' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, VII, 1954, 407 ss.; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, in specie 76 s., 113; S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 1 ss., in specie 2; G. NOCERA, 'Ius naturale' nella esperienza giuridica romana, Milano, 1962; F. STURM,

In letteratura, da un lato, pare non potersi dubitare del carattere costitutivo dell'*adiudicatio* nell'*actio communi dividundo* e nell'*actio familiae erciscundae*. Dall'altro lato, in relazione all'*actio finium regundorum*, è stata avanzata l'ipotesi del valore dichiarativo di tale parte formulare: più nello specifico, nel giudizio di regolamento di confini, l'aggiudicazione andrebbe a integrare quella *pars formulae* volta non tanto all'attribuzione per opera del giudice del *dominium ex iure Quiritium*, quanto all'accertamento, che si realizza nella sentenza, di una situazione preesistente<sup>5</sup>.

Tuttavia, recentemente, anche con riguardo al giudizio di regolamento dei confini, Massimiliano Vinci ha ritenuto di interpretare l'effetto dell'*adiudicatio* in termini costitutivi: la funzione dell'*actio finium regundorum* non si esaurirebbe, secondo lo studioso, «nella mera operazione topografica del tracciamento della linea di confine»<sup>6</sup>, ma dovrebbe interpretarsi come volta alla «corretta valutazione delle esigenze della parte»<sup>7</sup>, nonché all'indi-

---

'*Alienationis verbum etiam usucapionem continet*', in *Mélanges Meylan*, I, 1963, 299 ss.; G.G. ARCHI, 'Lex' e 'natura' nelle Istituzioni di Gaio, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, 3 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, 'Ius publicum' - 'Ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 447 ss., in specie 595, nt. 71; M. KASER, 'Ius gentium', Köln - Weimar - Wien, 1993. Più di recente torna sull'argomento, con particolare riferimento a *mancipatio* e *traditio*, S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010 in specie, 84, nt. 4; 99, nt. 28; 115; 143, nt. 33; 174 s.; 208, nt. 130; 268, nt. 6; 209, nt. 130. Sulle *divisiones rerum* in Gaio v., tra gli altri, C. BALDUS, *I concetti di 'res' in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del 'praetor urbanus'*, in *AUPA*, LV, 2012, 41 ss. Infine, un cenno alle testimonianze menzionate anche in A. ARNESE, *La 'similitudo' nelle 'Institutiones' di Gaio*, Bari, 2017, in specie 121; F. BATTAGLIA, *Strutture espositive in Gaio: per una morfologia delle 'Institutiones'*, in *Le Istituzioni di Gaio avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux e D. Mantovani, Pavia, 2020, 205 ss., in specie 245 ss. Sullo sfondo, in tema di *Res Cottidiane*, di recente, v. R. MARTINI, *Gaio e le 'Res cottidiana'*, in *AUPA*, LV, 2012, 171 ss.

<sup>5</sup> Sulla presenza dell'*adiudicatio* nel giudizio di regolamento di confini, v. in termini generali M. TALAMANCA, voce *Confini*, cit., 954 ss.; G. BROGGINI, voce *Regolamento di confini (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 247 ss. Inoltre, tra gli altri, G. CIULEI, 'Finium regundorum', in *ZSS*, LXXXI, 1964, 303 ss.; A.D. BIALET, 'De finium regundorum' *CTh.* 2, 26, 1-5, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 539 ss.; M. KASER, 'Adiudicare' bei der 'actio finium regundorum' und bei Vindikationen, in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae. Ediderunt J.A. Ankum R. Feenstra, W.F. Leemans. Tomus primus: 'Ius Romanum'*, Leiden, 1968 (ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 117 ss., in specie 121); F.T. HINRICHS, *Zur Geschichte der Klage finium regundorum. Eine Kontroverse mit Rolf Knütel*, in *ZSS*, CXI, 1994, 242 ss. Più di recente, M. VINCI, 'Fines', cit., 280 ss., al quale si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup> M. VINCI, 'Fines', cit., 445.

<sup>7</sup> M. VINCI, 'Fines', cit., 445.

viduazione «dell'*actio* a esse appropriata sulla base del *petitum* (...) e quello legato alla tematica delle *praestationes*»<sup>8</sup>.

Per meglio dire, la redazione edittale della formula del *iudicium finium regundorum* sarebbe definita proprio dalla clausola di aggiudicazione che, anche all'interno di tale procedimento, assumerebbe dunque un valore costitutivo<sup>9</sup>.

I discorsi sinora svolti impongono di incentrare l'attenzione sull'*adiudicatio* formulare, allo scopo – giova ribadirlo – di delineare la funzione di tale clausola nell'ambito del *iudicium communi dividundo* e di chiarire, dunque, il contenuto della sentenza pronunciata dal giudice al termine del medesimo giudizio.

In primo luogo, mi soffermerò sulla definizione di *adiudicatio* contenuta in Gai 4.42.

In secondo luogo, procederò al vaglio critico delle fonti più significative portate dalla letteratura a sostegno della tesi degli effetti costitutivi della medesima *adiudicatio*, ossia Tit. Ulp. 19.16, Vat. Frag. 47a, Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.1 e Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17<sup>10</sup>.

Soltanto a quel punto potrò tentare la ricostruzione del regime del *iudicium communi dividundo*, nella prospettiva che guarda all'effetto giuridico prodotto dalla sentenza del giudice sulla *res* oggetto di divisione, ovvero sia alle attribuzioni patrimoniali realizzate a vantaggio delle parti coinvolte nello scioglimento della comunione di un bene. A tale scopo, come già accennato, analizzerò prevalentemente fattispecie di divisione contenute in D. 10.3.

<sup>8</sup> M. VINCI, 'Fines', cit., 445.

<sup>9</sup> M. VINCI, 'Fines', cit., 274 ss.

<sup>10</sup> Alle testimonianze testé richiamate, vi è chi aggiunge anche C. 3.36.14 Imp. Diocletianus, Maximianus: *Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum aequo iure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adiudicatarum specialiter inter vos convenit, id est ut unusquisque eventum rei suscipiat, recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere praeses provinciae per actionem praescriptis verbis compellet*; Ulp. 27 *ad Sab.* D. 40.7.6.3: *Statuliber parendo conditioni in persona emptoris pervenit ad libertatem: et sciendum hoc ad statuliberos omnis sexus pertinere. non solum autem si venierit, haec condicio ad eum transit qui emit, verum etiam ad omnes, quicumque quoquo iure dominium in statulibero nacti sunt. sive igitur legatus sit tibi ab herede statuliber sive adiudicatus sive usucaptus a te sive traditus vel aliquo iure tuus factus, sine dubio dicemus parere conditioni in persona tua posse. sed et in herede emptoris idem dicitur*, nonché I. 4.17.7, già richiamato in cap. I, nt. 30. In tal senso, v. soprattutto A. TARTUFARI, *Sulla natura*, cit., in specie 452 s.; F. HOENIGER, *Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichen Rechte auf historischer Grundlage unter besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechtes*, Berlin, 1901, in specie 27, nt. 30.

## 2. La testimonianza di Gai 4.42: la definizione di adiudicatio

Nel quarto commentario del manuale gaiano è riportata la definizione di *adiudicatio*<sup>11</sup>:

Gai 4.42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, uelut si inter coheredes familiae erciscundae agatur aut inter socios communi diuidendo aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: QUANTVM ADIVDICARI OPORTET, IVDEX, Titio ADIVDICATO*<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Una definizione di *adiudicatio* compare anche nel già richiamato testo contenuto in I. 4.6.20 (v. *supra*, cap. I, nt. 14). In particolare, la stessa frase *permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus [ex bono et aequo] adiudicare* di Gai 4.42 si ritrova nella parte finale di I. 4.6.20, la quale, probabilmente, non deriva dal passo delle Istituzioni gaiane, ma dalle *Res cottidianae*. La cosa non è però accertabile con sicurezza, stante la fattura giustiniana di gran parte del § 20. Sul punto imprescindibile il contributo di C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, XIII, 1901, 101 ss., in specie 193 (ora in *Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 307 ss., in specie 407), il quale recupera l'origine classica delle azioni miste. *Contra*, V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 506, nt. 1, secondo il quale il testo classico non poteva parlare di azioni miste. Sul passo delle Istituzioni giustiniane v. inoltre D. LIEBS, *Gemischte Begriffe römische Recht*, in *Index*, I, 1970, 143 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, cit., 414, nt. 35; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 50 ss., il quale sottolinea in relazione alla costruzione delle azioni divisorie come *actiones mixtae* che «nonostante che la concettualizzazione in parola si fondi su talune particolarità del regime di queste azioni che possono senz'altro esser fatte risalire in piena consapevolezza alla giurisprudenza classica o alla cancelleria diocleziana, è difficile non attribuire la precisa individuazione della categoria in questione, nei limiti in cui essa sia effettivamente avvenuta, ai maestri postclassici o giustinianeî»; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, 15 ss., il quale mette in risalto come la distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam* nel diritto giustiniano assume caratteristiche differenti da quelle del diritto classico.

<sup>12</sup> Sul passo la letteratura è cospicua. Tra i molti v. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 210 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 5 ss.; P. FREZZA, *'Actio'*, cit., 6 ss.; D. LIEBS, *'Damnum', 'damnare' und 'damnas'. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS*, LXXXV, 1968, 173 ss., in specie 237; H. ANKUM, *De Institutonen von Gaius, vertaald door J.E. Spruiten K. Bongenaar*, in *ZSS*, CIV, 1987, 737 ss., in specie 744; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 37 s.; F. LA ROSA, *La formula dell'actio iudicati. Contributo allo studio dei poteri del 'iudex'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 233 ss., in specie 239; C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 105 ss.; A. ROMANO, *Condanna 'in ipsam rem' e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in *Labeo*, XXVIII, 1982, 131 ss., in specie 132; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 217 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Teilvindikation oder Teilungsklage?, Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht*, in *ZSS*, CX, 1993, 124 ss., in specie 167; F.T. HINRICHS, *Zur Geshichte*, cit., 242 ss., in specie 243;

Innanzitutto, un tentativo di traduzione del frammento gaiano mi pare indispensabile per chiarire al meglio il mio pensiero in merito.

L'aggiudicazione è quella parte della formula con la quale si permette al giudice di *adiudicare* una *res* a qualcuno dei litiganti: ad esempio, se si agisca per la divisione dell'eredità tra coeredi, o per la divisione di una comunione tra soci, o per regolare i confini tra vicini. Lì invero così risulta: il giudice aggiudichi a Tizio quanto gli debba essere aggiudicato.

Come oltremodo noto, il frammento si colloca nella trattazione che Gaio dedica alle parti formulari<sup>13</sup>. Nello svolgimento del commentario gaiano alle *actiones*, il filo conduttore è costituito – come recentemente sottolineato da Falcone – dalla *conceptiones verborum*, la cui «strumentalità»<sup>14</sup> si constata con riguardo alla presentazione sia dello schema verbale dell'*actio*, sia di ogni *pars formulae*, dove «contro una diffusa e ancora oggi persistente lettura in chiave topografica, già Juncker aveva rettamente inteso che il pronome *qua* è un ablativo di strumento»<sup>15</sup>.

In tale contesto, l'*adiudicatio*, così come le altre *partes formularum*, viene presentata come un mezzo che assolve a una determinata funzione<sup>16</sup>;

---

D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 60 s. Più di recente v. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, 26 s.; F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore*, cit., 279 ss., in specie 286 s., dove precisa che la presenza della clausola *quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicatio* si può così spiegare: «recare come ipotesi di tale *pars formulae* soltanto le parole *iudex Titio adiudicatio* poteva sembrare troppo poco e soprattutto apparire una sorta di descrizione tautologica, nonché nella sua brevità poco chiaro ed efficace specie da un punto di vista didattico, risolvendosi in tal caso la trattazione, in ultima analisi, nell'affermare che l'*adiudicatio* consisteva nell'attività del giudice volta appunto ad aggiudicare». Sul concetto di *oportere* – il quale declinato nella voce verbale *oportet* nel contesto dell'azione divisoria assume una valenza peculiare –, ID., *Per una storia*, cit., 429 ss., in specie 445 ss., dove puntualizza che «oltre alle azioni di stretto diritto, non vi erano le sole formule di buona fede, ma altresì altre azioni *incerti*, con una formula caratterizzata da *oportet* privo di rinvii a tale criterio (...), come l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio communi dividundo*».

<sup>13</sup> Nell'elenco stilato nel quarto commentario delle *Institutiones*, l'*adiudicatio* è indicata da Gaio come una delle clausole che forma la struttura di base della formula. V. Gai 4.39: *partes autem formularum hae sunt: demonstratio intentio adiudicatio condemnatio*, nonché Gai 4.44, già richiamato *supra*, in cap. I, nt. 23. Sul punto v. più di recente C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 127 ss. Inoltre, tra gli altri, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Sulla scrittura della formula nel processo romano*, in *Iura*, I, 1950, 15 ss.; A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana: note ed appunti*, Milano, 1973.

<sup>14</sup> G. FALCONE, *Appunti*, cit., in specie 66.

<sup>15</sup> Così G. FALCONE, *Appunti*, cit., 66 s.

<sup>16</sup> Gai 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur*. Sul punto v. in particolare R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 6 ss., in specie 80, nt. 56; G. FALCONE, *Appunti*, cit., 66; M.L.

tale funzione è sintetizzata da Gaio nel *rem alicui ex litigatoribus adiudicare*.

Più precisamente, la testimonianza gaiana è composta da tre parti.

La prima parte contiene la definizione vera e propria di *adiudicatio*, la quale coincide con l'attività di *adiudicare rem*<sup>17</sup>.

La seconda parte, introdotta da *velut si*<sup>18</sup>, indica le formule contenenti

---

BICCARI, *Dalla pretesa*, cit., 121 ss.

<sup>17</sup> I termini *adiudicatio* e *adiudicare* si incontrano nelle opere della giurisprudenza classica e nel *Codex giustiniano* nel significato tecnico di *pars formulae* o di pronuncia del giudice sempre in materia di giudizi divisori. Nel *Codice Teodosiano* e nelle *Novelle post-teodosiane*, il lemma *adiudicatio* non ricorre mai. Nel contesto dei titoli del *Digesto* dedicati ai giudizi divisori i termini *adiudicatio* e *adiudicare* compaiono in particolare in: Paul. 23 *ad ed.* D. 10.1.4.5; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.22.1-2; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.29; Iul. 2 *ad Urs. Fer.* D. 10.2.52.2; Ulp. 2 *ad ed.* D. 10.2.55; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.10; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.3. Sulla ricca casistica e sui significati di *adiudicatio* e *adiudicare* v. *Thesaurus linguae Latinae*, I, Lipsiae, 1800, voce '*Adiudicatio*', 702; L. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892 (rist. Roma, 1966), 135; M. WLISSAK, voce '*Adiudicatio*', in *RE*, I, München, 1893 (rist. 1988), 362 ss.; E. DE RUGGIERO, voce '*Adiudicatio*', in *Dizionario epigrafico*, Roma, 1895 (rist. 1961), 79; *V.I.R.*, I, voce '*Adiudicatio*', col. 223 s.; H.G. HEUMANN - E. SECKEL, voce '*Adiudicare*', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, 14; A. BERGER, voce '*Adiudicatio*', in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, in *Transactions of the American Philosophical Society*, XLIII, 1953, 349; TH. MAYER-MALY, voce '*Adiudicatio*', in *Der Kleine Pauly*, I, München, 1964, 65; A.M. WITTKKE, voce '*Adiudicatio*', in *Der Neue Pauly*, I, Stuttgart - Weimar, 1996, 113 s., nonché la bibliografia richiamata nelle voci. V. inoltre O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 206 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 15 ss.; E. STAEDLER, *Die 'Actio communi dividundo' als juristisches Prototyp des Westindienvergleichs von 1493/94*, in *ZSS*, 1944, 275 ss.; U. BRASIELLO, voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 111 ss., in specie 116 s.; D. LIEBS, '*Damnum*', cit., 173 ss., in specie 237; K. MISERA, *Aksession*, cit., 383 ss.; A. ROMANO, *Condanna*, cit., 131 ss., in specie 132; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 217 ss.; EAD., *Studi*, cit., 327 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Teilvindikation*, cit., in specie 167; G. MACCORMACK, *The 'actio communi dividundo' in Roman and Scots law*, in *The Roman Law Tradition*, Cambridge, 1994, 159 ss.; F.S. MEISSEL, *Zur konkurrenz von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo'*, in *Orbis iuris romani*, 1999, 142 ss.; F.T. HINRICHS, *Zur Geschichte*, cit., 242 ss., in specie 243. Torna di recente sull'argomento M. VINCI, '*Fines*', cit., in specie 295 ss., ntt. 44 ss. Con riguardo al contrario dell'*adiudicare*, *abiudicare* v. R. SANTORO, *Potere*, cit., 103 ss., 569 ss., che, in un esteso contributo in tema di potere e azione nel diritto romano antico, ritiene che il carattere costitutivo dell'*adiudicatio* risulti indiscutibilmente dal significato che nelle fonti assumono, in tutte le loro applicazioni, i termini '*adiudicare*' e '*abiudicare*' e i rispettivi derivati.

<sup>18</sup> V. M. VINCI, '*Fines*', cit., 298, nt. 51, evidenza che «dal punto di vista terminologico l'espressione *velut si* + cong. ricorre solamente in Gaio in D. 12.6.63: *Velut si is ... statuliberum dederit*; inoltre l'altro caso (D. 41.1.45) concreto dopo l'enunciazione di un concetto generale precedentemente espresso: infatti a *velut* seguono due sostantivi ... *velut operas servi mercedesve*». Sul punto v. inoltre H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von 'Gai Institutiones'*, in *Studia Gaiana*, VI, Leiden, 1981, 10 ss., in specie 409; M.

l'*adiudicatio*, cioè l'*actio familiae erciscundae*, l'*actio communi dividundo* e l'*actio finium regundorum*; invero, proprio le formule ricordate da Gaio in forma ipotetica riflettono la funzione dell'*adiudicatio* danzi precisata<sup>19</sup>.

Infine, la terza parte contiene un'esemplificazione: a ben vedere, in forza di quel *nam illic ita est*, il giurista dell'età degli Antonini richiama soltanto l'ultima azione menzionata, ossia l'*actio finium regundorum* e non già l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio communi dividundo*. Per meglio dire, l'esempio 'il giudice aggiudica a Tizio quanto gli debba essere aggiudicato' si riferisce, a mio parere, al solo giudizio di regolamento di confini<sup>20</sup>. Quest'ultima interpretazione risulta, in ultima analisi, perfettamente coerente con la funzione del *iudicium finium regundorum*<sup>21</sup>. È proprio a partire da tale considerazione che intendo fondare la mia lettura del frammento.

Focalizzando l'attenzione sulla definizione di *adiudicatio* in relazione all'*actio communi dividundo*, in via di prima approssimazione, potrebbe dirsi che quest'ultima integra quella clausola con la quale il giudice assegna una *res* o, là ove possibile, una sua porzione determinata, ponendo fine a una situazione di indivisione.

Tale attività di assegnazione o attribuzione definita da Gaio mediante il verbo *adiudicare* merita di essere meglio specificata dal punto di vista dell'effetto giuridico che, tramite l'*actio communi dividundo*, si produce sulla *res* e, dunque, in capo ai contendenti. Se, infatti, quanto sin qui affermato consente di cogliere il precipuo campo di applicazione della parte formulare in parola – ossia i cd. giudizi divisorii –, la sua funzione nell'ambito del *iudicium communi dividundo* resta ancora da indagare.

Ma occorre procedere con ordine.

TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 37 s.

<sup>19</sup> C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 72.

<sup>20</sup> In tale contesto, vi è chi ritiene che il *quantum adiudicari oportet* debba ricomprendere anche il *nihil adiudicari oportet*. In questo senso v. M. KASER, 'Adiudicare', cit., 121. *Contra* W. SELB, *Recensione* a 'Symbolae iuridicae', cit., in *ZSS*, LXXXVI, 1970, 550 ss., in specie 551 s.

<sup>21</sup> Sul valore dell'esemplificazione gaiana in senso difforme alla mia interpretazione v. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16 ss., il quale ritiene singolare tale esempio; M. VINCI, 'Fines', cit., 274 ss.

### 3. L'opzione interpretativa di Arangio-Ruiz: l'espressione tautologica *adiudicare come adjudicare rem*

Come accennato, si deve ad Arangio-Ruiz il merito di aver offerto una descrizione più compiuta del significato tecnico di *adiudicatio*.

Più precisamente, la sua indagine riguarda la funzione svolta da tale clausola nel contesto del *iudicium finium regundorum*<sup>22</sup>.

Arangio-Ruiz, proprio al fine di chiarire il valore costitutivo ovvero dichiarativo dell'*adiudicatio* nel giudizio di regolamento dei confini, così si esprime: «la definizione gaiana non potrebbe 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»<sup>23</sup>.

In particolare, lo studioso afferma che l'*adiudicatio* del *iudex familiae erciscundae* e *communi dividundo* ha «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, contitolarità dei diritti di diversa natura compresi nell'eredità stessa), diritti di proprietà solitaria (...); risultato che si raggiunge direttamente con l'*adiudicatio* stessa, se questa chiuda un *iudicium legitimum*, ed è invece soltanto preparato quando la pronunzia, chiudendo un *iudicium imperio continens* attribuisce un possesso *ad usucapionem*»<sup>24</sup>.

Lasciando a margine le ulteriori riflessioni che Arangio-Ruiz svolge in tema di giudizio di regolamento di confini, mi interessa evidenziare quanto lo studioso, nella seconda parte del suo contributo, puntualizza in merito alla definizione gaiana di *adiudicatio*<sup>25</sup>; ciò chiaramente non può in alcun modo stupire: è quanto mai evidente che il funzionamento dei giudizi divisorii, allorché si ricomprenda in tale categoria anche il *iudicium finium regundorum*.

Sia consentito ancora una volta riportare direttamente le parole di Arangio-Ruiz: «un punto, che ha da sempre fermato l'attenzione degli editori e commentatori di Gaio, è la singolarità dell'esempio tipico di *adiudicatio* riferito in IV 42: *QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX, Titio ADIUDICATO*. È chiaro infatti, così costruita, la clau-

<sup>22</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16 ss.

<sup>23</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16.

<sup>24</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 36 s., il quale cita le testimonianze contenute in Tit. Ulp. 19.16; Vat. Frag. 47a e Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.1.

<sup>25</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 36 ss.

sola non potrebbe trovar luogo in nessuno dei tre giudizi ricordati nel testo gaiano: non nei giudizi *familiae erciscundae* e *communi dividundo*, dove la formula non potrebbe portare, data la struttura del processo, che un *SINGULIS O CUIQUE* (o al, al più, *TITIO SEIO MAEVIO* ...) *ADIUDICATO*; non nel giudizio *finium regundorum*, che conduce normalmente a un *ALTERUTRI adiudicare*. (...) La definizione è per se stessa di una eloquenza singolare. Abituati come siamo a non cercar di apprendere dalle parole di Gaio quello che già altrimenti sappiamo o crediamo di sapere, trascinati nel caso speciale dalla susseguente menzione dei giudizi divisorii, noi tralasciamo abitualmente di meditare su quella frase, e ingenuamente crediamo di vedervi descritta la facoltà del giudice di aggiudicare alcunché all'uno o all'altro dei contendenti. Eppure, Gaio parla di tutt'altro: '*rem adiudicare*' non può voler dire 'aggiudicare qualche cosa', ma soltanto 'aggiudicare la cosa' o 'una cosa': se la definizione così fatta non corrisponda alle nostre aspettative, e se non corrisponda nemmeno all'elenco immediatamente successivo, ne sorge un diverso problema, che non si risolve certo con un'arbitraria modificazione dei dati»<sup>26</sup>.

Arangio-Ruiz prosegue prestando attenzione alla struttura del frammento gaiano contenuto in Gai 4.42 e, a questo proposito, così prende posizione: «è chiaro, a mio avviso, che nel § 42 debba riconoscersi la sovrapposizione di due diversi pensieri, corrispondenti a due diversi periodi storici: il pensiero di un antico, che conosceva le azioni *in rem* (nel senso vero e originario della parola, non in quello del diritto giustiniano o comune) dirette all'*adiudicatio* della cosa controversa, e che doveva trovarne gli esempi anzitutto nella *rei vindicatio* di tipo normale (...); e il pensiero di uno scrittore più recente, per il quale la *vindicatio* non era aggiudicatoria ma condannatoria e che vedeva praticata l'*adiudicatio* soltanto negli *iudicia duplicia*: lo scrittore più recente ha sostituiti i nomi dei giudizi aggiudicatorii, ma ha lasciata intatta, leggendola con la stessa superficialità con cui noi usiamo leggerla, la definizione, e intatto l'esempio (o uno degli esempi) formulare, per essere – tranne in quale *titio* a cui non fu posto mente – assai analogo all'*adiudicatio* dei giudizi divisorii»<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 36 s.

<sup>27</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 37 s., in specie nt. 1, il quale ritiene opportuno giustificare la sua ricostruzione: «spero che queste osservazioni non sembrino poco rispettose del testo pervenutoci e del suo autore: non vi fu, non vi è, non vi sarà mai scrittore che rimediti ogni idea od opinione che accolga da altri; e il fatto che la definizione dell'*adiudicatio* abbia potuto per un secolo esser eletta e riletta senza suscitare meraviglia, è il miglior argomento per ritenere che altrettanto abbia fatto Gaio». Inoltre, sul punto v. M. VINCI, '*Fines*', cit., 431 ss., evidenza che la contraddittorietà del brano «avrebbe indotto parte

Come risulta chiaramente, Arangio-Ruiz reputa che nel passo contenuto in Gai 4.42 vi siano lacune, contraddizioni e rimaneggiamenti.

Lo si è visto: lo studioso ritiene che la definizione gaiana di *adiudicatio* sia viziosa e tautologica; quest'ultima infatti, descrivendo la funzione della clausola formulare in parola attraverso l'uso del medesimo verbo *adiudicare*, non aggiunge elementi utili alla comprensione del significato processuale dell'atto.

Inoltre, Arangio-Ruiz afferma, da un lato, che tale definizione non sarebbe coerente con le *actiones* indicate, dall'altro, che l'esempio riportato alla fine del passo gaiano apparirebbe quanto mai singolare, in rapporto al discorso svolto in precedenza.

In aggiunta a ciò, lo studioso rinviene nella struttura del passo in commento la sovrapposizione di pensieri appartenenti a due autori diversi corrispondenti a due differenti periodi storici. Per un verso, si tratta del pensiero di uno scrittore più risalente – fatto proprio da Gaio attingendo a fonti più antiche –, il quale conosceva le azioni *in rem*, dirette all'*adiudicatio* della cosa controversa, come la *rei vindicatio* («*quantum adiudicari oportet iudex Titio adiudicato*»); l'espressione *adiudicare rem* sarebbe infatti indicativa del potere del giudice di assegnare la *res* controversa a qualcuno, al termine di un giudizio di rivendica. Per altro verso, lo studioso ravvisa l'intervento di uno scrittore più recente – che esprime il pensiero dello stesso Gaio o, in ogni caso, della giurisprudenza contemporanea al processo formulare –, secondo il quale l'azione di rivendica troverebbe espressione nella formula petitoria, che – come è noto – mira a una *condemnatio* pecuniaria. In buona sostanza, lo scrittore più recente avrebbe sostituito i nomi dei giudizi aggiudicatori, lasciando intatti sia la definizione di *adiudicatio*, sia l'esempio formulare.

La posizione di Arangio-Ruiz in relazione alla definizione di *adiudicatio* gaiana appare in definitiva quanto mai *tranchant*: la definizione di *adiudicatio* nei termini di *adiudicare rem* non definisce alcunché e, dunque, non consente di illustrare la funzione dell'aggiudicazione né come *pars formulae*, né come pronuncia del giudice.

---

della dottrina a ipotizzare l'applicazione dell'*adiudicatio* nella formula di quel particolare tipo di *reivindicatio* che è la *vindicatio incertae partis*». (p. 299). Su quest'ultima azione v. di recente E. BIANCHI, *Qualche considerazione in tema di tipologie d'incertezza della domanda e di 'vindicatio incertae partis'*, in *Riv. dir. rom.*, XI, 2011, 1 ss., nonché un cenno in A. SPINA, *Ricerche*, cit., 37 s.

#### 4. L'adiudicare rem e la sua origine ciceroniana nella ricostruzione di Arangio-Ruiz

Nella disamina dell'*adiudicatio* formulare, Arangio-Ruiz ritiene che l'*adiudicare rem* avrebbe un'origine ciceroniana.

Invero, lo studioso precisa che l'espressione compare frequentemente nel vocabolario utilizzato dall'Arpinate: in specie, una sola volta con riferimento alla *controversia de loco*, mentre il più delle volte in tema di *vindicatio*, sia nella forma della *vindicatio rei*, sia in quella della *vindicatio ex libertate in servitute*<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 30 ss., il quale riporta in ambito di *controversia de loco* Cic. *off.* 1.10.33: *existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud "Summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium. Quo in genere etiam in re publica multa peccantur, ut ille, qui, cum triginta dierum essent cum hoste indutiae factae, noctu populabatur agros, quod dierum essent pactae, non noctium indutiae. Ne noster quidem probandus, si verum est Q. Fabium Labeonem seu quem alium (nihil enim habeo praeter auditum) arbitrum Nolanis et Neapolitanis de finibus a senatu datum, cum ad locum venisset, cum utrisque separatim locutum, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque ut regredi quam progredi mallent. Id cum utrique fecissent, aliquantum agri in medio relictum est. Itaque illorum finis sic, ut ipsi dixerant, terminavit; in medio relictum quod erat, populo Romano adiudicavit. Decipere hoc quidem est, non iudicare. Quocirca in omni est re fugienda talis sollertia;* in tema di *vindicatio rei* Cic. *Verr.* 1.5.13: *nulla res per triennium nisi ad nutum istius iudicata est; nulla res tam patria cuiusquam atque avita fuit quae non ab eo, imperio istius, abiudicaretur. Innumerabiles pecuniae ex aratorum bonis novo nefarioque instituto coactae; socii fidelissimi in hostium numero existimati; cives Romani servilem in modum cruciati et necati; homines nocentissimi propter pecunias iudicio liberati, honestissimi atque integerrimi, absentes rei facti, indicta causa, damnati et eiecti; portus munitissimi, maximae tutissimaeque urbes, piratis praedonibusque patefactae; nautae militesque Siculorum, socii nostri atque amici, fame necati; classes optimae atque opportunissimae cum magna ignominia populi Romani amissae et perditae;* Cic. *Phil.* 10.6.12: *quod si ipsa res publica iudicaret aut si omne ius decretis eius statueretur, Antonione an Bruto legiones populi Romani adiudicaret? Alter advolarat subito ad direptionem pestemque sociorum ut, quacumque iret, omnia vastaret, diriperet, auferret, exercitu populi Romani contra ipsum populum Romanum uteretur; alter eam legem sibi statuerat, ut, quocumque venisset, lux venisse quaedam et spes salutis videretur. Denique alter ad evertendam rem publicam praesidia quaerebat, alter ad conservandam. Nec vero nos hoc magis videbamus quam ipsi milites a quibus tanta in iudicando prudentia non erat postulanda;* Cic. *ad Att.* 4.2.3: *cum pontifices decreissent ita, 'si neque populi iussu neque plebis scitu is qui se dedicasse diceret nominatim ei rei praefectus esset neque populi iussu aut plebis scitu id facere iussus esset,' videri posse sine religione eam partem areae mihi restitui, mihi facta statim est gratulatio (nemo enim dubita<ba>t quin domus nobis esset adiudicata), cum subito ille in contionem ascendit nuntius Appius ei dedit. nuntiat [iam] populo pontifices secundum se decrevisse, me autem vi conari in possessionem venire; hortatur ut se et Appium sequantur et suam Libertatem ut defendant. hic cum etiam illi infimi partim admirarentur partim irriderent hominis amentiam;*

Cic. leg. agr. 2.16: *quae cum, Quirites, exposuero, si falsa vobis videbuntur esse, sequar auctoritatem vestram, mutabo meam sententiam; sin insidias fieri libertati vestrae simulatione largitionis intellegitis, nolite dubitare plurimo sudore et sanguine maiorum vestrorum partam vobis que traditam libertatem nullo vestro labore consule adiutore defendere. Primum caput est legis agrariae, quo, ut illi putant, temptamini leviter, quo animo libertatis vestrae deminutionem ferre possitis. iubet enim tribunum plebis, qui eam legem tulerit, creare decemvros per tribus septemdecim, ut, quem novem tribus fecerint, is decemvir sit. 17. hic quaero, quam ob causam initium rerum ac legum suarum hinc duxerit, ut populus Romanus suffragio privaretur. totiens legibus agrariis curatores constituti sunt triumviri, quinqueviri, decemviri; quaero a populari tribuno plebis, ecquando nisi per XXXV tribus creati sint. etenim cum omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit, tum eas profecto maxime, quae constituuntur ad populi fructum aliquem et commodum, in quo et universi deligant, quem populo Romano maxime consulturum putent, et unus quisque studio et suffragio suo viam sibi ad beneficium impetrandum munire possit. hoc tribuno plebis potissimum venit in mentem populum Romanum universum privare suffragiis, paucas tribus non certa condicione iuris, sed sortis beneficio fortuito ad usurpandam libertatem vocare; Cic. leg. agr. 43: hac tanta de re P. Rullus cum ceteris decemviris collegis suis iudicabit: et verum iudicabit? nam utrumque ita magnum est, ut nullo modo neque concedendum neque ferendum sit. volet esse popularis; populo Romano adiudicabit. ergo idem ex sua lege vendet Alexandriam, vendet Aegyptum, urbis copiosissimae pulcherrimorum que agrorum iudex, arbiter, dominus, rex denique opulentissimi regni reperietur. non sumet sibi tantum, non appetet; iudicabit Alexandriam regis esse, a populo Romano abiudicabit. 44. Primum tum populi Romani hereditatem decemviri iudicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumvros iudicare? deinde quis aget causam populi Romani? ubi res ista agetur? qui sunt isti decemviri, quos prospiciamus regnum Alexandriae Ptolomaeo gratis adiudicatuos? quodsi Alexandria petebatur, cur non eosdem cursus hoc tempore, quos L. Cotta L. Torquato consulibus cucurrerunt? cur non aperte ut antea, cur non item ut tum directo et palam regionem illam petierunt? Cic. Caec. 34.99: iam populus quum eum vendidit qui miles factus non est, non adimit ei libertatem, sed iudicat non esse eum liberum qui ut liber sit adire periculum noluit: quum autem incensum vendit, hoc iudicat, quum ii qui in servitute iusta fuerunt censu liberentur, eum qui, quum liber esset, censi noluerit, ipsum sibi libertatem abiudicavisse; in tema di vindicatio ex libertate in servitutem Cic. div. Caec. 17.55-57: at eam tibi C. Verres fecit iniuriam quae ceterorum quoque animos posset alieno incommodo commovere. Minime. Nam id quoque ad rem pertinere arbitror, qualis iniuria dicatur quae causa inimicitiarum proferatur. Cognoscite ex me; nam iste eam profecto, nisi plane nihil sapit, numquam proferet. Agonis quaedam est Lilybaetana, liberta Veneris Erycinae, quae mulier ante hunc quaestorem copiosa plane et locuples fuit. Ab hac praefectus Antonii quidam symphonicos servos abducebat per iniuriam, quibus se in classe uti velle dicebat. Tum illa, ut mos in Sicilia est omnium Veneriorum et eorum qui a Venere se liberaverunt, ut praefecto illi religionem Veneris nomine obiceret, dixit et se et sua Veneris esse. Ubi hoc quaestori Caecilio, viro optimo et homini aequissimo, nuntiatum est, vocari ad se Agonidem iubet: iudicium dat statim Si paret eam se et sua Veneris esse dixisse. Iudicant recuperatores id quod necesse erat; neque enim erat cuiquam dubium quin illa dixisset. Iste in possessionem bonorum mulieris intrat; ipsam Veneri in servitutem adiudicat; deinde bona vendit, pecuniam redigit. Ita dum pauca mancipia Veneris nomine Agonis ac religione retinere vult, fortunas omnes libertatemque suam istius iniuria perdidit. Lilybaeum Verres venit postea; rem cognoscit, factum improbat; cogit quaestorem suum pecuniam, quam*

In particolare, si tratta di testimonianze nelle quali – come messo bene in evidenza da Arangio-Ruiz – non compare in alcun modo la nomina del *iudex privatus*: i passi richiamati riguardano più precisamente fattispecie relative all'esercizio di una potestà amministrativa, dunque applicazioni del tutto estranee all'*ordo iudiciorum privatorum*.

Altresì, lo studioso soggiunge che l'impiego dell'espressione *adiudicare rem* presso i classici, giuristi e non, diviene progressivamente sempre meno ricorrente e, in ogni caso, nei suoi sporadici utilizzi, non viene mai in rilievo nell'ambito di una controversia tra soggetti privati<sup>29</sup>.

A ben vedere, se, per un verso, tale affermazione condurrebbe a restrin-

---

*ex Agonidis bonis redegisset, eam mulieri omnem adnumerare et reddere. Est adhuc, id quod vos omnes admirari video, non Verres sed Q. Mucius. Quid enim facere potuit elegantius ad hominum existimationem, aequius ad levandam mulieris calamitatem, vehementius ad quaestoris libidinem coercendam? Summe haec omnia mihi videntur esse laudanda. Sed repente e vestigio ex homine tamquam aliquo Circaeo poculo factus est Verres; redit ad se atque ad mores suos. Nam ex illa pecunia magnam partem ad se vertit, mulieri reddidit quantum visum est; in ambito di vindicatio hereditatis, lex agraria del 111 a.C. (FIRA I<sup>2</sup>, 114, n. 8): quod eiu]s agri ex h. l. adiudicari licebit, quod ita comperietur, id ei heredeive eius adsignatum esse iudicato; (FIRA I<sup>2</sup>, 120, n. 8): eum agrum quem agrum in eo numero agri professus erit, quo in numero eum agrum, quem is, quoi adsignatus est, professus erit, profiteri non oportuit, ... nei dato] neve reddito neve adiudicato.*

<sup>29</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 43 s. Le fonti alle quali Arangio-Ruiz fa riferimento sono Liv. 3.72.5: *quem enim hoc privatae rei iudicem fecisse, ut sibi controversiosam adiudicaret rem? Scaptium ipsum id quidem, etsi praemortui iam sit pudoris, non facturum. haec consules, haec patres vociferantur*; Sen. *Phaed.* 108-109: *palladis telae vacant et inter ipsas pensa labuntur manus; non colere donis templa votivis libet, non inter aras, atthidum mixtam choris, iactare tacitis conscias sacris faces, nec adire castis precibus aut ritu pio adiudicatae praesidem terrae deam: iuvat excitatas consequi cursu feras et rigida molli gaesa iaculari manu*; Sen. *ben.* 7.6.3: *quid eius sit, quid non sit, sine diminutione inperii quaeritur; nam id quoque, quod tamquam alienum abiudicatur, aliter illius est*; Tac. *ann.* 14.18.2: *idem Cyrenenses reum agebant Acilium Strabonem, praetoria potestate usum et missum disceptatorem a Claudio agrorum, quos regis Apionis quondam avitos et populo Romano cum regno relictos proximus quisque possessor invaserat, diutina que licentia et iniuria quasi iure et aequo nitebantur*; Val. Max. 4.1.7: *qua cognitione propter novitatem rei et magnitudinem pecuniae ad uniuersum ciuitatis eius populum delata placuit Apollinem Delphicum consuli cuinam adiudicari mensa deberet*; Svet. *Aug.* 32.2.66: *tabulas ueterum aerari debitorum, uel praecipuam calumniandi materiam, ex[c]ussit; loca in urbe publica iuris ambigui possessoribus adiudicauit; diuturnorum reorum et ex quorum sordibus nihil aliud quam uoluptas inimicis quaereretur nomina aboleuit condicione proposita, ut si quem quis repetere uellet, par periculum poenae subiret*; Quint. *inst.* 5.14.16: *sed cum ipsa ratio in quaestionem venit, efficiendum est certum id, quo probaturi sumus quod incertum est, ut, si ipsa forte intentione dicatur aut filius non es' aut 'non es legitimus' aut 'non es solus', item que aut 'non heres es' aut 'non iustum testamentum est' aut 'capere non potes' aut habes coheredes, efficiendum est [iustum], propter quod nobis adiudicari bona debeant.*

gere la pertinenza delle applicazioni dell'*adiudicare rem* sinora accennate – tutte estranee, come chiarito, al contesto di un processo tra privati –, per altro verso, «è però notevole che, in un momento storico così vicino a quello in cui l'*adiudicatio* è posta tanto in vista nelle opere ciceroniane, la stessa espressione si trovi adoperata anche nelle leggi, a esprimere riconoscimento o attribuzione di proprietà»<sup>30</sup>.

L'analisi condotta in tema di *adiudicare* – e del suo contrario *abiudicare* – consente ad Arangio-Ruiz di stabilire che il verbo *adiudicare* è idoneo, per Cicerone, a indicare il contenuto di un giudizio di appartenenza, cioè di una sentenza che attribuisce la cosa controversa a uno dei contendenti o gliene disconosce l'appartenenza. A questo proposito, lo studioso ritiene che «l'espressione non è usata tecnicamente per il processo civile se non da Cicerone. E pertanto la definizione dell'*adiudicatio* in Gai IV 42 non è da considerare (come si suole) espressione imprecisa di un concetto diverso da quello che dalle parole risulterebbe, bensì come l'espressione precisa di una realtà giuridica appartenente a un'epoca molto vicina a quella in cui Cicerone scriveva»<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 42.

<sup>31</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 45 ss., dove lo studioso precisa che «espressioni consimili si trovano invece nei Digesti in rapporto con la procedura *extra ordinem*» e richiama le seguenti testimonianze Scaev. 22 *dig. D.* 33.1.21.3: *Lucius Titius testamento patriae suae civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris eiusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur, et adiecit haec verba: 'Quod si condicione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam'. Postea praeses provinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati rei publicae adiudicavit, post cuius sententiam res publica a plerisque adiudicatis sibi pecunias percepit. Quaesitum est, an, si res publica condicionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat. Respondit rem publicam voluntati testatoris parere compellendam ac, nisi faciat, in his quidem summis, quae per numerationem vel novationem solutae sunt, utili repetitione heredes adiuvandos: ab his vero nominibus, quae neque solverunt rei publicae neque novatione abscesserunt a pristina obligatione, non prohibendos, quo minus debitum petant; Ulp. 24 *ad Sab. D.* 30.50.2: *si quis ante quaestionem de familia habitam adierit hereditatem vel necem testatoris non defenderit, legatorum persecutio adversus fiscum locum habet. Quid tamen, si fiscus bona non adgnoscat? Ex necessitate redundabit onus legatorum ad heredem. Sed si subiecit delatorem sibi, ut ei hereditas abiudicetur et oneribus careret, vel minus plene defendit causam, non se exonerat exemplo eius, qui collusorie de hereditate litigavit; Pap. 16 *resp. D.* 49.14.39 pr.: *Bona fisco citra poenam exilii perpetuam adiudicari sententia non oportet; Mod. 5 *resp. D.* 21.2.63.1: Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundum ablatum et fisco adiudicatus est venditore praesente: quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire. Herennius Modestinus respondit, sive quod alienus fuit cum veniret sive quod tunc obligatus, evictus est, nihil proponi, cur emptrici adversus venditorem actio non competat.* Ritiene inoltre che i due testi dove si parla**

Al contempo, però, lo stesso Arangio-Ruiz evidenzia che «è naturale – ed è d'altronde ben noto ai romanisti – che di *adiudicare rem* non si poteva parlare dai giuristi in tema di processo formulare»<sup>32</sup>.

Dalla ricostruzione proposta, mi sembra di poter cogliere una certa diffidenza dello studioso rispetto alla trattazione gaiana in materia di *adiudicatio*. Infatti, per un verso, l'espressione *adiudicare rem* sarebbe inidonea a descrivere la funzione della clausola formulare; per altro, tale espressione, utilizzata nelle applicazioni viste soltanto da Cicerone, sarebbe estranea a giudizi tra privati radicati secondo il modello formulare. Essa, in ogni caso, secondo le fonti richiamate da Arangio-Ruiz, dovrebbe riferirsi a un giudizio di appartenenza.

Ciò nonostante, incentrando l'attenzione sull'espressione *adiudicare rem* e, al contempo, puntualizzando la necessità di prescindere dall'utilizzo della rigida contrapposizione dogmatica tra efficacia costitutiva ed efficacia dichiarativa, lo studio svolto da Arangio-Ruiz apre le porte a una rivisitazione del tema.

È in tale direzione che mi prefiggo di proseguire la mia indagine allo scopo di illustrare la funzione dell'*adiudicatio* nel contesto dell'*actio communi dividundo*.

## 5. Il valore processuale dell'*adiudicatio*

Sulla scorta delle considerazioni svolte sin qui, appare evidente che Gaio riconduce il significato dell'aggiudicazione al verbo *adiudicare*: la

di *adiudicare hypothecam* siano invece singolarissime eccezioni: Marc. lib. sing. ad formulam hypoth. D. 20.1.16.5: *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'* e Marc. lib. sing. ad formulam hypoth. D. 20.4.12 pr.: *Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est 'si non mihi ante pignori hypothecaeve 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.* Su quest'ultimo aspetto v., tra gli altri, M. MARRONE, 'Agere lege', *formulae* e *preclusione processuale*, in *AUPA*, XLII, 1992, 209 ss. [ora in 'Praesidia libertatis'. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 7-10 giugno 1992)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1994, 17 ss.]. Più di recente, C. PELLOSO, 'Bis de eadem re', cit., 239 ss., in specie nt. 66.

<sup>32</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 45.

prospettiva dalla quale il giurista dell'età degli Antonini muove nel pronunciare la definizione rileva sul piano del processo, ovvero sia ricollega il significato dell'espressione al contenuto della sentenza del giudice.

Più precisamente, tale funzione è racchiusa entro l'attività di *adiudicare rem*, la quale è posta in essere dal giudice a vantaggio dei litiganti. Il riferimento al termine *litigatores* – come vedremo – compare una sola volta nell'ambito nel titolo *Communi dividundo*, all'interno di una testimonianza che reputo centrale per la piena comprensione del valore dell'*adiudicare rem* del *iudex communi dividundo*<sup>33</sup>.

Con riguardo alla definizione di *adiudicatio*, ritengo di poter meglio precisare quanto sostenuto dalla precedente letteratura, che interpreta come tautologica la scelta dello stesso verbo *adiudicare* per spiegare il significato dell'*adiudicatio*<sup>34</sup>.

Per meglio dire, allo scopo di determinare la funzione dell'*adiudicatio* nel contesto del *iudicium communi dividundo*, è da tenere in particolare considerazione il riferimento sia all'*adiudicare rem*, sia agli ulteriori elementi contenuti nella definizione di Gai 4.42. Si tratta di aspetti, a mio parere, ancora non del tutto messi in evidenza e in forza dei quali intendo comprovare la mia tesi sulla natura eclettica della pronuncia divisoria.

La circostanza per cui l'aggiudicazione viene definita mediante il ricorso a un'espressione per così dire 'apparentemente tautologica' è infatti

<sup>33</sup> L'espressione *litigatores* per indicare i partecipanti alla *divisio* nel titolo *Communi dividundo* compare solo all'interno di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21 già richiamato *supra*, cap. I, nt. 101 e su cui v. più ampiamente *infra*, cap. IV, § 6. Il profilo terminologico testé richiamato intercetta il problema della natura del giudizio divisorio nei termini di giurisdizione contenziosa o volontaria.

<sup>34</sup> V. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16; G. FALCONE, *Appunti*, cit., 27, secondo il quale «ciò che colpisce è il fatto che Gaio, anziché spiegare ai suoi allievi cosa significhi, da un punto di vista dogmatico, '*demonstratio*' e '*adiudicatio*', ricorre proprio ai verbi '*demonstrare*' e '*adiudicare*', i quali, naturalmente – anche a voler ammettere un'intuitiva attribuzione di significato da parte degli studenti –, non contribuiscono certo alla esplicazione di quelle designazioni tecniche. Lo stesso Falcone in nt. 61 puntualizza che «mentre gli esempi di schemi verbali riportati avrebbero, comunque, consentito di intendere il valore e la funzione della *demonstratio* con riguardo all'indicazione del fondamento della *res qua de agitur*, la formulazione dell'*adiudicatio* che Gaio trascrive non apporta nemmeno indirettamente alcun elemento in base al quale i discenti avrebbero potuto risalire al significato proprio dell'*adiudicare*'. V. inoltre M. VINCI, '*Fines*', cit., 297 ss., in specie 298, il quale evidenzia «la profonda relazione che intercorre tra la definizione stessa di questa parte della formula e l'effetto prodotto dalla sua applicazione; il legame è, poi, a tal punto stretto che indice Gaio ad impiegare un'espressione per forza di cose tautologica e che richiede necessariamente il ricorso a degli esempi per la sua chiarificazione»; F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore*, cit., 286 s.

significativa e, a mio avviso, vi è spazio per nuove riflessioni.

Invero, di fronte al dato testuale, non si può certo dubitare del fatto che il giurista dell'età degli Antonini, nell'illustrare all'interno del suo commentario la struttura della formula, conoscesse la funzione svolta dalle clausole descritte; e dunque anche quella dell'*adiudicatio*.

A questo proposito, sono convinta che l'espressione *adiudicare rem* presenti un contenuto tecnico in quanto idoneo a descrivere la funzione svolta dalla clausola aggiudicatoria. Infatti, la scelta di utilizzare lo stesso vocabolo non toglie valore all'espressione. Certo, Gaio avrebbe potuto descrivere la funzione di attribuzione o assegnazione della *res pro quota* ai partecipanti alla comunione mediante un diverso termine.

Tuttavia, così come accade per le altre parti della formula, Gaio ricorre al medesimo verbo usato per identificare la singola parte formulare: *demonstrare* per descrivere la *demonstratio*; *condemnare* (o *absolvere*) per descrivere la *condemnatio*; un'espressione composita (*qua actor desiderium suum concludit*) per descrivere l'*intentio*, data la mancanza di un verbo che da solo potesse esprimerne il contenuto; *adiudicare* per l'*adiudicatio*.

In altri termini, il giurista dell'età degli Antonini, optando per lo stesso verbo, sceglie l'espressione più tecnica – *adiudicare rem* –, ossia l'unica in grado di descrivere dal punto di vista processuale il significato dell'atto, dunque l'attività consentita e imposta in tale contesto al *iudex*.

L'*adiudicatio* identifica quella specifica parte della formula in forza della quale – per limitarci al solo giudizio di divisione della comunione non ereditaria – i compartecipi di una comunione quali litiganti ottengono, mediante l'assegnazione, il riconoscimento di una porzione di *res* che prima della divisione era comune.

Tale assegnazione – come vedremo – contempla diverse modalità operative, le quali devono, in ogni caso, condurre alla realizzazione dello scopo divisionale<sup>35</sup>.

## 6. Il raffronto con la potestas iudicis nella *condemnatio formulare*

Oltre a quanto sin qui chiarito, ossia in aggiunta al fatto che l'*adiudicare rem* integri un'espressione tecnica – e non tautologica – idonea a illustrare la funzione dell'*adiudicatio* nel contesto del processo *per formulas*, la lettura della definizione gaiana in rapporto alla definizione delle altre

<sup>35</sup> V. *infra*, cap. IV.

parti formulari<sup>36</sup>, in specie quella della *condemnatio*, consente di precisare ulteriormente il significato dell'*adiudicatio*.

Segnatamente, indici complementari – e tra loro interconnessi – per la piena comprensione di tale parte formulare sono, da una parte, la mancanza di un esplicito riferimento alla *potestas iudicis*, così come invece accade nella definizione della *condemnatio*; dall'altra, come già anticipato, l'utilizzo del termine *litigatores*, il quale si rinviene una sola volta nel titolo *Communi dividundo*<sup>37</sup>.

Per quanto concerne quest'ultimo profilo, mi basta in questa sede precisare che, nel contesto del titolo *Communi dividundo*, i soggetti coinvolti nel giudizio divisorio sono indicati in modi differenti: a titolo esemplificativo, ... *quod pro socio* in Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.1; ... *inter aliquos* in Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.3.2; ... *si quid ipsi (...) inter se pepigerunt* in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.3.1; ... *socius* in Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.2. A ben vedere, infatti, il regime della divisione giudiziale della comunione in D. 10.3 è descritto a partire dal profilo dell'oggetto, ossia quello della *res* da dividere; solo di conseguenza, si delinea anche l'aspetto della legittimazione processuale al giudizio.

Con riguardo invece al primo aspetto, ossia la mancanza di un espresso richiamo alla *potestas iudicis*, si osservi la definizione di *condemnatio* che così recita:

Gai 4.43: *Condemnatio est ae pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*<sup>38</sup>.

Gaio precisa che la condanna è la parte della formula in cui viene attribuito al giudice il potere di condannare o assolvere.

Le due definizioni – quella di *adiudicatio* e quella di *condemnatio* –

<sup>36</sup> V. Gai 4.44, già citato *supra*, cap. I, nt. 23. Sul passo v. P. FREZZA, 'Actio', cit., 40 ss.; M. MARRONE, *Lefficacia*, cit., in specie 365, nt. 718; C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., in specie 126 s., nt. 3; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 34 ss. G. FALCONE, *Appunti*, cit., 76 s. Di recente, M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 299 ss., in specie 301, il quale mette in evidenza che alla lettura del passo riportato, pare dunque preferibile l'integrazione *adiudica<tio sine demonstra>tione*. Altrimenti, bisognerebbe ipotizzare «una varietà di formule con *intentio* e *adiudicatio* oppure con *demonstratio* e *adiudicatio*»; F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore*, cit., 271 ss.

<sup>37</sup> Su cui v. *infra*, cap. IV.

<sup>38</sup> Sul passo v., tra i molti, C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica Gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 242 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 98 ss.; G. FALCONE, *Appunti*, cit., in specie 76 ss. Torna a riflettere su tale parte formulare, F. ZUCCOTTI, *Sul preteso valore*, cit., 271 ss.

possono essere paragonate a due insiemi caratterizzati da una relazione biunivoca tra gli elementi che li compongono.

Dapprima, vi è il naturale richiamo all'ambito oggettivo di applicazione, ossia il processo *per formulas*. Segue poi l'indicazione della funzione svolta all'interno dello schema astratto elaborato *per concepta verba* e, a questo proposito, soltanto la *condemnatio* include espressamente la *potestas iudicis*.

Il coinvolgimento e, dunque, il ruolo della figura del giudice, all'interno delle due definizioni, è espresso in termini differenti: se, per un verso, il verbo *permittitur* è utilizzato in entrambe le definizioni, per altro verso, l'inequivocabile richiamo alla *potestas (iudicis)* è presente solo nella definizione di *condemnatio*, mentre è assente nella descrizione di ciò che è permesso al giudice nell'attività di *adiudicare rem*.

In particolare, nel frammento testé richiamato in tema di *condemnatio*, la *potestas iudicis* riguarda l'alternativa della condanna e dell'assoluzione. L'opzione della condanna è altresì ulteriormente specificata: a questo proposito, Gaio pone in evidenza i differenti criteri che fungono da limite alla discrezionalità dell'organo giudicante avendo riguardo alla situazione specifica oggetto di decisione<sup>39</sup>. Il discorso svolto dal giurista dell'età degli Antonini consente di evidenziare, infatti, che la facoltà del *iudex* di concludere il processo tramite una sentenza di condanna, da un lato, trova risposta nell'accertamento positivo dell'*intentio qua actor desiderium suum concludit*, dall'altro, richiama il principio della condanna pecuniaria<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Gai 4.49-52: *Condemnatio autem uel certae pecuniae in formula proponitur uel incertae. 50. Certae pecuniae uelut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: IUDEX NVMERIUM NEGIDIVM AVLO AGERIO STERTERTIVM X MILA CONDEMNA. SI NON PARET ABSOLVE. 51. Incertae uero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. est enim una cum aliqua praefinitione, quae uulgo dicitur cum taxatione, uelut si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est: EIVS, IUDEX NVMERIUM NEGIDIVM AVLO AGERIO DVMTAXAT SESTERTIVM X MILA CONDEMNA. SI NON PARET ABSOLVE. uel incerta est et infinita, uelut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus uel ad exhibendum. nam illic ita est: QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM, IUDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO. quid ergo est? iudex, si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit. 52. Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit.*

<sup>40</sup> Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquid petamus, ueluti fundum, hominem, vestem, aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat.* Il passo è oggetto di studio da parte di una letteratura sterminata. Tra i molti v. G. PUGLIESE, *Il processo civile*

Va da sé che, con riferimento a tale attività, il giudice deve limitarsi a *aestimata re pecuniam eum condemnare*; nel fare ciò, è palese che non goda di una discrezionalità piena, ma debba tenere in debita considerazione quanto strettamente indicato nella formula. In altri termini, l'attività del *iudex*, per quanto concerne la pronuncia di condanna, si svolge nel pieno rispetto di quanto imposto dalla tecnica del processo formulare.

Questo vuol dire che i contorni della fattispecie guidano il giudice nell'individuazione della somma di denaro prevista dalla condanna; il giudice, in buona sostanza, non può fare altro che limitarsi alla richiesta di tale importo, senza in alcun modo poter incidere sulla realtà giuridica.

Diversamente, con riguardo all'*adiudicatio*, Gaio non aggancia l'attività di *adiudicare rem* alla *potestas* del giudice. Anzi, il giurista dell'età degli Antonini ne prescinde; e, dato il contesto nel quale il discorso si colloca, fatico a pensare che si tratti di una svista o di un errore.

Piuttosto, nella definizione di *adiudicatio*, il giurista ricollega tale attività alla figura del *iudex*, da un lato, e ai *litigatores*, dall'altro.

Per quanto concerne il primo aspetto, ritengo che l'omissione di un esplicito riferimento alla potestà del giudice non sia casuale. Più precisamente, sono convinta che Gaio nel definire la funzione svolta dell'*adiudicatio* – come parte formulare e come, se così si vuol dire, capo di sentenza nel contesto dell'*actio communi dividundo* – abbia voluto evitare il collegamento con la *potestas iudicis*, ciò in quanto la decisione circa il contenuto dell'*adiudicare rem* non è di esclusiva spettanza dell'organo giudicante, come invece accade – e non potrebbe essere diversamente – nel caso della condanna pecuniaria. In altre parole, l'attività di *adiudicare rem* nella quale si sostanzia l'*adiudicatio* è delineata dal concorso di più elementi: certamente, la discrezionalità del giudice incaricato alla divisione, ma non solo.

Mi sono infatti persuasa che la definizione del contenuto di tale attività sia determinato tanto dal giudice – il quale prende in considerazione le caratteristiche della *res* da dividere –, quanto dalla volontà dei litiganti.

---

romano, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 431 s.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Torino, 1980, 53; A. ROMANO, *Condanna*, cit., 131 ss.; EAD., *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, 108 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 138; A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 175 ss.; A. CORBINO, *Gai. 4.48 e il contenuto della sentenza del giudice nel processo privato di epoca decemvirale*, in *Sem. Compl.*, V, 1993, 67 ss. Più di recente, v. M. FALCON, *Ipsam rem condemnare' in Gai 4.48*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, cit., 523 ss.

Come anticipato, si tratta di un aspetto decisivo nella ricostruzione che intendo proporre sul funzionamento dell'*actio communi dividundo*. In specie, la stretta relazione tra l'*officium iudicis* e la volontà dei *litigatores* è espressa chiaramente in una testimonianza ulpiana contenuta nel titolo *Communi dividundo*, in specie, in Ulp. 30 *ad Sab. D.* 10.3.21<sup>41</sup>.

In definitiva, l'esito della divisione giudiziale, per quanto concerne più specificamente l'attribuzione *pro quota* della *res* ai contendenti, prende forma nella pronuncia del giudice; quest'ultimo è guidato dall'accordo dei soggetti coinvolti nel giudizio, nonché dalle peculiari caratteristiche della *res* di riferimento nella singola operazione divisionale<sup>42</sup>. Infatti, il medesimo giudice è tenuto, in ogni caso, alla realizzazione della miglior divisione possibile<sup>43</sup>.

#### 7. *Le principali fonti in argomento di efficacia costitutiva a partire da Tit. Ulp. 19.16*

Pare ora opportuno concentrare lo sguardo sulle principali fonti indicate in letteratura a fondamento dell'efficacia costitutiva della pronuncia di divisione. Le testimonianze alle quali farò riferimento sono sparse e, per lo più, adeguate solo in parte a mettere in luce il funzionamento in concreto del giudizio divisorio e, al contempo, a chiarire la funzione dell'*adiudicatio*.

Ritengo infatti che per riuscire a comprendere pienamente l'effetto prodotto dalla pronuncia di divisione, occorre verificare in concreto le singole fattispecie di divisione così come descritte in D. 10.3.

Prima di focalizzare l'attenzione sul frammento contenuto in Tit. Ulp. 19.16, risulta opportuno svolgere qualche considerazione sull'opera che – tradizionalmente – prende il nome di *Tituli ex corpore Ulpiani*: si tratta, come noto, del manoscritto contenuto nel *Codex Vaticanus Reginae* 1128, in precedenza *Codex Reginae* 377<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Sulla quale più ampiamente v. *infra*, cap. IV.

<sup>42</sup> V. *infra*, cap. III e IV.

<sup>43</sup> V. *infra*, cap. IV.

<sup>44</sup> Per uno sguardo esauriente alle edizioni che si sono succedute v. F. SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus reginae 1128*, Bonn, 1926, 1 ss. Per un esame delle vicende dottrinali dell'opera nel XIX e XX secolo v. F. MERCOGLIANO, *Un'ipotesi sulla formazione dei 'Tituli ex corpore ulpiani'*, in *Index*, XVIII, 1990, 185 ss., nonché ID., *'Tituli ex corpore Ulpiani'. Storia di un testo*, Napoli, 1997, 3 ss. Fondamentale in argomento è il contributo

Va da sé che, al fine di accertare la corretta prospettiva per indagare il testo conservato nel *Codex Vaticanus*, è d'uopo contestualizzare la 'matrice' integrata dal *Liber singularis regularum* attribuito a Ulpiano<sup>45</sup>, conosciuto anche come *Ulpiani Fragmenta*, *Ulpiani Regulae*, *Ulpiani regularum liber singularis*, *Epitome Ulpiani*<sup>46</sup>.

Stabilita, in estrema sintesi, la stretta relazione che intercorre tra il testo dei *Tituli ex corpore Ulpiani* e il *liber singularis regularum* nei termini di «recepimento mutilo»<sup>47</sup> –, posso ora concentrarmi sul contenuto del testo medesimo.

L'opinione tradizionale, ancora oggi maggioritaria, sostiene l'origine postclassica del testo, che verrebbe dunque a costituire una rielaborazione di materiali classici per lo più ulpiane, nella quale non può disconoscersi l'influenza delle Istituzioni gaiane<sup>48</sup>.

---

di M. AVENARIUS, *Der Pseudo-Ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen, 2005, nonché ID., *Il 'liber singularis regularum' pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le 'Institutiones' di Gaio*, in *Index*, XXXIV, 2006, 455 ss.

<sup>45</sup> In argomento la letteratura è significativa. Tra i molti contributi v. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul 'liber singularis regularum'. Appunti gaiani*, in *BIDR*, XXX, 1921, 178 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 89 ss.); E. ALBERTARIO, *'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *BIDR*, XXXII, 1922, 73 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 491 ss.); F. CANCELLI, voce *'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 392 ss.; F. MERCOGLIANO, *Un'ipotesi*, cit., 185 ss.; ID., *'Tituli'*, cit., *passim*; ID., *Le 'Regulae iuris' del 'liber singularis' ulpiano*, in *Index*, XXVI, 1998, 353 ss.; ID., *Una ricognizione sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *AARC*, XIV, 2003, 407 ss. Più di recente, M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., *passim*; ID., *Il 'Liber singularis'*, cit., 455 ss.; M.U. SPERANDIO, *Il 'Codex' e la divisione per 'tituli'*, in *AARC*, XVI, 2007, 435 ss.; ID., *'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. Il 'liber singularis regularum' pseudoulpiano e il 'codex vaticanus reginae 1128'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 357 ss. Da ultimo, F. MATTIOLI, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori*, II, *'Auctores-Negotia'*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 85 ss., alla quale si rimanda per ulteriori approfondimenti bibliografici.

<sup>46</sup> È stato sostenuto che si tratti di un volume che, in termini molto generali, contiene argomenti tratti dal *corpus* ulpiano, il quale, a prescindere dalla considerazione attribuita all'indicazione *Incipiunt Tituli ex corpore Ulpiani*, consente di attestare la suddivisione in *tituli* del *corpus* di Ulpiano. Con quest'ultima espressione, come di recente è stato confermato, si individua il libro di Ulpiano, ossia il *liber singularis regularum* dello stesso Ulpiano e non tutta la produzione ulpiana raccolta in forma di *codex*. V. sul punto M.U. SPERANDIO, *Il 'Codex'*, cit., 368; M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 94 ss.

<sup>47</sup> Con riferimento al 'recepimento mutilo' v. da ultimo F. MATTIOLI, *Un tentativo*, cit., 85 ss., in specie 91 ss.

<sup>48</sup> Sul punto v. S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo,

Tuttavia, la tesi testé esposta si scontra con quanto recentemente è stato affermato, ossia con l'idea dell'origine classica dell'opera<sup>49</sup>. Più in particolare, studi autorevoli – con l'intento di far riguadagnare all'opera, da sempre svalutata nella sua autenticità «per una sorta di attrazione per così dire gaiocentrica»<sup>50</sup>, il posto che merita – ritengono «plausibile ipotizzare che il *librarius* che procedette alla stesura del *Codex Vaticanus* abbia riutilizzato un testo riaccurciato del *liber singularis regularum*, probabilmente in una versione redatta fra il 320 e il 342 che comunque nelle parti conservate non alterava nella sostanza il contenuto del modello»<sup>51</sup>. In altre parole, la dottrina più recente ritiene che il *corpus* di Ulpiano rinvenuto nel *Codex Vaticanus* altro non sia che il *liber singularis regularum* riedito in forma di codice, ossia un piccolo manuale nato nella scuola di Ulpiano prima del 212 d.C. e, successivamente, diviso in *tituli*, epitomato, con opportuni aggiornamenti per l'uso forense intorno al 320 d.C.<sup>52</sup>.

Chiarito il contesto di riferimento, poniamo ora l'attenzione sul fram-

---

1936, 73 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 220 ss.); G.G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 23 ss.; F. MERCOGLIANO, 'Tituli', cit.; M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 42 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel modo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 277.

<sup>49</sup> Il riferimento va in particolare a H.L.W. NELSON, *Der Stil eines Kurzlehrbuchs: 'Ulpiani liber singularis regularum'*, in *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften*, Rostock, 1993, 81 ss.; M.U. SPERANDIO, 'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. Il 'liber singularis regularum' pseudoulpiano e il 'codex vaticanus reginae 1128', cit., 357 ss.; ID., *Le 'regulae iuris' del 'Liber singularis' ulpiano*, in *Index*, XXVI, 1998, 353 ss.; ID., *Una ricognizione sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XIV, Napoli, 2003, 407 e ss. Più di recente, F. MATTIOLI, *Un tentativo*, cit., 85 ss.

<sup>50</sup> Così F. MERCOGLIANO, 'Tituli', cit., 9. V. anche M. AVENARIUS, *Das 'gaiocentrische' Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall*, in *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden - Baden, 2008, 97 ss.

<sup>51</sup> Così F. MATTIOLI, *Un tentativo*, cit., 116 s., la quale evidenzia che «la revisione avvenuta nel IV secolo dovette consistere in una serie di tagli e in alcuni aggiornamenti che anche quantitativamente non comportarono uno stravolgimento dell'originale: si dovette cioè trattare di interventi che di fatto abbreviarono il testo in maniera limitata. (...) Tale ultima circostanza (...) contribuisce ad avvalorare l'idea che l'opera non seguisse lo schema espositivo delle Istituzioni gaiane (idea che certo comporterebbe in ipotesi che l'opera avesse nella sua stesura originaria un'estensione ben maggiore di quella di un solo libro), ma piuttosto uno schema proprio forse (...) mutuato dai *libri regularum* ulpiane».

<sup>52</sup> In specie v. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 76 ss.; F. MATTIOLI, *Un tentativo*, cit., 85 ss.; M. AVENARIUS, *Il 'Liber singularis'*, cit., 455, secondo cui «il testo contiene regole corrispondenti allo stato evolutivo del diritto che si raggiunse alla fine del periodo degli imperatori adottivi, vale a dire nel 180 d.C., o poco dopo».

mento contenuto in:

Tit. Ulp. 19.16: *Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipii sive nec mancipii sit*<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Sul passo v. in specie V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16 ss., in specie 17, il quale precisa che «non sembra tuttavia corretto prendere a base i testi citati e soprattutto il brano ulpiano, per un'indagine intorno alla struttura processuale dell'*adiudicatio*. Il cap. 19 delle *regulae* riguarda i modi di acquisto della proprietà e, prendendo in esame un certo numero di atti e fatti giuridici, li considera soltanto da punto di vista di questa loro funzione, sia essa poi essenziale all'atto o eventuale; come Ulpiano non vuol definire la *lex* quando afferma che '*lege nobis adquiritur velut caducum vel ereptorium* etc.' così non vuol definire l'*adiudicatio* quando dice che '*adiudicatione dominia nanciscimur rell*': una definizione condotta secondo questa direzione urterebbe perfino contro l'opinione tradizionale, perché non solo il diritto di proprietà, ma ogni altro diritto patrimoniale può essere oggetto di *adiudicatio*». P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>11</sup>, Paris, 1929, 336 s.; G. DEIANA, *Concetto*, cit., 12 ss., in specie 46 s., che, tuttavia, non ritiene decisivo l'argomento desunto dai passi in cui si dice che con l'*adiudicatio* il condomino diventava proprietario della cosa che gli veniva assegnata, in quanto *adiudicare* può essere anche inteso come sinonimo di assegnare, conferire. Lo studio di M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., in specie 352 ss.; ID., *L'effetto*, cit., 128 ss., in specie 129 s., dove lo studioso precisa che con *adiudicatio* «i classici dissero anche la pronuncia del giudice, con la quale si assegnava la cosa o porzione determinata di essa ad una parte o a ciascuna delle parti, ponendo fine in tal modo ad una situazione di indivisione (...). Il principio circa il carattere costitutivo dell'*adiudicatio* è limpidamente enunciato, in ordine alla proprietà, nei cd. *Tituli ex corpore Ulpiani*: Ulp. 19.16». R. SANTORO, *Potere*, cit., in specie 569 ss.; R. KNÜTEL, *Die Actio finium regundorum und die ars gromaticae*, in *Die römische Feldmesskunst*, Göttingen, 1992, 285 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 295, nt. 4; 309, nt. 48; F.T. HINRICHS, *Zur Geschichte*, cit., 242 ss., in specie 244. Insiste sull'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio* M. AVENARIUS, *Der Pseudo-Ulpianische*, cit., 376: «Bei Teilungsklagen wird der Geschworene ermächtigt, ein Grundstück, das aus einer Erbengemeinschaft, einer Bruchteilsgemeinschaft oder einer Grenzlage stammt, zu teilen, und das bisherige Miteigentum in Alleineigentum an den durch Realteilung gewonnenen Grundstücken zu verwandeln oder – im Fall des ungeklärten Grenzverlaufs – die Grundstücksgrenze festzusetzen. Der Ausdruck *adiudicatio* kann sich außer auf den Gerichtsakt als Tatbestand des Eigentumserwerbs auch auf die in der Klagformel enthaltene Ermächtigung des Gerichts zu seiner Vornahme beziehen. Während unsere Stelle die *adiudicatio* als Form des Eigentumserwerbs behandelt, erörtert Gaius 4.42 sie im Prozeßrecht, nämlich als Formelbestandteil zwischen *intentio* und *condemnatio*». M. MARRONE, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 316, nt. 83; M. VINCI, '*Fines*', cit., 309. Più di recente, S. MASUELLI, *Gli atti costitutivi di diritti reali, ed in particolare della proprietà, in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica*, in *Riv. dir. rom.*, XIX, 2019, 1 ss., in

Nel brano si afferma che per aggiudicazione conseguiamo la proprietà con la formula per dividere un'eredità, che ha luogo fra coeredi; con quella per dividere una comunione, che ha luogo fra condomini; e con quella per regolare i confini, che ha luogo fra vicini. Se infatti il giudice a uno degli eredi, dei condomini o dei vicini aggiudicherà alcunché, subito egli lo acquista, sia essa una *res Mancipi*, sia essa una *res nec Mancipi*.

Il testo qualifica espressamente l'*adiudicatio* come un modo di acquisto del dominio: si tratta infatti di quella particolare clausola formulare che trova applicazione con riguardo al giudizio di divisione dell'eredità tra coeredi, a quello di divisione della cosa comune tra soci, a quello di regolamento dei confini tra proprietari di fondi vicini.

Diversi sono gli elementi significativi che si possono evidenziare nel testo.

In primo luogo, si noti la particolare posizione sistematica nella quale l'*adiudicatio* è posta, ovverosia all'interno della sezione dedicata ai modi di acquisto della proprietà<sup>54</sup>. Tale posizione è ulteriormente rafforzata, nell'*incipit* del frammento, dall'espressione *adiudicatione dominia nanciscimur*.

In secondo luogo, si osservi il campo di applicazione della clausola, il quale fa riferimento alle azioni di divisione dell'eredità, di divisione della comunione e di regolamento dei confini, così come visto in precedenza in Gai 4.42.

In terzo luogo, rileva la menzione dell'espressione gaiana *adiudicare rem*, utilizzata anche in questo caso per descrivere l'attività svolta dal giudice nell'ambito di tali azioni.

Infine, l'esplicito riferimento alla distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*.

Il rilievo di tutti gli aspetti testé menzionati mi consente di ritenere come classico il testo in questione. In particolare, oltre alla fondamentale presenza dell'espressione *adiudicare rem* riferita ai giudizi divisorii menzionati, la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* rappresenta un chiaro indice della classicità del frammento<sup>55</sup>. Invero, con Giuseppe Grosso si

---

specie 5. Un cenno anche in R. PERANI, *'Pignus distrahere'. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio*, Milano, 2021, in specie 7, nt. 15.

<sup>54</sup> V. il già richiamato Tit. Ulp. 19.2, su cui v. *infra*, in questo capitolo.

<sup>55</sup> Con riferimento alla suddivisione v. Gai 2.14 ss., nonché Gai 1.120. Sulla distinzione v., tra i molti, F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino, 1958; G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1974, 39 ss.; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales-res incorporales' e 'res Mancipi-res nec Mancipi' nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*,

può dire che si tratta di «una distinzione che si presenta come fondamentale nel diritto classico, per quanto sia sostanzialmente superata nel diritto pretorio, e che tramonta in epoca postclassica ed è scomparsa nel diritto giustiniano»<sup>56</sup>.

Il singolo frammento, almeno per quanto concerne il diritto di proprietà, può ritenersi significativo allo scopo della presente indagine, ovverosia quello di chiarire la funzione dell'*adiudicatio* – ora come *pars formulae*, ora come sentenza – nel contesto del processo classico. L'interpretazione dell'*adiudicatio*, operativa nell'ambito dell'*actio communi dividundo*, come modo di acquisto della proprietà di una *res* – sia essa *mancipi*, sia essa *nec mancipi* – sembrerebbe infatti affermato in modo inequivoco.

Attraverso la lettura di Tit. Ulp. 19.2 e il confronto con Gai 4.42, cercherò ora di illustrare il tipo di relazione che può esservi tra i testi richiamati.

#### 8. La testimonianza di Tit. Ulp. 19.2 e la sistematica dei modi di acquisto del dominio

Quanto precisato con riguardo a Tit. Ulp. 19.16 trova ulteriore conferma in un passo del redattore ulpiano, anch'esso dunque da ritenersi di matrice classica, contenuto in:

Tit. Ulp. 19.2: *singularum rerum dominium nobis acquiritur mancipatione traditione usucapione in iure cessione adiudicatione lege*<sup>57</sup>.

Torino, 1976, 409 ss. (ora in *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, 1091 ss).

<sup>56</sup> Così la recente riedizione di G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una nota di lettura di Filippo Gallo*, riedizione in *Riv. dir. rom.*, I, 2001, 1 ss., in specie 63 ss., 64, il quale mette bene in evidenza che la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* deve risalire all'epoca arcaica; essa non è stata posta, ma si è affermata nella realtà e naturalità dei rapporti giuridici primitivi. Tale distinzione anche nella rilevanza giuridica che ancora presenta nel *ius civile* classico, trova in questo quadro la sua impostazione. In epoca postclassica, la distinzione decade insieme con la *mancipatio*. V. in questo senso C. 7.31.1.5 Imp. Iustinianus A. Iohanni p.p.: *Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis* (a. 531). In argomento v. inoltre P. BONFANTE, *'Res mancipi' e 'nec mancipi'*, Roma, 1888-1889 (ora in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, 1 ss.).

<sup>57</sup> Sul passo del redattore ulpiano contenuto in Tit. Ulp. 19.2, tra gli altri, v. F. GALLO,

Invero, il redattore ulpiano, dopo l'elencazione delle *res Mancipi*<sup>58</sup>, definisce i modi di acquisto del *dominium*<sup>59</sup>.

Raffrontando brevemente la sistematica così come descritta nel manuale gaiano e nel testo contenuto nel *liber singularis regularum*, si può rilevare che le due opere poggiano prevalentemente sulla stessa tradizione.

---

*Studi*, cit., 69, 120; ID., *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Napoli, 1956, 193 ss., in specie 215; S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., in specie 2; M. AVENARIUS, *Der Pseudo-Ulpianische*, cit., 361 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 117 ss.; S. MASUELLI, *Gli atti*, cit., in specie 5 ss.; D. JOHNSTON, *Gaius and the 'Liber singularis regularum' attributed to Ulpian*, in *Le Istituzioni*, cit., 303 ss., in specie 314.

<sup>58</sup> Tit. Ulp. 19.1.

<sup>59</sup> Tit. Ulp. 19.2-18. Recentemente, nel testo dei *Tituli ex corpore Ulpiani* è stata ravvisata una 'prospettiva sistematica' di trattazione degli atti costitutivi dei diritti reali. Sul punto v. S. MASUELLI, *Gli atti*, cit., 1 ss., il quale si sofferma altresì sulla sistematica degli atti costitutivi di diritti reali nell'*Epitome Gai* in 2.1.4: 4. *Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permisso, domum aedificauerit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat: uel si aliquis in agro nostro arbores aut uineas uel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; uel si messem in campo seminauerit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur. Quod et de chartis uel pergamenis, si in alienis scribat, licet aureis aut argenteis litteris, similiter eius est scriptura, cuius chartae aut pergamenae fuerint. Quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, obseruatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat. 5. Quod si quis ex uuis meis uinum aut ex spicis frumentum aut ex oliuis oleum fecerit, eius uinum, triticum uel oleum est, cuius spicae aut uuae aut oliuae fuerint. Si quis etiam ex tabulis alienis nauem aut armarium aut quodcumque ad usum pertinens fecerit, simili ratione eius erunt, quae facta fuerint, de cuius ligno facta probantur. Similiter etiam si ex lana uel lino alieno uestimenta fecerit, eius erunt uestimenta, cuius lana uel lineum fuisse probabitur. 6. Sed in his omnibus superius comprehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificauerit aut horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumerint, hoc competit, ut expensas uel impendia, quae in his fecerint, a dominis, qui rem factam uindicant, recipere possint. 7. Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed et per eos, qui in potestate nostra sunt, sicut filii uel serui; quia quidquid his a qualibet persona donatum uel uenditum fuerit, aut heredes fuerint instituti, id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquiritur: praeter eos filios, quibus per leges ut castrense peculium habere permittitur est. Hi uero serui, qui in usufructu nostro et in proprietate alterius sunt, hoc tantum usufructuario acquirere possunt, quod opere aut manibus suis fecerint aut de mercedibus operis sui acceperint. Nam si eis aut hereditas aut legatum dimittatur aut donationis aliquid conferatur, hoc proprietario domino, non usufructuario acquiritur.* Lo studioso mette in evidenza che «più di tutto è che la sequenza, pur corredata da minuziosa casistica (derivata in gran parte dai passaggi corrispondenti delle Istituzioni gaiane), non fa alcuna menzione di *mancipatio*, di *traditio*, di *in iure cessio* e di *usucapio*, vale a dire non sono in essa minimamente considerati quegli atti i quali, con terminologia contemporanea, sono denominati atti costitutivi di diritti reali a titolo derivativo». Sul punto v. anche G.G. ARCHI, *L'epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937, 225 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 117 ss.

Sul tema torna di recente Martin Avenarius, il quale ribadisce la comune origine classica del *liber singularis regularum* e delle *Institutiones* di Gaio e ciò in ragione del fatto che «mezzi di rappresentazione come *divisiones* e definizioni hanno giocato, di volta in volta, un ruolo oltremodo rilevante nella sistemazione del materiale nelle due opere»<sup>60</sup>.

Eppure, al contempo, risultano evidenti alcune differenze, le quali, anche in questo caso, sono state in parte giustificate alla luce dell'influsso della tradizione, in ragione dell'appartenenza degli autori dei testi a diverse Scuole<sup>61</sup>.

Sebbene ancora oggi sia tenuta salda l'idea della dipendenza sistematica del modello a cui si rifanno i *Tituli ex corpore Ulpiani* dalle Istituzioni di Gaio – tale modello conserva infatti lo schema classico di *personae, res, actiones* –, talvolta si afferma una qualche autonomia del medesimo modello rispetto alle *Institutiones* gaiane<sup>62</sup>.

È proprio nel solco di tale rapporto che intendo, seppur sinteticamente, mettere a confronto le due testimonianze.

Calando lo sguardo sulla formulazione dei due frammenti, quanto contenuto nei *Tituli* appare disomogeneo rispetto al tenore del frammento gaiano sia sotto il profilo dell'ordine sistematico, sia per quanto concerne i concetti in esso richiamati.

<sup>60</sup> M. AVENARIUS, *Il 'liber singularis'*, cit., 459 s. Sul punto v. anche H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 339 ss. e, in aggiunta, le *Recensioni* di H. WAGNER, in *Iura*, XXXII, 1981, 257 ss., nonché di D. LIEBS, in *Gnomon*, LV, 1983, 113 ss.

<sup>61</sup> Sulla questione se Gaio sia da ascrivere a una scuola o meno v. tra gli altri E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 1 ss.; M. AVENARIUS, *Sabinus und Cassius. Die Konstituierung der sabinianischen Schultradition in der Retrospektive und ihre vermuteten 'Gründer' im Wandel der Wahrnehmung*, in *Römische Jurisprudenz - Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, a cura di K. Muscheler, Berlin, 2011, 33 ss., nonché più di recente ID., *Il 'liber singularis'*, cit., 459 ss., secondo il quale «il sistema istituzionale di Gaio presuppone stadi di sviluppo, che il sistema del *liber singularis* non presenta ancora. (...) Questi stadi di sviluppo presuppongono la ricezione, operata da Giuliano, del pensiero classico all'interno della scuola sabiniana. Le Istituzioni di Gaio si fondano su tale accettazione, ma non è così per il *liber singularis*, che trova le sue radici nella scuola proculiana (...) Il redattore del *liber singularis* (...) utilizzò il materiale tradito senza adattamenti devianti dei principi metodici e delle dottrine, poiché egli stesso si poneva nella tradizione classico-proculiana. Certo, il *liber singularis* si trova nello stadio di sviluppo che la scienza giuridica aveva raggiunto intorno al 180 d.C. (...) Tuttavia, in generale, il redattore poteva trattare il materiale di base in modo più conservativo rispetto a Gaio, poiché egli non era collegato con la tradizione scientifica di Giuliano».

<sup>62</sup> F. MERCOGLIANO, *Un'ipotesi*, cit., 189; ID., *'Tituli'*, cit., 39 s.; M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 100; ID., *Il 'Liber singularis'*, cit., 457 ss., in specie 457.

Innanzitutto, entrambi i testi contemplanò l'elencazione di *mancipatio*, *traditio*, *usucapio* e *in iure cessio*, ancorché in un ordine differente.

In secondo luogo, solo nel testo del redattore ulpiano compaiono l'*adiudicatio* e la *lex*, assenti invece nel manuale gaiano.

In terzo luogo, nel testo gaiano i modi di acquisto sono distinti con riferimento al diritto naturale (*ius gentium* in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.1 pr. e in Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23 pr.) e al diritto civile<sup>63</sup>, mentre nel testo del redattore ulpiano non compare alcun riferimento al *ius naturale* - *ius gentium* e al *ius civile*<sup>64</sup>.

Infine, nel testo del redattore dei *Tituli ex corpore Ulpiani* solo *mancipatio*<sup>65</sup>, *traditio*<sup>66</sup> e *in iure cessio*<sup>67</sup> sono individuate nei termini di *alienationes*; diversamente, *usucapione dominia adipiscimur tam mancipi rerum, quam nec mancipi*<sup>68</sup> e *adiudicatione dominia nanciscimur (...) per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios*<sup>69</sup>.

L'angolazione dalla quale Gaio nelle *Institutiones* tratta della circolazione delle *res* si ricava «retrospettivamente»<sup>70</sup>: delimitato il campo di osservazione *de rebus* idonee a essere nella disponibilità dei privati<sup>71</sup>, il giurista dell'età degli Antonini, mediante un approccio da taluni ritenuto casistico e controversiale<sup>72</sup>, procede alla disamina delle concrete modalità attraverso le quali le *res* «entrano o escono dal *patrimonium*»<sup>73</sup>.

<sup>63</sup> Gai 2.65.

<sup>64</sup> Tit. Ulp. 19.2.

<sup>65</sup> Tit. Ulp. 19.3.

<sup>66</sup> Tit. Ulp. 19.7.

<sup>67</sup> Tit. Ulp. 19.9.

<sup>68</sup> Tit. Ulp. 19.8.

<sup>69</sup> Tit. Ulp. 19.16.

<sup>70</sup> Così in specie R. MARTINI, *Di alcune singolarità della sistematica gaiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, I, Milano, 2010, 121 ss., in specie 128 s. V. anche G. FALCONE, *Osservazioni*, cit., 160 ss., in specie nt. 90, dove lo studioso chiarisce che la stessa logica regola anche la materia delle *actiones*.

<sup>71</sup> Gai 2.2-11. Sul punto v. *infra*, cap. III, nt. 6.

<sup>72</sup> Tra i molti contributi sul tema v. M. BRETONE, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica (Atti dell'Accademia nazionale dei Lincei)*, Roma, 2008; M. BRUTTI, *Gaio e lo 'ius controversum'*, in *AUPA*, LV, 2012, 75 ss. In senso difforme v. T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main, 2007, 215; C. BALDUS, *I concetti*, cit., 46 ss.

<sup>73</sup> G. FALCONE, *Osservazioni*, cit., 160; 165, nt. 103, nella quale lo studioso chiarisce che «l'intera trattazione concernente la circolazione delle *res* è impostata su secondo una peculiare attenzione di natura operativo-cautelare, che mira alla segnalazione delle (*rectius*: all'avvertenza sulle) idonee modalità negoziali che devono essere compiute al fine di

Diverso è l'orizzonte previsto nei *Tituli ex corpore Ulpiani*.

A partire da Tit. Ulp. 19.2 sono infatti elencati i modi di acquisto del dominio, ossia *mancipatio*, *traditio*, *usucapio*, *in iure cessio*, *adiudicatio* e *lex*. Nei paragrafi a seguire vi è invece la descrizione di ciascun *genus*. In specie, il testo del redattore ulpiano riporta, per il tramite di un linguaggio semplice ma concreto, la descrizione di ciascun modo di acquisto della proprietà e, tra questi, spicca anche l'illustrazione dell'*adiudicatio*, in aggiunta alla *lex*<sup>74</sup>.

Tentando di tirare le fila del confronto testuale, appare evidente che Gaio non si spinge sino a ricomprendere, tra le ipotesi di *alienationes* rilevanti sul terreno dell'acquisto della proprietà, quella individuata dalla sentenza di divisione.

Differentemente, il redattore ulpiano, tanto in 19.16 (*adiudicatione dominia nanciscimur*) quanto in 19.2 (*singularum rerum dominium nobis adquiritur*), individua l'*adiudicatio* tra i modi di acquisto della proprietà sulle singole cose.

Pare difficile non avere la sensazione di uno scostamento tra il pensiero di Gaio, da un lato, e quello del redattore ulpiano, dall'altro, ovvero di una diversa sensibilità sul tema, la quale potrebbe dirsi giustificata sia dalla diversa funzione svolta dalle due opere, sia dalla differente prospettiva di trattazione adottata.

Gaio, infatti, descrive l'*adiudicatio* come uno strumento operativo sul piano processuale, nei termini di parte formulare o sentenza nell'ambito dei giudizi divisorii. Diversamente, il redattore ulpiano, interessato a rappresentare le differenti fattispecie di acquisto della proprietà, evidenzia sul piano sostanziale anche l'acquisto per aggiudicazione.

Evitando concettualizzazioni – come noto estranee alla mentalità dei romani –, mi sembra si possa in ogni caso mettere in luce che tale elaborazione di pensiero lascia spazio a una rinnovata indagine sull'argomento. Quest'ultima, a partire dal rilievo dell'espressione *adiudicare rem* – presente in entrambi i testi –, mi consentirà di meglio precisare l'effetto e dunque la funzione del *iudicium communi dividundo*.

---

assicurare la piena efficacia del risultato giuridico voluto. Su questo aspetto v. anche Id., *Approccio operativo-cautelare e 'obligationes ex contractu' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Fest. R. Knütel*, Heidelberg, 2009, 315 ss.; Id., *Sistematiche*, cit., 28 ss.

<sup>74</sup> M. AVENARIUS, *Il 'liber singularis'*, cit., 473, secondo il quale il testo del redattore ulpiano rappresenterebbe un libro di regole specificamente dedicato alla prassi, ovvero un testo pubblicato per venire incontro all'esigenza della scuola epiclassica di materiale didattico, di regole giuridiche in forma semplice e concentrata.

9. Il frammento contenuto in *Vat. Frag. 47a*

Nel contesto delle fonti individuate dalla letteratura maggioritaria a fondamento dell'efficacia costitutiva della divisione, particolare attenzione merita poi un testo dei *Fragmenta Vaticana*, che di seguito riporto:

Vat. Frag. 47a: *Potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*<sup>75</sup>.

La testimonianza è chiara nella sua formulazione: viene sancita l' idoneità dell'*adiudicatio*, conseguente all'esperienza dell'*actio communi dividundo* (o dell'*actio familiae erciscundae*), a determinare l'attribuzione in proprietà o a costituire *iure civili* il diritto di usufrutto solamente nell'ipotesi in cui si tratti di un *iudicium legitimum*.

*A contrario*, dunque, nei *iudicia imperio continentia* l'*adiudicatio* non possiede la stessa efficacia, dando luogo all'acquisto di una proprietà pretoria<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Sul passo v. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16 ss.; F. BONIFACIO, '*Iudicium legitimum*' e '*iudicium imperium continens*', in *Studi Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 207 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 325 s.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414; R. SANTORO, *Potere*, cit., 579 ss.; M. MARRONE, *L'effetto*, cit., 132; A. TORRENT, *A proposito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, cit., 593 ss.; G. GROSSO, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, in *BIDR*, LXXIV, 1971, 37 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 206, 441; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 312, nt. 64; M. KASER, *Ius gentium*, cit., *passim*; M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari, 1997; C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano*, Napoli, 1997; I. FARGNOLI, *Il magistrato in prima linea. I 'iudicia imperio continentia'*, ne *Il giudice*, III, cit., 143 ss., in specie 154. Un cenno di recente anche in R. D'ALESSIO, '*Un dogma*', cit., 1 ss., nonché S. CACACE, *La natura*, cit., 485 ss. In argomento di *Fragmenta Vaticana* torna da ultimo M. VARVARO, '*I Vaticana fragmenta a due secoli dalla riscoperta*', in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, XI, 2021, 409 ss.

<sup>76</sup> In argomento di distinzione tra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia*, in questi termini formulata solo in Gai 4.103-105, v. tra i molti contributi L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, 19 s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, 81 ss.; G. PUGLIESE, *Figure processuali ai confini tra 'iudicia privata' e 'publica'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 392 s. (ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1985, 395); F. BONIFACIO, '*Iudicium legitimum*' e '*iudicium imperio continens*', cit., 210 ss.; G. BROGGINI, '*Iudex*', cit., 213 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.I, *Il processo formulare*, cit., 19 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, cit., 201 ss.; M. BALZARINI, *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 449 ss.; C. GIOFFREDI, '*Iudicium legitimum*', in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 193 ss., in specie 212; M. TALAMANCA, voce *Processo*,

Si è affermato che tale principio possa ritenersi «abbastanza scontato, in quanto non è immaginabile che l'*adiudicatio* avesse effetti civili, se si fosse esercitata un'azione divisoria per un rapporto che fosse diverso dalla proprietà civile»<sup>77</sup>.

Il passo rappresenta una particolarità procedurale del *iudicium legitimum* e consente di evidenziare che l'*adiudicatio* è idonea a costituire l'*ususfructus*. Infatti, a differenza di quanto precisato nel contesto dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, in questa sede l'*adiudicatio* è posta come costitutiva tanto del diritto di proprietà, quanto del diritto di usufrutto.

Sull'applicazione dell'*actio communi dividundo* all'area dei diritti reali limitati mi concentrerò in seguito<sup>78</sup>. In questa sede, dunque, è solo il caso di accennare che l'esercizio dell'*actio communi dividundo*, testimoniato nelle fonti relativamente ai diritti reali limitati, di godimento (l'usufrutto) e di garanzia (il pegno), tratteggia, da un lato, l'operatività dell'*adiudicatio* per quote ideali della *res*, dall'altro, il prodursi di un effetto per così dire parzialmente costitutivo sulla *res* oggetto di divisione<sup>79</sup>.

#### 10. *La testimonianza di Paul. 6 ad Sab. D. 10.2.44.1*

Quanto al profilo che intendo qui evidenziare, rileva inoltre una testimonianza paolina, sintetica ma lineare nella sua formulazione, contenuta in:

Paul. 6 *ad Sab. D. 10.2.44.1*: *Si familiae erciscundae vel communi dividundo actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando*<sup>80</sup>.

cit., 25 ss. Più di recente, F. CANCELLI, 'Iudicia legitima', 'arbitria honoraria' e 'advocatio' di Pro Quinto Roscio Comoedo, 5,15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, in 'Res publica'. 'Princeps' di Cicerone e altri saggi, Torino, 2017, 129 ss.

<sup>77</sup> Così I. FARGNOLI, *Il magistrato in prima linea*, cit., 154.

<sup>78</sup> V. *infra*, cap. IV e V.

<sup>79</sup> Faccio riferimento a Lab. 2 *post. a Iav. epit. D. 33.2.31*, nonché a Ulp. 19 *ad ed. D. 10.3.6.8*, sui quali v. *infra*, cap. V.

<sup>80</sup> Sul passo, v. in una prospettiva più storica G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 172 ss. Inoltre, tra i molti, v. B. BIONDI, 'Iudicia', cit., 218 ss., in specie 236, nt. 3; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi*, cit., 16 ss.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 21 ss. Dalla specola degli effetti pregiudiziali della sentenza v. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 352, nt. 682; ID., *L'effetto*, cit., 132 s. V. inoltre A. TORRENT, *A proposito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, cit., 593 ss.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, cit., 579 ss. Un cenno anche in M. MARRONE, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 316, nt. 83 e in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto*

È Paolo questa volta a spiegare l'effetto prodotto dall'*adiudicatio* nel contesto di un *iudicium familiae erciscundae* e *communi dividundo*, cioè *adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando*.

Nel brano si precisa che, qualora si sia agito mediante l'azione di divisione dell'eredità o di divisione della comunione, il pretore tutela le aggiudicazioni, concedendo azioni o eccezioni.

In letteratura, vi è chi ha ritenuto interpolato il passo proprio con riferimento alla parte di specifico interesse, ossia *adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando*, segnatamente con riguardo all'uso del plurale *actiones* ed *exceptiones*<sup>81</sup>.

Diversamente ritengo, come già in precedenza sostenuto da Marrone, che il plurale di *actiones* ed *exceptiones* non sia il frutto di un'alterazione giustinianea e possa trovare conforto nell'utilizzo di *adiudicationes*<sup>82</sup>.

Lo stesso Marrone propone infatti una diversa formulazione del passo: Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.1: *Si familiae erciscundae vel communi dividundo <imperio continenti iudicio> actum sit, adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut <utiles> actiones dando*. In particolare, lo studioso puntualizza che la ragione per la quale ha creduto di inserire l'espressione *imperio continenti iudicio* e *utiles* «è questa: se il giurista discorreva di *adiudicationes* con effetti solo pretori (*praetor tuetur*), non poteva che riferirsi ai *iudicia imperio continentia* (nei *iudicia legitima* (...) l'*adiudicatio* aveva effetti costitutivi *iure civili*); d'altronde, se si trattava di tutela pretoria, questa doveva realizzarsi mediante rimedi pretori: *exceptiones* e *actiones utiles*»<sup>83</sup>.

Invero, come già accennato<sup>84</sup>, l'effetto costitutivo può riferirsi ai soli *iudicia legitima*; nei *iudicia imperio continentia*, l'*adiudicatio* dà semplicemente luogo a una situazione tutelata con mezzi pretori, come dianzi dimostrato in Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17.

Quanto appena affermato non sembra però aggiungere elementi decisivi a mettere in chiaro la funzione svolta dall'*adiudicatio* nel contesto del *iudicium communi dividundo*.

## 11. La testimonianza di Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17

Infine, un'ulteriore testimonianza individuata dalla letteratura a favore

*privato romano*, Torino, 2017, 346.

<sup>81</sup> B. BIONDI, 'Iudicia', cit., 236, nt. 3.

<sup>82</sup> M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 352, nt. 682.

<sup>83</sup> M. MARRONE, *L'effetto*, cit., 132 s.

<sup>84</sup> V. *supra*, cap. I, § 3.

dell'efficacia costitutiva della pronuncia di divisione è quella contenuta in:

Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17: *Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum*<sup>85</sup>.

Nel testo, ritenuto genuino nella sua attuale formulazione<sup>86</sup>, Marcello espone il caso di fondi appartenenti a terzi – *de alienis fundis* – aggiudicati per errore al termine di un *iudicium communi dividundo*: il soggetto nei cui confronti è stata pronunciata la sentenza di divisione diviene, in virtù dell'*adiudicatio*, possessore e non proprietario degli stessi. L'acquisto in proprietà si avrà in forza dell'usucapione, decorsi i relativi termini. Ne consegue che il terzo, vero proprietario dei fondi, prima del compimento dell'usucapione a vantaggio dell'aggiudicatario, conservi la possibilità di rivendicare vittoriosamente il proprio diritto<sup>87</sup>.

Sulla scorta delle considerazioni svolte, è possibile evidenziare l'attribuzione patrimoniale che si realizza in capo ai singoli a seguito dell'esperimento dell'*actio communi dividundo*. In specie, gli aggiudicatari diventano *domini ex iure Quiritium* se si tratta di *iudicium legitimum*. Diversamente, nei *iudicia imperio continentia*, l'*adiudicatio* opera solo come *iusta causa usucapionis*. Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'aggiudicazione sia a vantaggio di non legittimati, come nel caso previsto da Marcello, la clausola di *adiudicatio* non è costitutiva di proprietà quiritaria, ma dà luogo a *iusta causa usucapionis*<sup>88</sup>.

Quanto appena affermato, in linea con il brano paolino contenuto in D. 10.2.44.1, conduce a dare rilievo alla presenza di limiti circa l'efficacia costitutiva dell'*adiudicatio*. Invero, rispetto ai terzi, rimasti estranei al giudizio divisorio, l'*adiudicatio* produce un effetto del tutto peculiare; tale singolarità mi consente di valorizzare – già in questa sede – come la natura della pronuncia di divisione non possa essere descritta pienamente attra-

<sup>85</sup> Sul passo v. soprattutto J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 402; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 354 s.; G. PUGLIESE, *Note*, cit., 727 ss., in specie 743; M. MARRONE, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 316, nt. 83; A. MILAZZO, *Iniuria iudicis: ingiustizia della sentenza e riflessi sulla cosa giudicata*, in *Res iudicata*, II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2005, 67 ss., in specie 82 s.

<sup>86</sup> V. in specie M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 354; ID., *L'effetto*, cit., 133 s.

<sup>87</sup> In tema di *actio familiae erciscundae* v. Paul. 2 *quaest.* D. 10.2.36. Cenni a tale testimonianza, tra gli altri, in A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, in specie 130, 319 s., 483; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 261, nt. 8; 295, nt. 4; 309, nt. 48; 386, nt. 39.

<sup>88</sup> V. M. MARRONE, *Istituzioni*<sup>3</sup>, cit., 315 s. In argomento v. *supra*, in questo capitolo, § 9, con riferimento alla fonte di Vat. Frag. 47a.

verso il solo richiamo alla categoria dell'efficacia costitutiva.

## 12. Conclusioni parziali sulla funzione dell'adiudicatio

Alla luce delle riflessioni svolte sin qui, mi pare possa dirsi chiarito che il contenuto tecnico dell'*adiudicatio* come parte formulare si sostanzia nell'*adiudicare rem*, contenuto in Gai 4.42.

Diversamente da quanto sostenuto dalla letteratura maggioritaria, la definizione di *adiudicatio* nei termini di *adiudicare rem* – la quale trova specifica applicazione con riferimento alle azioni divisorie, dunque anche all'*actio communi dividundo* – è tecnica, nel senso che essa è idonea a delineare la funzione svolta nel processo formulare.

I contorni dell'*adiudicare rem* risultano evidenziati già all'interno della stessa definizione gaiana di *adiudicatio* e fanno riferimento, da un lato, alla figura dell'organo giudicante e ai criteri che guidano il suo *officium*, dall'altro, ai soggetti coinvolti nel giudizio di divisione.

Per meglio dire, l'*adiudicare rem* delinea una fattispecie complessa: al giudice, in forza della clausola aggiudicatoria, è permesso di assegnare una *res* a qualcuno dei litiganti, senza che in ciò si possa rinvenire un atto esclusivamente espressivo della sua *potestas*.

A questo proposito, la mancanza di un esplicito richiamo alla *potestas iudicis* – a differenza di quanto accade nella definizione di *condemnatio* prevista in Gai 4.43 – ritengo sia, da parte di Gaio, voluta e consapevole.

In altre parole, Gaio interpreta la *pars formulae* dell'*adiudicatio* e dunque anche il contenuto della relativa sentenza come l'esito di un giudizio da parte del *iudex communi dividundo*, il quale tuttavia non gode di una discrezionalità piena. Il risultato divisionale è determinato – come vedremo nel prosieguo dell'indagine – sulla base di ciò che i litiganti preferiscono e, là ove ciò non risulti stabilito, il giudice deve procedere alla miglior divisione possibile, sempre tenuto conto delle peculiari caratteristiche della *res* oggetto di divisione<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> V. in specie Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21, su cui v. *infra*, cap. IV, § 8.



## CAPITOLO TERZO

### *Il rilievo della res (communis) e le cause divisorie di comunione*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. Le ulteriori coordinate dell'indagine – 3. La rilevanza del concetto di quota – 4. I contorni del fenomeno della comunione – 5. La *communio pro indiviso* come presupposto di applicazione del *iudicium communi dividundo*: la testimonianza di Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19 pr. – 6. Comproprietà e non anche coeredità: la testimonianza di Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr. – 7. Le applicazioni del *iudicium communi dividundo* in ambito di comunione ereditaria: le testimonianze di Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.20.4 e di Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44 pr. – 8. *Si res communis non sit*: la testimonianza di Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.1 – 9. Rapporti tra *actio pro socio* e *actio communi dividundo*. La testimonianza di Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.3.2 pr. – 10. Le cause divisorie di comunione: la testimonianza di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.31 – 11. Il concetto di *res* rilevante nel contesto del *iudicium communi dividundo*: conclusioni parziali.

#### 1. *Premesse*

Nel secondo capitolo, ho avuto modo di chiarire che l'espressione *adiudicare rem*, contenuta in Gai 4.42, esprime in senso tecnico la peculiare funzione dell'*adiudicatio*.

Nel contesto applicativo del *iudicium communi dividundo*, tale locuzione possiede un significato complesso: invero, allo scopo di realizzare il risultato divisorio, l'attività di *adiudicare rem* non coinvolge esclusivamente la figura del *iudex*. Piuttosto, quest'ultimo, nella pronuncia dell'aggiudicazione, è guidato – come avrò modo di approfondire – dalla volontà delle parti coinvolte nel giudizio e, in ogni caso, dalle caratteristiche e dalla natura della *res* oggetto di divisione, al fine di ottenere la miglior divisione possibile. A ben vedere, infatti, la sentenza di divisione deve, in ogni caso, conservare la destinazione economica della *res* e consentire a ciascun contendente l'utile godimento della medesima *res* assegnata *pro quota*<sup>1</sup>.

Il conseguimento pratico di tale finalità è in buona sostanza strettamente vincolato all'oggetto della divisione. Per meglio dire, l'operazione

---

<sup>1</sup> V. *infra*, cap. IV.

di divisione cui conduce l'esperimento dell'*actio communi dividundo* appare fortemente influenzata dalla natura e dalle caratteristiche della *res* da dividere.

Tale affermazione merita qualche precisazione.

Come noto, il lemma *res* copre una polisemia vastissima<sup>2</sup>.

L'accezione più generica del termine consente di ricondurre il significato della parola a un'entità oggettiva, esteriore rispetto ai soggetti e delimitata al mondo della realtà sensibile in quanto a porzione della materia<sup>3</sup>.

Diversamente, nel suo significato più ristretto e tecnico-giuridico, in assenza di una definizione nelle fonti romane<sup>4</sup>, il termine *res* può richiamare tanto le *res corporales*, ossia le cose materiali come oggetto attuale o potenziale di rapporti giuridici, in specie del dominio e dei diritti reali, quanto quelle *incorporales*, cioè *quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae iure con-sistunt*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Per un primo sguardo sul termine *res*, v. Æ. FORCELLINI, voce 'Res', in *Totius latinitatis Lexicon. Consilio et cura J. Facciolati*, III, Patavii, 1844, IV, 929 ss.: «*id quod est, actio, opus, factum. Vox est immensi prope usus ad omnia significanda, quae sunt, aut quae fieri, dici, aut cogitari possunt*»; voce 'Res', in VIR, V, Berlin, 1939, 100 ss.; A. WALDE - J.B. HOFMANN, voce 'Res', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>3</sup>, II, Heidelberg, 1982, 430 s.; H.G. HEUMANN - E. SECKEL, voce 'Res', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, 511 s.; A. ERNOUT - A. MEILLET, voce 'Res', in *Dictionnaire etymologique*<sup>4</sup>, 1985, 571; voce 'Res', in *Oxford Latin Dictionary*, edited by P.W. Glare, Oxford, rist. 2005, 1625 s. Anche nel linguaggio delle fonti giuridiche romane la parola *res* ricorre nei significati più disparati e, come messo in evidenza da G. ASTUTI, voce *Cosa in senso giuridico (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, , 1 ss., in specie 2, «questo spiega come anche nel linguaggio tecnico dei giuristi classici non sia possibile individuare un uso più rigoroso, né un significato univoco di questo termine».

<sup>3</sup> V. tra i molti G. GROSSO, *Corso*, cit., 1 ss. Di recente U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*<sup>4</sup>, Napoli, 2019, 107 s., sottolinea come «suscita viva perplessità la definizione di *res* corrente presso la moderna dottrina romanistica: *res* come porzione materiale del mondo esterno».

<sup>4</sup> Le definizioni rinvenibili in Paul. 2 *ad ed. D. 50.16.5* pr.: '*Rei*' appellatio latior est quam '*pecuniae*', quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt e in Ulp. 14 *ad ed. D. 50.16.23*: '*Rei*' appellatione et causae et iura continentur si possono infatti ritenere settoriali.

<sup>5</sup> Cfr. Gai 2.14. Sul punto la letteratura è sterminata. V. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, *La proprietà*, Roma, 1926, 3 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933, 21 ss.; M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHD*, XXIV-XXV, 1946-1947, 209 ss.; H. PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen*, in *ZSS*, LXV, 1947, 339 ss.; R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi in onore di S. Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento*, Napoli, 1948, 357 ss.; H. KRELLER, '*Res*' als Zentralbegriff des Institutionensystem, in *ZSS*, LXVI, 1948, 572 ss.; B. ALBANESE, *La successione*, cit., 356 ss.; G. PUGLIESE, '*Res corporales*', '*res incorporales*' e il problema del

diritto soggettivo, in *RISG*, V, 1951, 237 ss., (ora in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1985, 225 ss.); B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, IV.1, Torino, 1953, 21 ss.; ID., voce *Cosa corporale ed incorporale (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 1014 s.; F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln der Institutionensystems*, in *ZSS*, LXX, 1953, 103 ss.; G. GROSSO, *La distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales' e il secondo capo della 'lex Aquilia'*, in *Syntelesia. Vincenzo Arangio-Ruiz*, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli, 1964, 791 ss. (ora in *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, 669 ss.); U. ROBBE, *La 'successio' e la distinzione fra 'successio in ius' e 'successio in locum'*, I, Milano, 1965, 26 ss.; ID., *Osservazioni su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, a cura di A. Guarino e L. Bove, Napoli, 1966, 115 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, P<sup>2</sup>, Milano 1967, 159 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968, 144 ss.; ID., *Gaio e le 'res incorporales'*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 297 ss.; G. GROSSO, *Problemi*, cit., 39 ss.; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales'*, in *Labeo*, XX, 1974, 362 ss.; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales-res incorporales' e 'res mancipi-res nec mancipi' nella sistemática gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 409 ss. (ora in *'Lectio sua'. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, 1091 ss.); C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistemática gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 250 ss.; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales' nel diritto romano classico*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 87 ss.; J.W. TELLEGEN, *'Res incorporalis' et les codifications modernes de droit civil*, in *Labeo*, X, 1994, 41 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle 'res corporales' e 'incorporales' quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in *Gaetano Scherillo. Atti del Convegno (Milano, 22-23 ottobre 1992)*, Milano, 1994, 23 ss. (ora in *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 177 ss.); ID., *'Ius consuetudine', 'pactum', 'ius' e 'res'*, in *SDHI*, LXI, 1995, 717 ss.; M. BRETONE, *'Res incorporalis'*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero. Atti del convegno internazionale (Roma, 27-28 aprile 1995)*, Roma, 1996, 117 ss.; ID., *I fondamenti del diritto romano. La natura e le cose*, Bari, 1998, 124 ss. e spec. 134 ss.; su cui v. la lettura di A. BURDESE, *'Res incorporalis' quale fondamento culturale del diritto romano*, in *Labeo*, XLV, 1999, 98 ss.; S. TONDO, *Appunti sulle 'Institutiones iuris'*, in *BIDR*, CI-CII, 1997-1998 (pubbl. 2005), 633 ss.; C. BECK, *Die 'res' bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, 40 ss.; U. VINCENTI, *'Res' e 'dominus'*, in *Diritto romano attuale*, V, 2001, 19 ss.; Y. THOMAS, *Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, LVII.6, 2002, 24. Più di recente, v. W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung 'res incorporalis' im römischen Recht*, in *RIDA*, L, 2003, 97 ss.; P. PICHONNAZ, *'Res incorporales' et 'possessio iuris'. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in *OIR*, IX, 2004, 105 ss.; M.F. CURSI, *'Res incorporales' e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia, filosofia*, a cura di A.C. Amato Mangiameli, Milano, 2004, 173 ss.; E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei diritti soggettivi*, in *Studi sen.*, CXVIII, 2006, 120 ss.; G. NICOSIA, *'Ea quae iure consistunt'*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, II, Napoli, 2009, 821 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 260 ss.; R. MARTINI, *Di alcune singolarità della sistemática gaiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per G. Grottanelli de' Santi*, I, Milano, 2010, 121 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 99 ss.; C. BALDUS, *'Res incorporales' im römischen Recht*, in *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*,

Tale significato emerge in modo chiaro dalle varie *divisiones rerum* enunciate dalla giurisprudenza romana<sup>6</sup>.

herausgegeben von S. Leible, M. Lehmann und H. Zech, Tübingen, 2011, 7 ss.; G. FALCONE, *Osservazioni*, cit., 125 ss.; ID., *La definizione di 'obligatio' tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, 92 ss.; V. GIUFFRÈ, *La definizione di 'obligatio' nelle 'Gai Institutiones'. Un'isola che non c'è*, in *Iura*, LXIV, 2016, 108 ss.; C. BALDUS, *I concetti*, cit., 45 s.; G. TURELLI, *'Res incorporales' e 'beni immateriali': categorie affini, ma non congruenti*, in *TSDP*, V, 2012, 1 ss.; ID., *'Res incorporales', 'beni immateriali': categorie affini, ma non congruenti*, in *Afferrare l'inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Sciumé ed E. Fusar Poli, Milano, 2013, 71 ss.; ID., *'Res incorporales', 'objetos corporales', 'objetos inmaterialiales'. Nota sull'itinerario moderno di un concetto antico*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXVII, 2016, 171 ss.; E. STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti e A. Schiavone, Torino, 2019, 59 ss.; P. POLITO, *Some Considerations on the Relationship between 'res incorporales' and 'Immaterialgüterrechte'*, in *Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates*, edited by U. Babusiaux and M. Iginì, Köln, 2019, 33 ss.; G. TURELLI, *Modello sistematico e sensibilità storica in Dalmacio Vélez Sársfeld*, in *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, I, Torino - Valencia, 2020, 119 ss.; R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, 265 ss.

<sup>6</sup> Gaio nel secondo commentario *De rebus* descrive le varie *divisiones rerum* e la disciplina della loro circolazione. In particolare, Gaio distingue tra *res divini iuris* (*sacrae, religiosae e sanctae*) e *res humani iuris* (*res publicae e privatae*) (Gai 2.4-11). Poi, all'interno dell'ultima distinzione, Gaio distingue, come già accennato, tra *res corporales* e *res incorporales* (Gai 2.12-14) e tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (Gai 2.14a-16). In tale contesto, le *res nec Mancipi* e *corporales ipsa traditione pleno iure alterius fiunt*, sul presupposto che il *tradens* sia *dominus* della *res* (Gai 2.19-29); le *res Mancipi per Mancipationem ad alium transferuntur* (Gai 2.22-23); l'*in iure cessio* opera per l'alienazione tanto delle *res Mancipi* che di quelle *nec Mancipi* (Gai 2.24). Diversamente, le *res incorporales, nec Mancipi sunt*, ad eccezione delle servitù dei fondi rustici (Gai 2.17): tali cose *traditionem non recipere manifestum est. Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum vero etiam Mancipari possunt* (Gai 2.28-29). Prosegue elencando per ciascuna *res incorporales* i modi di trasferimento (Gai 2.30-39): in specie, la costituzione dell'usufrutto su fondi italici avviene tramite *Mancipatio* e *in iure cessio*; la costituzione dell'usufrutto o di servitù su fondi provinciali avviene tramite patti e stipulazioni. Anche l'eredità è suscettibile unicamente di *in iure cessio*. Infine, *obligationes quoquo modo contrahae nihil eorum recipiunt* (Gai 2.39). Descrive poi i vari tipi di proprietà (Gai 2.40-41), l'usucapione (Gai 2.42-58), l'*usureceptio*, la *fiducia* e la *praediatura* (Gai 2.59-61). Infine, *ergo ex his, quae diximus*, classifica i modi di trasferimento *quaedam naturali iure, quaedam civili* (Gai 2.65). Completa l'elencazione con i modi di acquisto secondo la legge naturale, ossia l'occupazione (Gai 2.66-69), l'*adlucio* (Gai 2.70), l'*avulsio* (Gai 2.71), l'*insula in flumine nata* (Gai 2.72), l'accessione (Gai 2.73-78) e la specificazione (Gai 2.79). Con riferimento alla trattazione gaiana delle *res v.*, tra i molti contributi, G.G. ARCHI, *La 'summa divisio rerum' in Gaio e in Giustiniano*, in *SDHI*, III, 1937, 5 ss.; R. MONIER, *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*,

Non è certamente questa la sede per approfondire un tema così vasto. In questo contesto, per quanto specificamente interessa indagare, si può dire – con Giuseppe Grosso – che «agli effetti del diritto le cose si distinguono in divisibili od indivisibili, secondo che si possano o meno dividere in parti che costituiscano cose omogenee ed analoghe alla cosa dalla cui divisione risultano, cioè serbanti ciascuna la stessa destinazione economica di questa. Non si tratta dunque di una distinzione naturalistica (...), ma di una distinzione fondata su di un criterio economico-sociale, in rapporto all'utilizzazione della cosa per i bisogni economici»<sup>7</sup>.

Ebbene, tra le varie distinzioni delle *res*, quella che viene principalmente in rilievo – ancorché non esplicitata in questi termini nelle fonti – è dunque quella tra cose divisibili e cose indivisibili: in tale contesto, la contrapposizione si fonda su caratteri e qualità giuridicamente rilevanti, ossia sulla possibilità di considerare la *res* separabile in parti omogenee, aventi ciascuna la

---

Napoli, 1948, 357 ss.; B. ALBANESE, *La successione*, cit., 356 ss.; G. GROSSO, *Problemi*, cit., 39 ss.; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales'*, in *Labeo*, XX, 1974, 362 ss.; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales-res incorporales' e 'res mancipi-res nec mancipi' nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 409 ss.; C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., 250 ss.; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Villa San Giovanni, 1981; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales' nel diritto romano classico*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 87 ss.; C. BECK, *Die 'res' bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, 40 ss.; G. GROSSO, *Corso*, cit., 1 ss. Più di recente, G. NICOSIA, *'Ea quae iure consistunt'*, cit., 821 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, cit., 99 ss.; C. BALDUS, *'Res incorporales' im römischen Recht*, in *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, herausgegeben von S. Leible, M. Lehmann und H. Zech, Tübingen, 2011, 7 ss.; Id., *I concetti*, cit., 41 ss.; G. FALCONE, *Osservazioni*, cit., 125 ss., in specie 159 ss. Si presti attenzione al fatto che Gaio ritiene *summa divisio* quella contenuta in Gai 2.2: *summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*. Sul concetto di *summa divisio* v., *ex plurimis*, B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln - Wien, 1970, 192 s.; D. NÖRR, *'Divisio' und 'partitio'. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972, 39 ss.; C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da G. Tarello*, IV, Bologna, 1974, 35 ss., in specie 37, nt. 1 (ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Torino, 2011, 265 ss., in specie 265, nt. 1); M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, 1977, 3 ss.; R. MARTINI, *'Genus-species' e i giuristi romani*, in *Labeo*, XXIV, 1978, 321 ss.; G. MAININO, *L'ordine espositivo delle Istituzioni di Gaio e il sistema civilistico*, in *Riv. dir. rom.*, IX, 2011, 1 ss.

<sup>7</sup> Così G. GROSSO, *Corso*, cit., in specie 74.

destinazione e la funzione economico-sociale dell'intero<sup>8</sup>.

Tale 'serbatoio' concettuale, legato all'idea di divisibilità o indivisibilità della *res*, verrà in risalto in tutte le fattispecie divisorie che analizzerò nel prosieguo dell'indagine, allo scopo di chiarire la funzione dell'*adiudicatio* formulare e, al contempo, il contenuto della sentenza del *iudex communi dividundo*.

## 2. Le ulteriori coordinate dell'indagine

Due sono le coordinate che guidano l'elaborazione della giurisprudenza romana intorno al fenomeno divisorio.

In primo luogo, la divisibilità o indivisibilità materiale della *res*, ossia la suscettibilità della *res* a essere frazionata in senso fisico, in porzioni omogenee<sup>9</sup>.

In secondo luogo, la divisibilità o indivisibilità per quote ideali o la divisibilità cd. intellettuale o giuridica, che riguarda più precisamente l'applicazione del *iudicium communi dividundo* al campo dei diritti reali come la proprietà, l'usufrutto, l'uso, la servitù e il pegno<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> V. G. ASTUTI, voce *Cosa*, cit., 12 s.

<sup>9</sup> Come avrò modo di mettere in luce (v. *infra*, cap. IV) sono *res* divisibili in senso materiale, tenuto conto delle qualità e delle caratteristiche, della funzione e della destinazione economico sociale, i fondi, le somme di denaro. Al contrario, sono indivisibili i servi, gli animali, i pozzi, le statue, i quadri. Sul punto v. Pomp. 5 *ad Sab.* D. 30.1.26.2: *Cum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes an aestimatio debeatur, Sabinus quidem et Cassius aestimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes sive aestimationem dare maluerit. in his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est*; Gai. 3 *leg. ad ed. praet.* D. 35.2.80.1: *quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. sed et si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit: quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.*

<sup>10</sup> In specie, sono divisibili per quote ideali la proprietà, l'usufrutto (sia che la cosa sia materialmente divisibile sia nel caso contrario); sono indivisibili l'uso e le servitù. Sul punto v. Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.35.3: *eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat*; Pomp. *sing. reg.* D. 8.1.17: *viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus*

Risulta evidente che la quota funge da criterio attraverso il quale il giudice pronuncia l'aggiudicazione della *res* (divisibile o non divisibile in senso materiale) spettante a ciascun contendente. Come vedremo, l'entità della quota può essere determinata come misura 'geometrica' o come rapporto di valore con l'intero<sup>11</sup>.

Orbene, la lettura delle fonti mi consente di affermare sin da ora che il giudice provvede allo scioglimento della comunione fintantoché il bene così suddiviso conservi ancora la propria utilità, ovvero sia ancora possibile un utile godimento delle singole porzioni attribuite. Diversamente, nei casi in cui ciò non risulti possibile<sup>12</sup>, ovvero 'quasi impossibile'<sup>13</sup>, ovvero 'inopportuno'<sup>14</sup> proprio a causa delle caratteristiche della *res*, la divisione non si arresta, ma avviene secondo differenti modalità. Tali modalità di determinazione dell'esito divisorio prendono corpo nella pronuncia del *iudex communi dividundo*, il quale interviene a regolare lo scioglimento della *communio*.

Le differenti declinazioni che può assumere la sentenza di divisione contribuiscono, in ultima analisi, a definire il contenuto plastico dell'attività racchiusa nell'*adiudicare rem*, così come descritto in Gai 4.42<sup>15</sup>. Come vedremo, le mansioni attinenti all'*officium iudicis communi dividundo* sono differenziate, ma pur sempre racchiuse entro la pronuncia di aggiudicazioni (mediante *adiudicatio*) e di eventuali condanne (mediante *condemnatio*).

Sullo sfondo e trasversalmente all'indagine condotta si imporrà – descrivendo con ciò un tratto tipico della mentalità dei giuristi romani – la considerazione di un ulteriore elemento di valutazione rappresentato dal criterio di utilità.

Per meglio dire, l'utilità – *rectius*, una divisione utile – identifica la finalità perseguita mediante il *iudicium communi dividundo* e coincide – sia consentito anticiparlo – con ciò che i contendenti hanno tra loro convenuto<sup>16</sup> o, in ogni caso, con il perseguimento di un risultato, veicolato dalla pronuncia di *adiudicatio* del giudice, idoneo ad assicurare a tutti i

---

*relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.* L'applicazione dell'*actio communi dividundo* per quote ideali sarà oggetto di approfondimento nel capitolo V, dedicato in specie all'usufrutto e al pegno.

<sup>11</sup> Sul concetto di quota v. *infra*, cap. III, § 4.

<sup>12</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.17; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.9; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.3; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.3, sui quali v. *infra*, cap. IV, § 2 e 4.

<sup>13</sup> Ulp. 2 *ad ed.* D. 10.2.55, su cui v. *infra*, cap. IV, § 5.

<sup>14</sup> Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7 pr., su cui v. *infra*, cap. IV, § 6.

<sup>15</sup> V. *supra*, cap. II.

<sup>16</sup> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21, su cui v. *infra*, cap. IV, § 8.

medesimi contendenti un godimento opportuno e pratico della *res*.

### 3. La rilevanza del concetto di quota

Prima di procedere nella disamina, ritengo necessario fare alcune precisazioni sul concetto di quota; si tratta, come accennato, di un aspetto centrale nell'economia del discorso in tema di divisione giudiziale<sup>17</sup>.

Come ben noto, si deve a Quinto Mucio Scevola l'introduzione del concetto di *pars pro indiviso*, ancorché in tema di *societas*<sup>18</sup>. Il riferimento deve andare a una testimonianza di Paolo contenuta nel libro ventunesimo *ad edictum*:

Paul. 21 *ad ed.* D. 50.16.25 pr.: *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Iulianus, et est verius. 1. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari*<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sul concetto di quota v. in termini generali G. ASTUTI, voce *Cosa*, cit., in specie 9 ss.; v. inoltre M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 410; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma, 1998, 183 ss. Di recente, A. ARNESE, '*Societas*', cit., 73 ss.; A. SPINA, *Ricerche*, cit., 66 ss.

<sup>18</sup> Sui rapporti tra la *communio* e *societas* v. *infra*, in questo capitolo, § 8 e 9.

<sup>19</sup> Su cui v. M. BRETONE, '*Consortium*' e '*communio*', in *Labeo*, VI, 1960, 163 ss. in specie 201 s.; ID., *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, 156; A. TORRENT, *Notas sobre la relación entre 'communio' y compropiedad*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 99 ss., in specie 108 s.; F. HORAK, '*Rationes decidendi*'. *Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* 1, Innsbruck, 1969, 230. Più di recente, D. DOZHDEV, *Il preteso consorzio domestico e l'autonomia individuale*, in '*Fides Humanitas Ius*'. *Studi in onore di L. Labruna*, III, Napoli, 2007, 1645 ss.; P. STARACE, *Sulla tutela processuale del 'communiter gerere'*. *Intorno a D. 17.2.62*, Bari, 2015, 70 ss.; E. STOLFI, *Commento. Iuris civilis libri XVIII*, in *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, a cura di J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, Roma, 2018, 326 ss.; A. ARNESE, '*Societas*', cit., 77 s.; A. SPINA, *Ricerche*, cit., 66 ss. In aggiunta, seppur in una differente prospettiva, v. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, 37 ss., 41 ss., il quale mette in evidenza un'ulteriore testimonianza contenuta in Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.7 pr.: *si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. nec*

Nel brano, il giurista severiano – riportando una polemica tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo – precisa che con il termine *pars* si designa la *res* indivisa, un tutto, vale a dire di ciò che è nostro attraverso una divisione. Servio, invece, afferma in modo non inelegante che il termine parte riveste entrambi i significati.

Per meglio dire, Paolo rammenta, dapprima, che Quinto Mucio, con il termine *pars*, si richiama a un bene indiviso, nel senso che *nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse*; poi, ricorda che Servio, malgrado ciò, prende le distanze dall'opinione muciana, in quanto con *pars* allude tanto a un bene indiviso quanto alla porzione di un bene diviso<sup>20</sup>.

Come risulta evidente dalla formulazione del passo, Quinto Mucio si avvale dell'utilizzo del termine *pars* e non *portio*, come invece fa Gaio in 3.122, segnando in tal modo una discontinuità rispetto a quest'ultimo<sup>21</sup>. Pur essendo sinonimi<sup>22</sup>, infatti, con il lemma *pars* si fa riferimento a qualcosa che non è (ancora) diviso; diversamente, «*portio* si dimostra il vocabolo più adatto a descrivere la parte di un intero. E scegliendo di adoperarlo, reputandolo evidentemente il dato semantico più idoneo a descrivere tanto una porzione materiale quando una frazione ideale (...) Gaio sembra quasi voler accogliere ma sviluppare la riflessione serviana»<sup>23</sup>.

---

*interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem: si ancillam praegnatam petiero et post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum eius petam: utrum idem petere videor an aliud, magna quaestionis est. et quidem ita definiri potest totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est, nella quale «*pars in toto est si presta a trovare applicazione in fattispecie differenti: tanto allorché si tratti della scomposizione di un corpus, quanto pure di una quantitas, quanto ancora di un ius*».*

<sup>20</sup> Sulla difforme prospettiva di Servio v. in specie E. STOLFI, *Commento*, cit., 327, nt. 729.

<sup>21</sup> Gai 3.122: *Praeterea inter sponsos et fidepromissores lex Appuleia quendam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione soluerit, de eo quod amplius dederit aduersus ceteros actiones constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur*, dove recentemente A. ARNESE, 'Societas', cit., 77, segnala che «la quota nell'ottica gaiana, quale affiora da Gai 3.122, sembra porsi come criterio di collegamento ad un'idea 'generica' di società».

<sup>22</sup> Sui vocaboli *pars* e *portio* v. *Thesaurus linguae Latinae*, X, Lipsiae, 1800, voce 'Pars', 448; voce 'Portio', 29; *V.I.R.*, I, voce 'Pars', col. 495.

<sup>23</sup> A. ARNESE, 'Societas', cit., 78.

In tale contesto, si inserisce la posizione di Servio – in disputa con Quinto Mucio –, secondo il quale sia la *pars indivisa* sia la *pars divisa* posseggono «una dignità logico-concettuale (e non semplicemente pratico empirica)»<sup>24</sup>.

Allargando lo sguardo agli usi dei due termini nei giuristi classici, possiamo sinteticamente affermare – riprendendo le parole di Bretone – che «la monosemia affermata da Mucio non ebbe fortuna. *Pars*, come *portio*, fu di volta in volta la quota ideale e la porzione materiale di una cosa, secondo l'insegnamento di Servio. Alla *pars indivisa* o *pro indiviso* si contrappose la *pars divisa* o *pro diviso*. Non si ebbe difficoltà a riconoscere che la *pars divisa* è, se la guardiamo da un altro angolo, un *totum*, mentre non può esserlo mai la *pars indivisa*. La terminologia è costante, almeno da Giavoleno e Celso sino a Paolo, Marciano e Ulpiano. Solo in qualche caso lo spirito di Quinto Mucio sembra aleggiare di nuovo»<sup>25</sup>.

Tutto ciò posto, quel che in questa sede mi preme evidenziare è che il concetto di quota – ora espresso con *pars*, ora con *portio* – è in ogni caso idoneo a esprimere la misura della titolarità *pro parte* del bene, sia nei termini di porzione materiale, sia in quelli di frazione ideale, regolando nell'ambito della *communio* – e dunque anche nell'operatività della *divisio rerum* – il rapporto tra i compartecipi. Allo stesso modo, per anticipare un discorso in tema di confine tra *communio* e *societas*<sup>26</sup>, la quota rappresenta il parametro delle obbligazioni fra i soci nel contesto di quest'ultima<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 186, dove ricostruisce il filo del ragionamento di Servio: «la *pars divisa* è un 'tutto', questo è vero. Ma, vista in un'altra angolazione, è una 'parte'. Il tutto, non meno della parte, è sempre una forma rappresentativa (come insegnavano i filosofi stoici). Posto che sia così, nulla impedisce di ristabilire 'mnemonicamente', dopo una divisione, il tutto comprensivo delle porzioni singole che ne sono ricavate, e ricollocare queste al suo interno, non come quote (si intende), ma come luoghi o zono della totalità originaria che è venuta meno».

<sup>25</sup> M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 183.

<sup>26</sup> V. *infra*, cap. III, § 8 ss.

<sup>27</sup> G. ARICÒ ANSELMO, '*Societas inseparabilis*' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA*, XLVI, 2000, 79 ss. (ora in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli, 2001, 149 ss.), che, allo stesso tempo sintetizza come, «nella *communio* di età progredita è la quota che stabilisce ai soci i rispettivi limiti della loro legittimazione a disporre e fornisce al giudice l'indispensabile criterio per attuare la *divisio*; così, viceversa, è proprio l'estraneità dell'idea di quota al primitivo *consortium* che, non solo spiega quell'integralità del potere dispositivo di ogni consorte, ma postula anche, in immancabile connessione, una radicale impossibilità di *divisio*». Sui rapporti tra il *consortium*, la *societas* e la *communio* v. di recente A. SPINA, *Ricerche*, cit., 7 ss. e la bibliografia ivi citata.

#### 4. I contorni del fenomeno della comunione

Appare ora opportuno delineare, seppur brevemente, il presupposto applicativo del *iudicium communi dividundo*, ossia, come vedremo, la *res communis* e le sue precipue caratteristiche, nonchè, contestualmente, le cause divisorie di comunione. Inevitabilmente, tale operazione condurrà a mettere in chiaro anche alcuni aspetti collegati alla funzione propria del giudizio divisorio in questione<sup>28</sup>.

In linea di principio, l'impiego dell'*actio communi dividundo* è previsto per la divisione della comunione non ereditaria e in taluni casi di comunione ereditaria<sup>29</sup>.

Nel primo capitolo, si è fatto riferimento alla complessità rappresentata dalla ricostruzione della formula dell'*actio communi dividundo*. Più nello specifico, gli studiosi che si sono occupati della questione non concordano su diversi aspetti: sulla presenza delle parti formulari da coordinare all'*adiudicatio*; sulla riconduzione di tale azione entro la categoria delle azioni miste<sup>30</sup>, ma anche – intendo evidenziare un aspetto rimasto finora in penombra – sul significato da attribuire al concetto di comunione presente nella formula.

Per alcuni autori, sarebbe proprio la denominazione dell'azione – *actio communi dividundo* – a creare dubbi interpretativi, in quanto, da un lato, rispetto alla *res* oggetto di divisione, chiarisce come è o deve essere, ossia una *res* in comunione a più soggetti, dall'altro, però, lascia irrisolto il perché tale *res* sia comune e tra quali soggetti si verifichi tale contitolarietà<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Guardare al profilo della funzione svolta dal *iudicium communi dividundo* intercetta il complesso problema relativo alla natura della divisione, ossia l'appartenenza al campo della giurisdizione contenziosa o volontaria. La letteratura maggioritaria propende per la qualificazione del giudizio di divisione della cosa comune nei termini di procedimento di volontaria giurisdizione. Sul punto v. E. ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen*, Berlin, 1870, 2 ss.; E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (dir. rom.)*, in *AG*, 1907, 3 ss., in specie 74 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 18 s.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 4; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 300 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>14</sup>, cit., 231; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 1 ss., in specie 44; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 273, nt. 30. In senso difforme, C.A. CANNATA, *Corso*, cit., in specie 100 s., secondo il quale i processi divisorii sono considerati nell'ambito del potere magistratuale di giurisdizione contenziosa. V. *infra*, cap. IV.

<sup>29</sup> V. *supra*, cap. I.

<sup>30</sup> V. *supra*, cap. I, § 2.

<sup>31</sup> Già abbiamo chiarito la posizione di O. GEIB, *Die rechtliche Natur*, cit., 92 ss. e, a questo proposito, v. *supra*, cap. I. V. inoltre O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 211, il quale ricostruisce la formula aggiungendo, senza alcuna spiegazione, il pronome *eorum*, nonchè

Illustrare il particolare atteggiarsi della relazione tra i partecipanti alla *communio* nel contesto del *iudicium communi dividundo* può pertanto aggiungere proficui elementi all'indagine.

Per sommi capi, sullo sfondo di quanto detto sin qui, a venire in evidenza è la situazione opposta alla divisione, ossia la comunione, vista, in linea generale, con sfavore nelle fonti a vantaggio della divisione<sup>32</sup>.

---

un punto interrogativo, tra *de communi e dividundo*. P. FREZZA, 'Actio', cit., 7, secondo cui «non risulta chiaramente dal libro del Lenel la funzione dell'*eorum* segnato col punto interrogativo fra parentesi. Se il Lenel crede che in tal modo si significasse nella formula la appartenenza in proprietà ai soci della cosa o delle cose da dividersi, non mi sembra che con quella parola si raggiunga lo scopo; quali altri significati l'autore annette alla inclusione della formula dell'*eorum*, né mi riesce supporre, né ripeto risulta dal suo libro». G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 364, la quale suppone che l'*eorum* inserito dal Lenel risponde «al più che giusto rilievo da parte dell'autore di una strana caratteristica della formula in parola: manca in essa per quanto è dato ritenere, ogni visibile collegamento logico-giuridico tra soggetti ed oggetto dell'azione, un elemento che renda manifesto a livello formale quale posizione rivestano rispetto al *commune L. Titius e C. Seius*, che li legittimi a postulare un *iudex* affinché lo divida tra loro».

<sup>32</sup> Per un primo sguardo sul *communio* v. H.G. HEUMANN - E. SECKEL, voce 'Communio', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, p. 82; A. WALDE - J.B. HOFMANN, voce 'Communis', in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*<sup>3</sup>, I, Heidelberg, 1938, 182. Sulla figura della comunione v., in termini più generali, B. BIONDI, voce *Comunione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855 ss.; A. GUARINO, voce *Comunione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 232 ss. In letteratura, tra i molti contributi, v. P. BONEANTE *Corso di diritto romano*, II.2, Roma, 1925, 1 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss.; A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo*, I, 1955, 154 ss.; M. BREONE, 'Servus communis'. Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica, Napoli, 1958, 3 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma anno 1949-1950*, Napoli, 1965, 3 ss.; H. ANKUM, *La vent d'une part d'un fonds de terre commun dans le droit romain Classique*, in *BIDR*, LXXXIII, 1980, 67 ss.; A. BURDESE, *Impresa collettiva e schiavo 'manager'*, in *Labeo*, XXXII, 1986, 204 ss.; E. RUIZ FERNANDEZ, *En torno al condominio*, in *Estudios en Homenaje al Professor Francisco Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 2002, 489 ss. Più di recente, con specifico riferimento alla comunione nel contesto dell'*actio communi dividundo*, V. CARRO, *Alcune osservazioni*, cit., 304 ss. Sullo sfavore della comunione a vantaggio della divisione v. Tryph. 18 *disp.* D. 49.17.19.3. A questo proposito, si possono ricordare, per tutti, le parole di A. GUARINO, voce *Comunione*, cit., 238, secondo il quale con la *communio* si ha «la stessa situazione, in buona sostanza, del *consortium ercto non cito*, con la differenza che la *communio* non è sempre a radice convenzionale (...), né è sempre agevolata (...) da un *ius fraternitatis* che cementi tra loro i soggetti. Ed è appunto per questo che l'ordinamento giuridico romano guarda alla *communio* con evidente sfavore, cercando il più possibile di favorirne la divisione». Circa la frequenza con la quale si addiène allo scioglimento della comunione v. Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.26 e Pap. 8 *resp.* D. 31.77.20. Tuttavia, era possibile il permanere dello stato di indivisione, per un certo periodo di tempo, tramite un patto concluso tra

La *communio* si inserisce nel più ampio fenomeno della contitolarità<sup>33</sup>, che – come oltremodo noto – nasce nel quadro della successione ereditaria (mi riferisco al *consortium ercto non cito*)<sup>34</sup> e si sviluppa, nell’ambito dei diritti reali, nelle forme della comproprietà – e della contitolarità di situazioni diverse dal *dominium*, quali la proprietà bonitaria, lo *ius in agro vectigali*, la proprietà provinciale – e della contitolarità nei diritti reali parziari.

---

comunisti: v. Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10.3.14.2-3, Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.16.1; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.14; era invece nullo il patto di non addivenire mai alla divisione, v. Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10.3.14.2. Cfr. A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 412. Ciascun partecipante alla comunione risulta essere titolare di una *pars pro indiviso*, ossia di una frazione del diritto di proprietà. Centrale a questo proposito è la testimonianza contenuta in: Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.15.5: *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio*, dove Ulpiano riporta il pensiero di Celso, il quale osserva, da un lato, che il *dominium* non può appartenere a due o più soggetti in solido, dall’altro che i singoli compartecipi non sono proprietari di una *pars corporis*, ma vantano la titolarità dell’intera *res pro partibus indivisis*, ossia per una quota non reale, ma ideale. Sul celebre passo v. G. SEGRÈ, *La comproprietà, la comunione degli altri diritti reali*, in *Corso di diritto romano*, Torino, 1931, 3 ss., 18 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 425 ss. Di recente, V. CARRO, *Alcune osservazioni*, cit., 307. Nel contesto del *iudicium communi dividundo* v. in specie Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.2: *Si per eundem locum via nobis debeatur et in ea impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividundo ve pro socio agi posse: quae enim communio iuris separati intelleg potest? sed negotiorum gestorum agendum*. Cfr. inoltre Ulp. 55 *ad ed.* D. 40.12.8.1; Pap. 17 *quaest.* D. 31.66.2; Ulp. 48 *ad Sab.* D. 45.3.5; Paul. 21 *ad ed.* D. 50.16.25; Paul. 54 *ad ed.* D. 50.17.141.1.

<sup>33</sup> Cfr. A. GUARINO, voce *Comunione*, cit., 233, il quale precisa che «questa figura giuridica della contitolarità costituisce indubbiamente, diciamolo pure, un *monstrum* dal punto di vista della logica generale. Nulla di più sorprendente e di meno accettabile sul piano logico, di questa sorta di idra a più teste. Ma l’ordinamento giuridico, nel dar vita alle sue creature, cioè ai così detti istituti giuridici, si sottrae non di rado alle esigenze della logica generale, e non di rado preferisce sacrificare la logica alle opportunità pratiche».

<sup>34</sup> Su cui v., tra gli altri, C.A. MASCHI, ‘*Disertiones*’. *Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935, 5 ss.; M. BRETONE, ‘*Consortium*’, cit., 187 ss. Di recente v. M. EVANGELISTI, ‘*Consortium, erctum citum: etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica*’, in *Diritto@Storia*, VI, 2007, 1 ss.; A. ARNESE, ‘*Societas*’, cit., 35 ss. e A. SPINA, *Ricerche*, cit., 9 ss.

Data la mancanza di una concettualizzazione organica della materia<sup>35</sup>, indagare i confini della *communio*, per utilizzare le parole di Guarino, costituisce «un'impresa, più che difficile, illegittima»<sup>36</sup>.

Per rimanere allora nel solco del sentiero tracciato, valorizzando l'angolatura processuale dalla quale ho scelto di osservare il tema, basti dire che molte sono le zone di interferenza tra la *communio* e la *societas* e, dunque, tra l'*actio communi dividundo* e l'*actio pro socio*, per un verso, e tra la comunione non ereditaria e quella ereditaria e, quindi, tra l'*actio communi dividundo* e quella *familiae erciscundae*, per altro verso.

In definitiva, le domande alle quali mi propongo di offrire risposta sono: cosa si intende per *res communis* nel contesto del *iudicium communi dividundo*? Quali sono le cause divisorie di comunione rilevanti in tale giudizio?

Nell'operazione di circoscrizione del concetto di *communio* per come descritto nel titolo *Communi dividundo*, risulterà evidente come la *res* pertinente in tale contesto presenti caratteristiche che giustificano il ricorso alla relativa azione e non ad altre *actiones*. In aggiunta, la peculiare natura della *res* definirà anche il concreto operare del giudizio divisorio<sup>37</sup>.

#### 5. *La communio pro indiviso come presupposto di applicazione del iudicium communi dividundo: la testimonianza di Paul. 6 ad Sab. D. 10.3.19 pr.*

Un primo tassello utile a comprendere il presupposto applicativo del *iudicium communi dividundo* – ossia i contorni della *res* di rilievo in tale contesto – è rinvenibile in un frammento paolino, di commento al sesto dei libri *ad Sabinum*, che così recita:

Paul. 6 *ad Sab. D. 10.3.19 pr.*: *Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt: sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo iudicium: nam quod erat fnitis partibus, rursus confunditur. qua re duabus massis duorum*

<sup>35</sup> V. *supra*, cap. I, nt. 2.

<sup>36</sup> A. GUARINO, voce *Comunione*, cit., 239.

<sup>37</sup> Su tale aspetto v. ampiamente *infra*, cap. IV e V.

*dominorum conflatis tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat: ita arbor et lapis separatus a fundo confundit ius domini*<sup>38</sup>.

Nel passo in esame, Paolo precisa che l'albero nato sul confine, nonché la pietra che si estende in due fondi, fintantoché entrambi restino uniti al fondo, sono di ciascuno dei due proprietari perpendicolarmente al confine di entrambi e non vengono dedotti nel giudizio di divisione della comunione. Tuttavia, appena la pietra viene estratta o l'albero sradicato o tagliato, nascerà una *communio pro indiviso* e, dunque, a partire da quel momento, la pietra e l'albero verranno in considerazione nell'*actio communi dividundo*: infatti, ciò che esisteva in parti determinate si confonde vicendevolmente. Ragione per cui, se si sono fuse insieme due masse di materia di due diversi proprietari, tutta la massa sarà comune, benché sia rimasto separato qualcosa della precedente forma; così l'albero e la pietra, separati dal fondo, confondono il diritto di proprietà su di essi.

Il caso è quello dell'albero o della pietra che sono situati sul confine di due fondi di diversi proprietari. Nella misura in cui tali *res* restino ancorate al fondo, esse appartengono ai rispettivi proprietari per accessione *pro diviso*, ossia in rapporto alla porzione che si trova da una parte e dell'altra del confine. Quando vengono tolti dal luogo, l'albero e la pietra diventano dei rispettivi proprietari per quote corrispondenti comuni *pro indiviso*.

Innanzitutto, nella testimonianza in commento Paolo chiarisce *apertis verbis* che il *iudicium communi dividundo* entra in gioco quando si tratti di dividere una *communio pro indiviso*<sup>39</sup>.

L'oggetto del giudizio divisorio, così come accade anche in altri luo-

<sup>38</sup> Sul passo v., tra gli altri, A. DIAZ BIALET, 'De finium regundorum'. *CTh.* 2, 26, 1-5, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 537 ss., in specie 547; A. PALMA, 'Iura vicinitatis'. *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, in specie 85; M.J. SCHERMAIER, *Teilvindikation*, cit., 124 ss.; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 327, nt. 23; 355, nt. 162. V. anche la recente riedizione di G. GROSSO, *Corso*, cit., 76 s.

<sup>39</sup> L'espressione compare anche in Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.5.16: *Communia praedia accipere debemus, si pro indiviso communia sint: ceterum si pro diviso communia sint, cessante oratione decreto locus erit.* V. G. GROSSO, *Corso*, cit., in specie 75 s.

ghi<sup>40</sup>, è tratteggiato a mezzo dell'espressione *venire in iudicium*<sup>41</sup>; tuttavia, come sappiamo, la comproprietà non descrive compiutamente il campo di applicazione del giudizio, il quale può darsi anche tra comproprietari *iure praetorio* e, più in generale, tra contitolari di diritti reali, civili o pretori, nonché, infine, tra compossessori.

Nel caso di specie, la causa divisoria di scioglimento della comunione è rappresentata da un acquisto a titolo originario. L'accessione – va da sé – non esaurisce il catalogo delle situazioni che danno luogo alla *communio* nel contesto dell'*actio communi dividundo*<sup>42</sup>.

Altresì, dal frammento paolino emerge come il concetto di quota non indichi solamente la limitazione che, di fatto, ciascun contitolare subisce nell'esercizio del proprio diritto e «che discende dal concorrente analogo diritto di proprietà degli altri soci»<sup>43</sup>, ma esprime anche un criterio di guida per il giudice incaricato della divisione. In specie, il giudice assegna a ciascun contendente le porzioni della *res* comune tenuto conto delle rispettive quote di spettanza. Tale criterio deve corrispondere al risultato di un calcolo, cioè quello in forza del quale le quote ideali di comunione devono coincidere con il valore delle parti attribuite a ciascun contendente.

<sup>40</sup> Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4.3: *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*; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.3: *Si quid post acceptum communi dividundo iudicium fuerit impensum, Nerva recte existimat etiam hoc venire*; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.2: *Venit in communi dividundo iudicium etiam si quis rem communem deteriolem fecerit, forte servum vulnerando aut animum eius corrumpendo aut arbores ex fundo excidendo*; Ulp. 75 *ad ed.* D. 10.3.13: *In iudicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat*; Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10.3.14 *pr.*: *In hoc iudicium hoc venit, quod communi nomine actum est aut agi debuit ab eo, qui scit se socium habere.*

<sup>41</sup> L'espressione caratterizza anche il *iudicium familiae erciscundae*. Su tale aspetto v. G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 301 ss.

<sup>42</sup> Sul punto v. in termini generali G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 54 ss. Più ampiamente v. *infra*, § 6 e 7.

<sup>43</sup> Così B. BIONDI, voce *Comunione*, cit., in specie 855 s.

6. *Comproprietà e non anche coeredità: la testimonianza di Ulp. 19 ad ed. D. 10.3.4 pr.*

Un elemento idoneo a illustrare la relazione tra *communio* e *iudicium communi dividundo* è introdotto da un celebre frammento ulpiano contenuto nel commento all'editto. Più precisamente, il passo chiarisce quali caratteristiche deve possedere la *res* per giustificare il ricorso al giudizio divisorio in questione. Si osservi:

Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr.: *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis*<sup>44</sup>.

La testimonianza può leggersi in chiave di premessa generale alla trattazione del *iudicium communi dividundo*.

Come si evince dalla concisa ma efficace esposizione, Ulpiano esplicita la funzione del *iudicium communi dividundo* nei termini di *divisio corporalium rerum quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis*. In altre parole, attraverso tale azione si ottiene la divisione delle cose corporali sulle quali i litiganti vantano il diritto di comproprietà e non anche di coeredità.

Il discorso svolto da Ulpiano – che, stando a Lenel, dovrebbe collegarsi a Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4.1-2<sup>45</sup> – aggancia l'operatività dell'*actio communi dividundo* alla divisione di una situazione di comproprietà su cose corporali, escludendo invece la contitolarità di matrice ereditaria.

Il testo del passo merita alcune specifiche considerazioni.

In primo luogo, rileva l'aggettivo *corporalis*, il quale, a una prima let-

<sup>44</sup> Sul passo A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 26 ss.; P. DE FRANCISCI, *Trasferimento*, cit., 238; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>8</sup>, Napoli, 1945, 163, nt. 2; P. FREZZA, 'Actio', cit., 17; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento*, cit., 167; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 346 ss. Con riferimento alla comunione ereditaria v. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.2 pr.: *Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatus consulto vel etiam constitutione: et generaliter eorum dumtaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas*; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.25.20: *Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere*.

<sup>45</sup> V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, c. 537, f. 638. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4.1: *De puteo quaeritur an communi dividundo iudicio agi possit: et ait Mela ita demum posse, si solum eius commune sit. 2. Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indivisa relicta sit, et valebit utique ceterarum divisio et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit*.

tura potrebbe apparire superfluo: invero, non è concepibile un *dominium* su *res incorporales*.

In secondo luogo, va evidenziato l'inciso *divisio corporalium rerum quarum rerum dominium habemus*; in specie, il secondo *rerum* potrebbe dipendere «da una svista di amanuense (...), per modo che il testo dovrebbe dire: *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum dominium habemus*»<sup>46</sup>. In alternativa, l'inciso richiamato potrebbe ritenersi interpolato nella sua interezza<sup>47</sup>.

In terzo luogo, va sottolineato il segmento *non etiam hereditatis*, anch'esso considerato non necessario, data l'applicazione, per tale finalità, del *iudicium familiae erciscundae*<sup>48</sup>.

A questo proposito, l'esegesi del brano offerta da Aricò Anselmo conduce a intravedere una forte connessione sistematica tra i due *iudicia* – quello *communi dividundo* e quello *familiae erciscundae* –, nella quale l'idea di *communio* richiamerebbe una categoria di *res* definita nell'ambito delle *res hereditariae*. In altri termini, secondo la studiosa, nella concezione ulpiana il rapporto giuridico oggetto di *divisio* tramite l'*actio communi dividundo* altro non sarebbe che una situazione di contitolarità sui beni esclusi dal compendio ereditario, dei quali tuttavia i coeredi sono divenuti comproprietari. In questo senso, dunque, il *iudicium communi dividundo* dovrebbe interpretarsi come un giudizio divisorio minore radicabile dagli stessi coeredi in concorrenza con l'*actio familiae erciscundae*<sup>49</sup>.

A me sembra invece che quanto affermato da Ulpiano in D. 10.3.4 pr. possa essere letto nel senso di valorizzare la specificità della funzione dell'*actio communi dividundo* (condensata nella *divisio* della *res*), nel senso di descrivere tale funzione prendendo le distanze dalla sfera ereditaria e, quindi, dal campo di applicazione dell'*actio familiae erciscundae*. In particolare, la presenza dell'aggettivo *corporalis* nel testo, da non ritenere dunque alterato, potrebbe interpretarsi come un chiaro indice della prospettiva principale dalla quale guardare al fenomeno divisorio, ovvero sia quella della divisibilità-indivisibilità dei beni.

Per meglio dire, lo specifico riferimento alla divisione di beni corporali avvalorerebbe l'idea che il giudizio operi sia allo scopo di frazionare materialmente le *res* (applicazione, in un certo senso, primaria del giudizio), sia, quando ciò non risulti possibile, al fine di dividere in quote ideali i diritti reali che insistono sulla medesima *res*, *in primis* la comproprietà.

<sup>46</sup> E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento*, cit., 167 s., nt. 2.

<sup>47</sup> P. DE FRANCISCI, *Trasferimento*, cit., 238.

<sup>48</sup> G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 347.

<sup>49</sup> G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 348.

Invero, l'azione divisoria, così come descritta da Ulpiano, consentirebbe di ottenere la divisione di una *communio* da identificarsi in una situazione di comproprietà di beni non ereditari.

Beninteso, non nego alla radice un potenziale rapporto di concorrenza tra il *iudicium communi dividundo* e quello *familiae erciscundae*, come emerge dalla lettura delle fonti; si tratta infatti in ogni caso di un bene in comune. Tuttavia, le caratteristiche specifiche della *res* oggetto di divisione sembrerebbero giustificare il ricorso all'*actio communi dividundo* e non all'*actio familiae erciscundae* e viceversa.

7. *Le applicazioni del iudicium communi dividundo in ambito di comunione ereditaria: le testimonianze di Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.20.4 e di Paul. 6 ad Sab. D. 10.2.44 pr.*

Per quanto visto fin qui, i contorni della nozione di *communio* non risultano ancora del tutto tracciati.

A ben vedere, infatti, le fonti lasciano intendere che anche i coeredi possono ricorrere al *iudicium communi dividundo*, per dividere la comunione su alcune *res* residue a seguito della divisione dell'*hereditas* mediante il *iudicium familiae erciscundae*.

A questo proposito, soccorrono due testimonianze in materia di *iudicium familiae erciscundae*, le quali illustrano l'ampliamento – già accennato – del campo di applicazione del *iudicium communi dividundo* alla sfera ereditaria<sup>50</sup>. Invero, proprio sul differente concetto di comunione si costruisce l'operare dei due *iudicia*.

Nello specifico, si tratta di:

Ulp. 19 *ad ed. D. 10.2.20.4: 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*<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> V. inoltre Gai. 10 *ad ed. prov. D. 10.2.34: Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriores fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae erciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.*

<sup>51</sup> Sul passo, nella prospettiva che sto indagando, v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 8, 26; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 65, 105; G. ARICÒ-ANSELMO,

Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44 pr.: *Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res dumtaxat quae eorum communes sint et causae ex his rebus pendentes in iudicium veniant, de ceteris vero in integro sit familiae erciscundae iudicium*<sup>52</sup>.

In D. 10.2.20.4, Ulpiano puntualizza che l'azione di divisione dell'eredità non può essere esperita per più di una volta, se non previa cognizione della causa; nel caso in cui siano rimaste indivise alcune cose, per esse può essere esperita l'*actio communi dividundo*.

In questa ipotesi, mi sembra si possa fare riferimento alle singole *res* ancora in comune riconducibili al patrimonio ereditario già diviso, oppure alle *res* di cui venga ad appurarsi l'appartenenza all'*hereditas* solo in un momento successivo all'esercizio del *iudicium familiae erciscundae*; quest'ultimo, una volta radicato, non risulta più proponibile.

Lo stesso concetto è chiarito in D. 10.2.44 pr., dove Paolo specifica che tra coeredi si può agire anche con l'*actio communi dividundo*, soltanto là ove vengano in considerazione singole *res* che sono fra loro comuni, nonché i rapporti dipendenti da quelle cose; per il resto, *vero in integro sit familiae erciscundae iudicium*.

La limitazione dell'utilizzo da parte dei coeredi del giudizio di divisione della comunione alle singole cose comuni è rafforzata dal *dumtaxat*, il quale circoscrive la finalità di scioglimento della contitolarità non già alla cosa comune nella sua obiettività, ossia a un insieme unitariamente considerato, ma alle singole cose rimaste in comunione.

Anche in questo senso, a me pare ragionevole ritenere, in accordo con la precedente letteratura, che il brano faccia riferimento all'ipotesi nella quale i coeredi si sono accordati allo scopo di sottrarre alla massa ereditaria uno o più beni, sui quali, a seguito dello scioglimento della comunione ereditaria, continui a permanere uno stato di indivisione<sup>53</sup>.

Il *iudicium familiae erciscundae*, benché possa trovare applicazione

---

*Studi*, cit., 349 s.; un cenno anche in V. CARRO, *Alcune osservazioni*, cit., 316

<sup>52</sup> Sul passo v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 26, 94, 163; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 349.

<sup>53</sup> V. Paul. Sent. 1.18.1: *Arbiter familiae erciscundae plus quam semel dari non potest: et ideo de his, quae divisa eo iudicio non sunt, communi dividundo arbiter postulatus partietur. 2. De omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet et celebrata divisione in semel de omnibus pronuntiet. 3. Iudici familiae herciscundae conuenit, ut ea, quae ex communi accepit, aut ipsa aut aestimationem eorum repraesentet, ut inter coheredes divisi possint. 4. Iudex familiae herciscundae nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est: alioquin inutiliter datur. 5. Omnes res, quae sociorum sunt, communi dividundo iudicio inter eos separantur.* Sul punto v. G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 358 ss.

anche soltanto tra alcuni dei coeredi<sup>54</sup>, può essere radicato una solta volta e, dunque, là ove residuino singole *res* da dividere, si applica il *iudicium communi dividundo*. In altri termini, si tratta di un impiego residuale del giudizio di divisione della cosa comune, nel quale l'elemento della volontà delle parti di addivenire in un momento successivo alla divisione delle singole *res quae eorum communes sint* ne determina il necessario ricorso.

Il potenziale conflitto tra le due *actiones* risulterebbe così parzialmente risolto: il ricorso al *iudicium communi dividundo* con riguardo a beni ereditari è previsto sul presupposto dell'impossibilità di agire tramite il principale *iudicium familiae erciscundae*. In specie, ciò potrebbe verificarsi quando si tratta di pronunciare la divisione in merito a singole cose.

#### 8. Si res communis non sit: *la testimonianza di Paul. 23 ad ed. D. 10.3.1*

Delineata nei suoi tratti essenziali la relazione tra l'*actio communi dividundo* e l'*actio familiae erciscundae*, procediamo nel discorso in tema caratteristiche della *res communis*.

La descrizione dello stretto rapporto tra l'esercizio del *iudicium communi dividundo* e la presenza di una *res communis* si rinviene all'interno di un'altra testimonianza paolina.

Si veda la formulazione del passo:

Paul. 23 *ad ed. D. 10.3.1: Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit*<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Ulp. 19 *ad ed. D. 10.2.2.4: Dubitandum autem non est, quin familia erciscundae iudicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.*

<sup>55</sup> Sul passo v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 105 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 502 ss.; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 39, nt. 2; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 198 s., il quale ribadisce la chiarezza dell'enunciato paolino; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 355; l'edizione postuma a cura di L. Garofalo, con note di F. Sitzia e C.A. Cannata di M. TALAMANCA, *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano*, Padova, 2012, 75 ss., in specie 80, ove, per un verso, dichiara i suoi dubbi sull'autenticità del frammento a causa dell'impiego della classificazione delle azioni miste *tam in rem quam in personam*, tipica della visione postclassica; per altro verso, esclude ciò che potrebbe apparire dal tenore letterale del passo, ossia che l'*actio pro socio* sia stata introdotta prima dell'*actio communi dividundo*, infatti «da Gai 4.17a si desume che l'*actio*

Per Paolo il *iudicium communi dividundo* si è reso necessario in quanto l'*actio pro socio* riguarda le prestazioni personali reciproche più che la divisione delle cose comuni. Pertanto, il giudizio di divisione della comunione non si applica se la *res* non sia comune.

Nel frammento in esame, la funzione dell'*actio communi dividundo* è circoscritta alla *divisio rerum*. Lo stesso afferma anche Ulpiano, secondo il quale tramite il *iudicium communi dividundo* ai contendenti non perviene alcunché oltre alla divisione delle cose che siano comuni<sup>56</sup>. In dettaglio, è proprio nella parte finale di D. 10.3.1 che Paolo esplicita che il *iudicium communi dividundo* si applica soltanto nell'ipotesi di *res* in comunione. Dunque, nel caso in cui manchi il riferimento alla *res communis*, mancano anche i presupposti per radicare tale giudizio<sup>57</sup>.

---

*communi dividundo* nella forma della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, era stata già introdotta dalla *Lex Licinnia*, probabilmente del III sec. a.C. Ora l'*actio pro socio*, come *iudicium bonae fidei*, non può essere stata introdotta che posteriormente alla *lex Aebutia*, sicuramente dopo la *Lex Licinnia*.

<sup>56</sup> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.3 pr., già richiamato *supra*, cap. I, nt. 88. V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 1016, f. 393. Relativamente alla funzione descritta v. inoltre Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr., già richiamato *supra*, cap. I, nt. 54; Scaev. 1 *resp.* D. 10.3.30: *Communi dividundo iudicio recte agi, sive neuter possideat sive alter sociorum fundum non possideat*.

<sup>57</sup> Come noto, ciascun condividente può chiedere lo scioglimento della comunione dando luogo alla divisione nella misura della propria quota (*communio pro diviso*). V. Ulp. 30 *ad Sab.* 10.2.43: *Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest: nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse palam est: igitur et praesentibus ceteris et invititis poterit vel unus arbitrum poscere*; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.2: *Si per eundem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi posse: quae enim communio iuris separati intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum*; Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.1.2: *'Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo'*; C. 3.37.5 *Imp.* Diocletianus, Maximianus: *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri: quapropter aditus praeses provinciae ea, quae communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit* (a. 294); C. 5.23.2 *Imp.* Gordianus: *mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inaestimatum acceperunt, ad communi dividundo iudicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (a. 241). In letteratura vi è chi ha ravvisato nel giudizio divisorio lo strumento di tutela del 'diritto alla *divisio*', nei termini di diritto di natura reale o personale. Valorizzano tale lettura, non sempre condivisa, A. AUDIBERT, *L'évolution*, cit., 1 ss.; ID., *Nouvelle étude sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, cit., 401 ss.; E. REDENTI, *Pluralità*, cit., 72 ss.; G. DONATUTI, *La 'communio'*, cit., 119 ss. G.

Il frammento, però, oltre a insistere sul riferimento alla *res communis*, contiene ulteriori elementi utili a chiarire le zone di interferenza tra l'*actio communi dividundo* e l'*actio pro socio*. Come già sopra accennato, infatti, possono esservi «pretese reciproche che trovano loro soddisfazione nella sola azione *pro socio*, ed altre che non possono essere realizzate se non col giudizio divisorio: ma ve ne sono anche di quelle che possono essere fatte valere, a seconda della convenienza, con l'uno o con l'altro mezzo»<sup>58</sup>.

Non intendo indagare qui i rapporti tra la *communio* e la *societas*; piuttosto, mi preme evidenziare la non semplice demarcazione tra le due figure dalla prospettiva del terreno applicativo delle *actiones*, *actio communi dividundo*, da un lato, e *actio pro socio*, dall'altro.

A ben vedere, il passo paolino appena richiamato, oltre a delineare, in termini generali, l'applicabilità dell'azione di divisione alla *divisio rerum*, puntualizza, in raffronto all'*actio pro socio*, che quest'ultima è finalizzata alla tutela, esperibile soltanto fra i soci, di tutti gli obblighi sorti con il vincolo societario; diversamente, l'azione divisoria è preposta all'aggiudicazione delle quote della *res communis*, con eventuali condanne tra i dividendi.

ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 385.

<sup>58</sup> Così V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 197. Più di recente, P. STARACE, *Sulla tutela*, cit., 93, in specie nt. 31, la quale sottolinea che «uno dei punti di intersezione fra le azioni *pro socio* e *communi dividundo* è costituito dall'ipotesi di concorso in quei casi, frequentissimi, in cui il condominio nasceva sul tronco di un contratto di società. Il socio che avesse cagionato un danno o percepito i frutti della cosa comune, non era soltanto tenuto a indennizzare i consoci o a dividere con loro i frutti in conseguenza del condominio, ma anche, in quanto obbligato dal contratto a osservare le convenute quotizzazioni nei profitti e nelle perdite. Lo stesso valeva per i consoci tenuti a rimborsare pro parte le spese che uno di loro avesse sostenuto per la cosa comune. Queste pretese potevano essere fatte valere, appunto, in occasione della liquidazione, con l'*actio pro socio*, oppure in sede di divisione». Un cenno alla questione anche in S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel 'libellus conventionis' giustiniano*, Torino, 2018, in specie 132 ss. Sullo sfondo, in tema di possibili riflessi dell'*actio pro socio* e dell'*actio communi dividundo* sulla vita della struttura organizzativa industriale v. A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1984, in specie 130 ss.

9. *Rapporti tra actio pro socio e actio communi dividundo. La testimonianza di Gai. 7 ad ed. prov. D. 10.3.2 pr.*

Proseguendo nella direzione tracciata, è ora interessante affiancare la lettura di ulteriori passi utili allo scopo di chiarire le cause divisorie della comunione nell'ambito dell'*actio communi dividundo* in raffronto all'*actio pro socio*<sup>59</sup>.

Innanzitutto, un primo brano – il quale offre l'individuazione delle cause divisorie di comunione, ossia una ancorché parziale esemplificazione dei beni oggetto di *communio* – è contenuto nel titolo D. 10.3, all'interno di un frammento gaiano, che secondo Lenel si ricollega a Gai. 7 *ad ed. prov. D. 5.1.13*<sup>60</sup>:

Gai. 7 *ad ed. prov. D. 10.3.2 pr.*: *Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquo communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est velut inter eos, quibus eadem res testamento legata est*<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Rispetto a tale profilo, è doveroso evidenziare che l'accostamento (anche) terminologico della *societas* alla *communio*. Di recente, A. ARNESE, 'Societas', cit., 59 ss., precisa che «scorrendo i testi riportati in porzioni del *Corpus iuris*, si coglie non di rado la presenza dei vocaboli *societas* e, più di frequente, di *socius* (...) Il confronto fra *communio* e *societas* è l'espedito che i compilatori giustiniani adoperano nelle *Institutiones* per fare emergere la fonte non contrattuale delle obbligazioni intercorrenti tra i comproprietari (3.27.3). Ora, sebbene sia alquanto complicato cogliere con esattezza le fasi di sviluppo della *communio* nella cultura giuridica romana, la scelta dei compilatori di inserirla fra le fonti delle obbligazioni non contrattuali da atto lecito induce a riconoscere a loro il merito di un chiaro segnale di progresso nel modo di intendere, e con i conseguenti riflessi sulla relativa disciplina, la comunione non originata da un accordo contrattuale di natura societaria (*sine societate*), e pertanto diversa dall'altra quanto meno in ordine al tipo di *obligationes* nascenti fra i compartecipi. E il confronto con la *societas*, che rappresenta l'elemento di comparazione, serve proprio a differenziare le situazioni e a individuare implicitamente nella società contrattuale il paradigma di una comunione che si instaura in virtù del relativo contratto, e non in forza di altre ipotesi (la donazione o il legato)».

<sup>60</sup> V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, c. 207, f. 196. Gai. 7 *ad ed. prov. D. 5.1.13*: *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*.

<sup>61</sup> Sul passo v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 28; P. FREZZA, 'Actio', cit., 120 s.; E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in *BIDR*, XXXIX, 1931, 73 ss., in specie 115 ss.; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 52, nt. 3; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 55 ss.; G. ARICÒ-

È Gaio questa volta a esporre, nel suo commentario all'editto provinciale, la finalità del *iudicium communi dividundo* e, dunque, a tratteggiare il significato di *communio* in esso racchiuso.

Il giurista antoniniano puntualizza che il *iudicium communi dividundo* si applica nel caso in cui si chiede la divisione di una cosa comune. Ciò si verifica quando quest'ultima sia tale in forza di un contratto di società, o anche nel caso in cui questo non vi sia; ad esempio, allorquando ci si riferisca al comune acquisto di una *res*<sup>62</sup>, ovvero quando la medesima *res* sia oggetto di legato.

In ordine al discorso svolto in precedenza da Ulpiano, Gaio si preoccupa di chiarire, anche attraverso l'utilizzo di esempi, il tipo di comunione idoneo a giustificare il ricorso al *iudicium communi dividundo*.

L'idea centrale espressa nel brano si presta a trovare applicazione in fattispecie differenti: invero, nel testo gaiano, «si ribadisce in modo indubitabile la dottrina classica, per cui si dà condominio con e senza la società, e il primo istituto può essere legato all'altro, come l'effetto si lega a una delle sue cause più frequenti, restando in essere la possibilità che in diverse circostanze la causa sia diversa»<sup>63</sup>.

---

ANSELMO, *Studi*, cit., 355 s., nt. 161; J.D. HARKE, *Societas als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem*, in *TR*, LXXIII, 2005, 43 ss.

<sup>62</sup> L'esempio del comprare insieme una cosa viene citato come un caso di società. In questo senso v. anche Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.31, già richiamato *supra*, cap. I, nt. 54.; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.52 pr.: *Cum duobus vicinis fundus coniunctus venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo iuncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit: quaeritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat. Iulianus scripsit implicitam esse facti quaestionem: nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret et mecum communicaret, adversus me qui emi nullam actionem vicino competere: si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur. societatis iudicio tenebor, ut tibi deducta parte quam mandaveram reliquas partes praestem*, su cui v. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 32 ss., in specie 33, dove lo studioso sintetizza in modo esemplare la questione: «l'idea che per i classici società e condominio fossero stati in qualche modo la stessa cosa è che molto spesso i due istituti si accompagnano, essendo l'uno la fonte dell'altro. Infatti, ogni volta che per raggiungere lo scopo sociale i soci mettono in comune, sorge una comproprietà che ha ad oggetto questi beni. Senonché, da ciò non risulta né che il condominio sia una conseguenza necessaria del contratto di società, né che la società sia la sola causa possibile del condominio». Vi è chi ha sostenuto che in ogni condominio sia possibile rinvenire gli estremi del contratto (reale) di società: v. E. EIN, *Le azioni*, cit., 115 ss.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 108 ss.; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 472 ss. In senso difforme v. J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 36 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, 'Societas re contracta' e 'communio incidens', in *Studi in onore di S. Riccobono. Nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo, 1936, 355 ss.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 207 ss.

<sup>63</sup> Così V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 56 s., il quale ritiene che il pensiero classico

Sulla scorta di quanto sin qui precisato, dunque, sembra difficile delineare lo specifico campo di applicazione del giudizio divisorio in parola.

A questo proposito, vi è chi, di recente, evidenzia, a partire dalla formulazione di Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 17.2.34<sup>64</sup>, che «ciò ancora una volta ci dà il senso della non semplice demarcazione della linea di confine fra le due sfere di competenza delle azioni con funzioni differenti sebbene spesso, per alcuni aspetti coincidenti»<sup>65</sup>.

---

sia rimasto inalterato presso i giustinianeî e testimonianza di ciò è possibile ricavare in I. 3.27.3: *item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.* V. anche G. DONATUTI, *La 'communio'*, cit., 119 ss.

<sup>64</sup> *Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriores fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscendae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.* Sul punto v. P. STARACE, *Sulla tutela*, cit., 97, secondo la quale nella testimonianza richiamata «Gaio esclude chiaramente il ricorso all'*actio pro socio* con l'espressione non *societatis iudicio locus est* per i frutti o corrispettivi percepiti e i danni arrecati. (...) La precisazione in merito al *iudicium societatis* sembrerebbe alludere all'eventualità concreta che tali prestazioni dei soci-condomini relative alla cosa comune venissero risolte talvolta con l'esercizio, appunto, dell'azione societaria».

<sup>65</sup> P. STARACE, *Sulla tutela*, cit., 97, che esemplifica le 'situazioni di confine' fra l'una e l'altra sfera di competenza, riportando diverse testimonianze quali ipotesi di ricorso all'*actio pro socio* per la gestione della cosa comune. Mi riferisco a Pomp. 13 *ad Sab.* D. 17.2.39: *Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio*; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.6: *Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. et sane ius quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum*; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.2: *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 separati intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum*; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.25.16: *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.* Sul punto v., inoltre, A. ARNESE, *'Societas'*, cit., 59 ss.

10. *Le cause divisorie di comunione: la testimonianza di Ulp. 30 ad Sab. D. 17.2.31*

Quanto previsto in D. 10.3.2 pr. – di tenore generalizzante, benché più dettagliato, per l'impiego di taluni esempi, rispetto a quanto visto in D. 10.3.4 pr. – trova ulteriore conferma in una testimonianza di Ulpiano, anch'essa collocata nel solco della definizione dei rapporti tra *societas* e *communio* e idonea a puntualizzare le condizioni per la concessione dell'azione a favore del socio.

Si veda la formulazione del passo:

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.31: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri*<sup>66</sup>.

Nel brano Ulpiano ritiene che per riconoscere l'*actio pro socio* sia necessaria la sussistenza di un contratto di società. Più in particolare, non basta, infatti, che una cosa sia in comunione, bensì occorre che tra le parti sia stato concluso, per l'appunto, un contratto di società. Del resto, una cosa può amministrarsi in comune anche al di fuori della società: per esempio, quando veniamo a trovarci in comunione non con l'intenzione di essere soci, come nel caso di una cosa lasciata in legato a due persone o, parimenti, là ove una cosa sia acquistata da due insieme, o se ci spetta in comune un'eredità o una donazione, o se noi abbiamo comprato da due separatamente le loro quote sociali, non allo scopo di diventare soci.

Il frammento è stato oggetto di talune critiche, soprattutto per quanto concerne l'esemplificazione descritta con *item si a duobus simul empta res sit*; parole che, tuttavia, pare ragionevole ritenere come specchio del pensiero classico<sup>67</sup>.

La testimonianza, in lettura combinata con le precedenti (Paul. 23

<sup>66</sup> Sul passo v. E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la république et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris, 1928, 153 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, I, Torino, 1930, 73; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 50 ss.; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 355, nt. 161.

<sup>67</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 51.

*ad ed.* D.10.3.1<sup>68</sup>, Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.4 pr.<sup>69</sup>, Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.3.2 pr.<sup>70</sup>), permette di meglio circoscrivere il campo di applicazione del *iudicium communi dividundo*. In specie, quest'ultimo giudizio si applica alle *res* in comunione, comunque quest'ultima sia venuta a costituirsi, purché ci si trovi al di fuori del contratto di società e a esclusione dell'ipotesi di comunione ereditaria<sup>71</sup>. Ciò è perfettamente coerente con l'idea di *communio*, la quale – come noto – ricomprende il fenomeno della contitolarità sulla medesima *res*, anche di matrice ereditaria. Al contempo, tale *communio* può originare anche da un contratto di società: la comune intenzione di essere soci confluisce nel contratto di società, da cui sorge l'obbligo di mettere in comune la *res*<sup>72</sup>.

Con riferimento a tutti i casi dianzi menzionati si evidenzia una peculiarità che caratterizza la *res* rilevante nell'ambito del *iudicium communi dividundo*: l'oggetto del giudizio divisorio – la *communio* – è infatti sempre individuato come un insieme unitario, monolitico, idoneo a identificare sia la *res* oggetto di divisione (non già la massa ereditaria), sia il titolo in

<sup>68</sup> *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.*

<sup>69</sup> *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.*

<sup>70</sup> *Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.*

<sup>71</sup> V. anche Iul. 2 *ad Urs. Fer.* D.10.2.52.3: *Cum familiae erciscundae vel communi dividundo agitur, universae res aestimari debent, non singularum rerum partes.*

<sup>72</sup> Per quanto concerne il regime della *societas* e la connessione con la struttura della proprietà romana più antica fondamentali restano i lavori di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969; ID., *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, 1994. Sulla figura della *societas* la letteratura è vastissima. Per un primo esame v. F. CANCELLI, voce *Società (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 495 ss.; M. TALAMANCA, voce *Società in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 814 ss. Inoltre, tra gli altri, v. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., *passim*; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli, 1972 (rist. 1988); M. BIANCHINI, *Studi sulla 'societas'*, Milano, 1967; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973. Più di recente, con riferimento al conferimento d'opera del socio, v. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997. Ancora, D. MATTIANGELI, *Personalità giuridica, società di capitali ed economia capitalista a Roma. Una ricerca storico-economica*, con Nota introduttiva di J.M. Rainer, Napoli, 2018; A. ARNESE, '*Societas*', cit., *passim*; Napoli, 2021; A. SPINA, *Ricerche*, cit., in specie 47 ss., la quale si sofferma maggiormente sul rapporto tra l'antico *consortium ercto non cito* e la *societas consensu contracta*.

base al quale tale *res* è suscettibile di divisione e, dunque, il tipo di rapporto (la causa divisoria di comunione) che intercorre tra i contendenti<sup>73</sup>. L'espressione utilizzata a questo proposito – in Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.1, Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.3.2 pr., Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.31 – è infatti quella di *res communis*.

Con uno sguardo – per così dire – dall'alto, dalla nozione di *communio* nell'ambito dell'*actio communi dividundo* si scartano, per un verso, quelle ipotesi di comunione ove lo stato di contitolarità sulla *res* si poggia sul conseguimento di un risultato utile, di mera gestione o di lucro, a tutti; per altro verso, l'ipotesi della comunione ereditaria. L'esempio paradigmatico è rappresentato dall'acquisto in comune di una *res*. Tale *res* risulta poi determinata – come vedremo – nella sua concretezza nelle singole ipotesi di divisione<sup>74</sup>.

#### 11. Il concetto di *res* rilevante nel contesto del *iudicium communi dividundo*: conclusioni parziali

È necessario ora tirare le fila di quanto detto sin qui, allo scopo di individuare il rapporto che lega la *res* che contribuisce a definire la nozione di *communio* nel contesto del *iudicium communi dividundo*.

Tale operazione è stata compiuta nella consapevolezza che le caratteristiche della *res* influenzino l'operare del giudizio divisorio e, dunque, anche la funzione dell'*adiudicatio*<sup>75</sup>.

Partendo dalla constatazione per cui la formula dell'*actio communi dividundo* non offre elementi utili a chiarire il concetto di comunione pertinente nel contesto dell'azione divisoria e dalla ragionevole intuizione che il rapporto giuridico che fonda la possibilità per i contendenti di agire per la divisione coincide con la contitolarità di una *res* in capo ai medesimi, in questa sede ho rivolto lo sguardo ad alcune testimonianze che mi hanno consentito di evidenziare l'impiego più frequente del *iudicium communi dividundo*.

Innanzitutto, ho illustrato come il concetto di comunione nel contesto del *iudicium communi dividundo* sia evidenziato dall'espressione *res communis*, la quale al contempo è idonea a identificare tanto il titolo che

<sup>73</sup> In una prospettiva simile v. G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 363 ss.

<sup>74</sup> V. *infra*, cap. IV.

<sup>75</sup> Sul punto v. ampiamente *infra*, cap. IV.

giustifica la situazione di contitolarità (la causa divisoria della comunione), quanto l'oggetto del giudizio.

Tale *res communis* caratterizza il solo *iudicium communi dividundo* e differisce da ciò che rileva nel terreno applicativo dell'*actio familiae erciscundae*, la quale – come è noto – è ricollegata al concetto di *hereditas*. In specie, l'espressione *res communis* nell'ambito del titolo *Communi dividundo* designa l'oggetto della *divisio* non in quanto tale, ossia nella sua materialità e concretezza, ma in quanto categoria unitaria, monolitica, contraddistinta in ragione dell'appartenenza della *res* a più soggetti<sup>76</sup>.

In aggiunta a ciò, le fonti testimoniano anche ipotesi di potenziale concorrenza tra l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio communi dividundo*<sup>77</sup>: la questione, percepita nella sua problematicità dal pensiero giurisprudenziale, è affrontata nel senso di limitare l'esperibilità di quest'ultima soltanto al caso in cui lo scioglimento dell'eredità si sia già verificato – e quindi non è più proponibile – e resti da dividere singole *res*.

Guardando al regime del *iudicium communi dividundo*, la *res* rileva sia come oggetto del giudizio, sia come bene in concreto da dividere.

Sulla scorta delle fonti analizzate, mi sembra di poter affermare che la sensibilità dei *prudentes* – in specie nell'opinione di Paolo e in quella di Ulpiano – sia rivolta a tentare di mettere a fuoco le caratteristiche della *res communis* come oggetto del giudizio, allo scopo di precisare in quali casi le parti potessero – ovvero dovessero – ricorrere al *iudicium communi dividundo* e non ad altre *actiones*, pur permanendo zone di sovrapposizioni.

<sup>76</sup> In questa direzione v. J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 78 ss.; G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 54 ss.; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 355.

<sup>77</sup> Sul punto v. anche Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.16.6: *Item si servus hereditarius propriam rem heredum unius subriperit, Ofilius ait esse familiae erciscundae actionem et communi dividundo furti que actionem cessare. quare agentem familiae erciscundae iudicio consecuturum, ut aut ei servus adiudicetur aut litis aestimatio in simplum offeratur*; Mod. 6 *resp.* D. 10.2.30: *Fundus mihi communis est pupillae coheredi: in eo fundo reliquiae sunt conditae, quibus religio ab utrisque partibus debebatur, nam parentes quoque eiusdem pupillae ibi sepulti sunt: sed tutores distrahere fundum volunt: ego non consentio, sed portionem meam possidere malo, cum universitatem emere non possim et velim pro meo arbitrio exsequi ius religionis. quaero, an recte arbitrum communi dividundo ad hunc fundum partiendum petam an etiam is arbiter, qui familiae erciscundae datur, isdem partibus fungi possit, ut hanc possessionem exemptis ceteris corporibus hereditariis pro iure cuiusque nobis partiatur. Herennius Modestinus respondit nihil proponi, cur familiae erciscundae iudicio addictus arbiter officium suum etiam in eius fundi de quo agitur divisionem interponere non possit: sed religiosa loca in iudicium non deduci eorumque ius singulis heredibus in solidum competere*; Iul. 2 *ad Urs.* Fer. D. 10.2.52 *pr.*: *Maevius, qui nos heredes fecit, rem communem habuit cum Attio: si cum Attio communi dividundo egissemus et nobis ea res adiudicata esset, venturam eam in familiae erciscundae iudicio Proculus ait.*

Invero – e ciò appare un dato ineliminabile nell'indagine che si sta conducendo –, l'individuazione del terreno applicativo dell'*actio communi dividundo*, ora in raffronto all'*actio familiae erciscundae*, ora all'*actio pro socio*, non sembra trovare una risposta definitiva nelle fonti. A ciò si aggiunga l'ulteriore dato già messo in luce, ossia l'accostamento terminologico della *societas* alla *communio*.

Queste riflessioni non devono in alcun modo stupire. In tale scenario, opera, come è noto, la sensibilità dei giuristi classici, i quali, salvo particolari ipotesi, non si spingono mai verso la costruzione di concetti generali articolati secondo una logica rigida, bensì prediligono un approccio strettamente ancorato alle caratteristiche del caso di specie.

In buona sostanza, mi sembra si possa affermare che l'operatività dei diversi mezzi processuali, nel nostro caso dell'*actio communi dividundo* in raffronto alle ulteriori azioni menzionate, possa dirsi dipendente, volta per volta, dalle modalità di svolgimento del singolo rapporto giuridico dedotto in giudizio.

A ben vedere, sotto questo aspetto, occorre evidenziare che nel titolo *Communi dividundo*, l'elenco delle *res* suscettibili di divisione è individuato in ragione del rapporto che giustifica la comunione su di esse e ciò consente indirettamente di chiarire anche quali siano i soggetti legittimati alla divisione<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> V. J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 78 ss.; G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 54 ss.; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 355. Diversamente, nel *iudicium familiae erciscundae* vi è sia l'esplicitazione dell'oggetto della divisione, attraverso i termini *familia* ed *hereditas*, che dei soggetti legittimati, ossia i *coheredes*. La stessa logica la rinveniamo con riferimento alle *praestationis* dedotte nei giudizi divisorii: se, infatti, per un verso, per quanto concerne l'*actio communi dividundo*, vengono in considerazione soltanto le pretese sorte in relazione alle *res communes* oggetto di divisione nel singolo giudizio (Ulp. 30 *ad Sab. D.* 10.3.3 pr., già richiamato in nt. 88), per altro verso, l'applicazione del *iudicium familiae erciscundae* tiene conto di tutte le pretese personali emerse tra i coeredi in rapporto all'intera *hereditas*, anche se sorte in forza del mero titolo di erede (Ulp. 19 *ad ed. D.* 10.2.16.5: *Denique ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit: non minus autem etiam familiae erciscundae iudicio.*; Paul 23 *ad ed. D.* 10.2.25.19: *Si filius cum patrem defenderet condemnatus solverit vel vivo eo vel post mortem, potest aequius dici habere repetitionem a coherede in familiae erciscundae iudicio*; Ulp. 2 *disp. D.* 10.2.49: (...) *nam ut familiae erciscundae iudicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere vel conveniri, quam gessit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit: ceterum cessat familiae erciscundae actio. et ideo si ante, quam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, familiae erciscundae iudicio non erit locus, quia non animo heredis gessisse videtur*. L'essenza unitaria della nozione di eredità farebbe escludere la necessità di un'ulteriore specifica dei beni che lo compongono, così come si evince da alcune espressioni: Gai 7 *ad ed. D.* 10.2.1 pr.: *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur*

Come avrò modo di approfondire, la natura e le qualità della singola *res* definiscono il risultato della divisione, determinando l'indivisibilità o la divisibilità della *res* medesima. Allo scopo di ricostruire il regime del giudizio *communi dividundo* e chiarire dunque in concreto la funzione dell'*adiudicatio*, si renderà necessaria l'individuazione della *res* di cui si chiede la divisione<sup>79</sup>: ad esempio, il fondo, lo schiavo, l'*ager vectigalis*<sup>80</sup> e così via.

Quanto affermato sembra essere coerente con la funzione dell'*adiudicatio* così come descritta nel manuale gaiano: l'*adiudicare rem* – che si realizza in entrambe le azioni divisorie (*actio communi dividundo* e *actio familiae erciscundae*) e che delinea, nei termini sino a ora descritti, un'attività di aggiudicazione di una *res* – trova una propria e specifica declinazione a seconda della *res* (comune) oggetto di divisione.

Ponendo l'attenzione sull'effetto prodotto dalla sentenza, risulterà evidente che la discrezionalità del giudice, la quale prende corpo nella pronuncia di *adiudicatio*, opera non tanto sul piano dell'appartenenza sostanziale della *res* attribuita (già in comunione, senza controversia alcuna, tra i compartecipi), ma su quello processuale di regolazione dei rapporti giuridici patrimoniali tra i contendenti. Come vedremo, infatti, la pronuncia del giudice regola le pretese dei contendenti, tutte rivolte alla realizzazione della miglior divisione possibile.

---

*aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.2 pr.: *Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatus consulto vel etiam constitutione: et generaliter eorum dumtaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas.*

<sup>79</sup> Cfr. Paul 23 *ad ed.* D. 10.3.1: (...) *pertinet quam ad comminium rerum divisionem*; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.3 pr.: *In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint.*

<sup>80</sup> V. *infra*, cap. IV.

## CAPITOLO QUARTO

### *L'actio communi dividundo e la divisione di res in comproprietà*

SOMMARIO: 1. *Res* non soggette a divisione: la testimonianza di Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7.3-4 – 2. La divisione di un fondo comune: la testimonianza di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.17 – 3. Le differenti declinazioni dell'*adiudicare rem* in relazione alla divisione del fondo – 4. La divisione di un servo in comune: le testimonianze di Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.9, Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.3 e Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.3 – 5. La divisione 'quasi impossibile': la testimonianza di Ulp. 2 *ad ed.* D. 10.2.55 – 6. La divisione 'inopportuna' dell'*ager vectigalis*: la testimonianza di Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7 pr. – 7. La divisione di un *vestibulum* comune a due edifici: la testimonianza di Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.1 – 8. La miglior divisione possibile oppure ciò che preferiscono i *litigatores*: la testimonianza di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21 – 9. *Ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*: la testimonianza di Iav. 2 *epist.* D. 10.3.18 – 10. Conclusioni parziali sul concetto di divisione 'impossibile', 'quasi impossibile' o 'inopportuna'.

#### 1. *Res non soggette a divisione: la testimonianza di Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7.3-4*

Chiarito il presupposto applicativo del *iudicium communi dividundo* e, al contempo, evidenziate le possibili cause divisorie di comunione (ferma restando, come testimoniato dalle fonti, la forte interferenza tra la nostra azione e quelle ulteriori sopra menzionate), è giunto il momento di restituire il concreto funzionamento della divisione giudiziale, così come descritta nel titolo *Communi dividundo*, allo scopo di illustrare la funzione dell'*adiudicatio* racchiusa nell'*adiudicare rem*.

Mettere al centro l'idea di *res* permetterà ora di delineare, con uno sguardo analitico e – per così dire – a microscopio sulle singole fattispecie divisorie, i contenuti e il ruolo del *iudicium communi dividundo*, nonché la funzione dell'*adiudicatio* nell'ambito del processo privato romano.

Nell'ampio catalogo di *res* descritte nel titolo *Communi dividundo* vengono in rilievo innanzitutto ipotesi di *res* non soggette a divisione, rispetto alle quali l'*actio communi dividundo* è del tutto preclusa.

Si tratta in particolare di:

Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7.3: *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.*

I frammenti si inseriscono nella trattazione che Ulpiano, nei suoi *libri ad Edictum*, dedica al *iudicium communi dividundo*.

Il giurista severiano chiarisce che, in relazione a quelle cause di possesso che non danno luogo a *vindicatio*, l'*actio communi dividundo* risulta esperibile soltanto quando si tratti di dividere un compossesso di *iusta causa*, come ad esempio ogni volta che la *res* è posseduta a causa dell'adempimento di un indebitto, ovvero sia nel caso in cui la *res* sia stata consegnata per l'adempimento di un debito inesistente<sup>1</sup>. Diversamente, nel caso dei

<sup>1</sup> Valutano interpolato il passo, in specie l'esemplificazione contenuta nella frase *ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur*, A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 66 ss., 74, nt. 4; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 491 ss., in specie 495, secondo il quale il testo, utilizzato a supporto dell'apparente parallelismo di applicazione fra le azioni reali e i giudizi divisorii, è corrotto nel senso di «scritto di sana pianta dai compilatori». Diversamente, M. FEHR, *Recensione a A. BERGER, Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., in *ZSS*, XXXIII, 576 ss. ammette nel brano la presenza di elementi positivi. In tal senso v. anche B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 367 ss., in specie 431 s., il quale, ritenendo il testo genuino, ribadisce che «con ogni probabilità che il brano doveva dire *ex causa debiti soluti fiducia possideati*», riprendendo in tal modo O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 539, f. 642. E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento*, cit., 167 ss., in specie 168 s, secondo il quale non mancano indizi per interpretare il paragrafo alterato dai compilatori: «il testo dice *utile communi dividundo* invece di *utile communi dividundo iudicium*; il che è proprio dei Bizantini. In secondo luogo, un giurista classico che non dice che un'*actio utilis competit*, ma dice invece che un'*actio utilis datur*. Il testo presenta pure altre piccole mende, sulle quali non credo opportuno insistere. Io invece insisto – e in ciò mi trovo d'accordo con un acuto critico, il Fehr – nel ritenere che, per quanto i vari indizi richiamati lascino scorgere come il paragrafo sia stato forse accorciato, in ogni modo un po' accomodato dai compilatori, tuttavia il principio affermato è classico. E il principio è il seguente: a più persone aventi una *iusta causa possidendi* è dato il *iudicium utile communi dividundo* in vita utile». P. ZAMORANI, 'Precario', Milano, 1969, in specie 301 ss., che ritiene che «il rimaneggiamento è reso evidente da due circostanze. In primo luogo, il soggetto del periodo rimane *praedones*, e se questo soggetto è concepibile per la *possessio clam*, non lo è certamente per la *possessio precaria*; pertanto, si deve ammettere che qualcosa nel testo è stato soppresso, se pure non si voglia pensare che è stata inserita la menzione del *praedo*, mentre il giurista parlava semplicemente di posses-

predoni, ovvero di coloro che possiedono a titolo di precario o clandestinamente, l'azione di divisione della comunione non ha luogo.

In particolare, con riferimento ai predoni e al possesso clandestino, l'azione divisoria non si applica, poiché si tratta di un possesso di mala fede, dunque ingiusto; per quanto riguarda invece la figura del precarista, il possesso, benché di giusta causa, *sed quae non pergat ad iudicii vigorem*<sup>2</sup>.

A partire dal terzo paragrafo, Ulpiano precisa che vi sono situazioni di compossesso che sono escluse dal campo di applicazione dell'*actio communi dividundo* in via diretta, ma possono legittimare i contendenti all'esercizio dell'azione divisoria in via utile.

Più precisamente, i passi ulpiani in commento riguardano quei casi nei quali i comunisti intendono agire per la divisione della comunione, ma non possono azionare un giudizio divisorio in via diretta, in virtù della mancanza di un diritto reale sulla *res* oggetto di divisione (requisito negativo esplicitato dalla mancanza della *vindicatio*). La situazione di possesso, se giustificata da una *iusta causa* (requisito in positivo), consente invece di esercitare l'*actio communi dividundo utile*.

Nel solco dell'indagine che sto conducendo, non intendo approfondire le *causae possidendi* – e, dunque, l'idoneità dell'esemplificazione ulpiana a rappresentare, in tal senso, una *iusta causa possessionis* –, che possono

---

sori». G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 292 ss., la quale ritiene che «nonostante i tagli e le abbreviazioni sicuramente qua e là subite per opera dei compilatori rivela l'esistenza di un collegamento di fondo tra le sue diverse parti costitutive. (...) Se si prescinde dall'ultima frase, *ut puta* ecc., (...) il testo non mostra segni di alterazione». Torna sul tema in EAD., *Studi*, cit., 274 ss., in specie 276 s., con valutazioni in parte diverse, allo scopo di enfatizzare che il passo contenuto in 10.3.7.3 consente di stabilire una relazione inscindibile tra *vindicatio* e *actio communi dividundo*. In specie, la studiosa così si espone: «A denunciare l'origine glossematica della frase è, prima di tutto, il fatto che si presuppone l'inidoneità a realizzare il trasferimento del *dominium* di una *traditio* priva di causa: mentre, com'è noto, per tutta l'età classica, considerandosi la *traditio* un negozio astratto le si riconobbe effetto traslativo della proprietà anche se compiuta sine causa. Appare evidente, inoltre, che chi ha aggiunto quest'ultimo inciso mostra di far coincidere la *vindicatio* di cui parla Ulpiano con la *rei vindicatio*: è questa, infatti l'azione che, a suo modo di vedere, manca all'accipiente, al quale è invece da presumere spettasse nel regime postclassico almeno la *Publiciana*. (...) Da questo brano trapela il principio secondo cui si è ammessi al giudizio divisorio diretto ovvero se ne è esclusi (e si è in questo caso eventualmente ammessi a *iudicium utile*) a seconda che si sia o meno titolari (ovviamente ciascuno *pro parte*) di una *vindicatio* in ordine alle cose da dividere». Sul passo senza prendere posizione sulla presenza di interpolazioni P. FREZZA, 'Actio', cit., 28 ss.; E. VALIÑO, 'Actiones utiles', Pamplona, 1974; A. FERNANDEZ BARREIRO, 'La *actio communi dividundo utilis*', in *Estudios Santa Cruz Teijeiro*, I, Valencia, 1974, 267 ss.

<sup>2</sup> La fattispecie del precario presenta notevoli difficoltà. Sul punto v. ampiamente P. ZAMORANI, 'Precario', cit., *passim*.

dare luogo al giudizio divisorio in via utile. Né intendo soffermarmi sulla delimitazione dei contorni applicativi dell'azione divisoria diretta o utile, a seconda che vi sia o meno il requisito della *vindicatio*<sup>3</sup>.

Piuttosto, ciò che mi interessa rilevare è il fatto che l'impossibilità di ricorrere al giudizio divisorio nelle ipotesi in commento è ancorata a un difetto della *res*.

Invero, la divisione può ottenersi per il tramite dell'*actio communi dividundo utile* soltanto qualora la *res* possieda talune caratteristiche, ossia si tratti di una *res* la cui *causa possidendi* (*non adquirendi dominii*) sia *iusta*<sup>4</sup>. Diversamente, il giudizio (diretto e utile) resta precluso ai contendenti.

Per meglio dire, l'impossibilità di agire attraverso il giudizio divisorio in via utile si verifica quando la *possessio* sulla *res* è *iniusta* in quanto acquistata in modo illecito. Quanto appena evidenziato caratterizza esattamente il compossesso tra predoni e il compossesso *clam* – nonché, per completezza, quello di chi possiede a seguito di violenza<sup>5</sup> – quali ipotesi di *res non su-*

<sup>3</sup> V. Ulp. 20 *ad ed. D.* 10.3.7 pr.: *Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur.* 1. *Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutum imponere.* 2. *Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.* Le situazioni integrate dal possesso dell'*ager vectigalis* e dal possesso *ad usucapionem* rientrano nel campo applicativo del *iudicium communi dividundo* in via diretta. I titolari sono dunque legittimati *pro quota* all'esperimento di un'azione simile alla *rei vindicatio*, in specie l'*actio in rem vectigalis* e l'*actio Publiciana*. Su tali aspetti v. G. SEGRÉ, *Possesso 'pro indiviso' e azione di divisione fra compossessori*, in *Scritti giuridici*, Roma, 1939, 517 ss., nonché, più di recente, G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 276 ss.

<sup>4</sup> Invero, il significato che Ulpiano attribuisce alla valenza del criterio della *iusta causa* si ricava dal contesto nel quale sono inserite le fattispecie possessorie in commento: solo quando la situazione possessoria è stata acquistata in modo lecito sembra equa la concessione dell'*actio communi dividundo utile*; in questo senso v. Ulp. 20 *ad ed. D.* 10.3.7.6: *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.* 8. *Item 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.* Sul punto v. B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985; A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.; C.A. CANNATA, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 323 ss. Più in generale con riferimento all'acquisto del possesso v. B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1972, 5 ss.; P. ZAMORANI, *'Possessio' e 'animus'*, I, Milano, 1977. Più di recente, P. LAMBRINI, *La 'possessio' tra corpo e animo*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 663 ss.; P. FERRETTI, *'Animo possidere'. Studi su 'animus' e 'possessio' nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, 5 ss., con la ricca bibliografia ivi citata; da una differente prospettiva v. L. GAROFALO, *Il possesso tra fatto e diritto*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovissimi saggi*, Napoli, 2019, 83 ss.

<sup>5</sup> L'*actio communi dividundo* non può applicarsi, nemmeno in via utile, anche con riferi-

scettibili di divisione.

Già sulla base delle testimonianze sinora approfondite, risulta evidente come le caratteristiche della *res* determinano l'operare della divisione giudiziale. Tale considerazione viene infatti in rilievo sia con riferimento al *genus* individuato dall'*actio communi dividundo* (in specie, come dianzi visto, il fatto che la *res* non sia comune ne impedisce l'utilizzo<sup>6</sup>), sia con riguardo all'operare della *species* dell'azione divisoria, ossia l'*actio communi dividundo utile* (il fatto che si tratti di una cosa in possesso la cui causa sia *iniusta* ne preclude il ricorso).

## 2. La divisione di un fondo comune: la testimonianza di Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.13.17

Nel complesso delle *res* materialmente divisibili, l'esempio principale è rappresentato dal fondo.

L'applicazione dell'*actio communi dividundo* al fondo consente di valorizzare quanto ho sinora messo in luce con riguardo al contenuto complesso dell'*adiudicare rem* relativo alla definizione di *adiudicatio*<sup>7</sup>.

Per quanto concerne la divisione di un fondo viene in evidenza una testimonianza ulpiana.

Si veda la formulazione del passo:

Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.13.17: *Idem Celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob*

---

mento ad altre ipotesi: il possesso a titolo di precario e il possesso naturale dei coloni e dei depositari. V. Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7.5. *Iulianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui vi deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit* e Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7.11: *Nneque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant*. V. tra gli altri G. MACCORMACK, *Naturalis possessio*, in ZSS, LXXXIV, 1967, 47 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 274 ss. Più di recente, G. D'ANGELO, 'Civiliter vel naturaliter possidere', Torino, 2022, in specie 69 ss.

<sup>6</sup> V. *supra*, cap. III.

<sup>7</sup> V. *supra*, cap. II.

*eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. quod si tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. sed si certis regionibus fundum inter te et Titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes<sup>8</sup>.*

Il quadro di riferimento è, come anticipato, quello del regime del giudizio divisorio in relazione alla divisione di un bene immobile – un fondo – in comune.

Più precisamente, Ulpiano riporta il parere di Celso relativo alla seguente fattispecie: nel caso in cui tu hai venduto la tua quota parte del fondo che avevi in comune con Tizio e, prima della consegna, vieni costretto ad accettare il *iudicium communi dividundo*, diversi sono gli scenari che possono seguire a seconda del contenuto della pronuncia di divisione.

Se il fondo è stato aggiudicato al comproprietario, darai al compratore quanto hai ricevuto da Tizio a tale titolo. Se invece l'intero fondo è stato aggiudicato a te, allora lo consegnerai tutto al compratore, in modo tale che questi paghi ciò che sei stato condannato a dare a Tizio. In relazione alla quota del fondo che hai venduto, occorre garantire a mezzo di stipulazione per l'ipotesi di evizione; per l'altra quota, invece, devi soltanto promettere con stipulazione per il dolo: è equo, infatti, che la condizione del compratore sia la stessa in cui egli si sarebbe trovato, se con lui si fosse agito per la divisione della comunione. Ma, se il giudice ha diviso il fondo in appezzamenti determinati tra te e Tizio, al compratore devi senza

<sup>8</sup> L'ipotesi contemplata è descritta, a ben vedere incidentalmente, anche nella seconda parte di Ulp. 20 *ad ed. D.* 10.3.7.13: (...) *nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividundo 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, aequae pretium ut restituat, ex empto tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur.* Sui frammenti v. in specie A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 90 ss.; K. MISERA, *Akzession und Surrogation zufolge einer 'adiudicatio'*, in *ZSS*, CIII, 1986, 383 ss. Un cenno anche in G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 308 s., ntt. 46, 48, 55 e in M. DE SIMONE, 'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem'. A proposito di *D.* 20.1.21.3, in *AUPA*, LI, 2006, 45 ss., in specie 111, nt. 104.

dubbio consegnare la parte che ti è stata aggiudicata.

La costruzione del frammento mostra in modo chiaro come in concreto può operare tra i contendenti la divisione di un bene immobile.

Per un verso, la divisione può essere eseguita attraverso il frazionamento in senso materiale del bene e l'attribuzione delle porzioni ai contendenti, in relazione alle quote di spettanza: *divisio* della *res* in natura, mediante *adiudicatio* delle porzioni di terreno.

Per altro verso, la divisione può essere realizzata con l'attribuzione dell'intero bene a uno dei contendenti, con la conseguente condanna dell'aggiudicatario al pagamento del valore della quota, così come stimata, a favore degli altri comunisti: *divisio* mediante *adiudicatio* dell'intera *res* e *condemnatio*.

La stima dei beni da dividere e la scelta del criterio da adottare rientrano nel potere discrezionale ed esclusivo del *iudex communi dividundo*. Infatti, nel procedere alla divisione, il giudice deve provvedere a stimare la *res* secondo il giusto prezzo e, altresì, a far prestare dalle parti le reciproche *cautiones* di garanzia per evizione<sup>9</sup>.

Va da sé che, ai fini dell'aggiudicazione dell'intero bene, il giudice possa anche promuovere un'asta tra tutti i contendenti, ovvero anche tra estranei<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Con specifico riferimento alla determinazione del prezzo v. Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.10.2, già richiamato *supra*, cap. I, nt. 84. A ben vedere, tale profilo trova applicazione sia con riferimento al *iudicium communi dividundo* sia per quello *familiae erciscundae*; ed è anche nel titolo *Familiae erciscundae* che rinveniamo alcune precisazioni inerenti alla stima del giusto prezzo e alla possibilità di promuovere un'asta per l'aggiudicazione della *res*. Le fonti attestano in modo inequivoco l'applicabilità della disciplina della divisione ereditaria anche al *iudicium communi dividundo*. V. Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.3.1, già richiamato *supra*, cap. I, nt. 101; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.11: *Cetera eadem sunt, quae in familiae erciscundae iudicio tractavimus*. Il rinvio alla disciplina del giudizio di divisione dell'eredità non riguarda soltanto la regolamentazione del procedimento divisorio, ma anche alcuni profili di disciplina sostanziale, come quello inerente alla garanzia per evizione tra i contendenti. Sul punto v. Iul. 2 *ad Urs. Fer.* D. 10.2.52.3, già citato *supra*, in nt. 231. V. E. ALBERTARIO, 'Iustum pretium' e 'iusta aestimatio', in *BIDR*, XXXI, 1921, 1 ss., in specie 7, dove ritiene interpolate le parole *iusto pretio*; E. LEVY, *Zu D. 6, 1, 68 und 70*, in *ZSS*, XLIII, 1922, 530 ss., in specie 534; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414; G. ARICÒ-ANSELMO, *Studi*, cit., 309, nnt. 54, 55. Secondo P. FREZZA, 'Actio', cit., 23, la necessità della *cautio de evicione* è del tutto incompatibile con la natura meramente dichiarativa della divisione.

<sup>10</sup> La vendita all'asta, pur sempre nel contesto del *iudicium communi dividundo*, costituisce una via 'fisiologica' per conseguire attraverso la gara il prezzo migliore per il bene e ottenerne dunque l'assegnazione. Il significato tecnico giuridico della *licitatio* nelle *auktiones* private romane è oggetto di discussione nella letteratura romanistica. Di recente v. N. DONADIO, *Le 'auktiones' private all'epoca di Plauto. Consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta nel*

Infine, come vedremo, nel pronunciare la divisione, è opportuno che il giudice si attenga a ciò che è più utile a tutti i condividenti o a ciò che gli stessi preferiscono.

Ma su tale aspetto tornerò a breve<sup>11</sup>.

### 3. *Le differenti declinazioni dell'adiudicare rem in relazione alla divisione del fondo*

In precedenza, abbiamo visto come Celso in D. 19.1.13.17 puntualizza che il risultato della *divisio certis regionibus* si concreta nell'assegna-

---

*mondo romano e loro tracce nella 'palliatà' latina*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, 117 ss., in specie 125 ss., nt. 18, evidenzia che «dubbio è *in primis* il valore stesso della *licitatio*. La questione coinvolge il più complesso problema del momento finale dell'intera procedura dell'*auctio* privata, ovvero quello in cui si intendeva concluso il contratto di vendita; e quindi quelli più specifici del rapporto tra la *proscriptio* e la *licitatio*, come quello concernente la portata reale o meno dell'*addictio*». Sul tema v. inoltre, tra i molti, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, VI, Roma, 1954, 35 ss., in specie 105; ID., voce '*Auctio*', in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 1535; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961; M. KASER, *Recensione a G. THIELMANN, Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, cit., in *ZSS*, LXXIX, 1962, 440; J.A.C. THOMAS, *The Auction Sale in Roman Law*, in *The Juridical Review*, 1957, 42 ss.; J.A.C. THOMAS, *Recensione a G. THIELMANN, Die römische Privatauktion*, cit., in *Labeo*, XII, 1966, 395 ss.; A. PETRUCCI, '*Mensam exercere*'. *Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 1991; M. TALAMANCA, *Recensione a A. PETRUCCI, 'Mensam'*, cit., in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-1994, 835 ss.; più di recente un cenno anche in M.T. CARBONE, '*Tanti sunt mi emptae sunt*'. *Varr. 'De re rust'*. 2.2.5, in *SDHI*, LXXI, 2005, 407 ss., in specie 408, nt. 88. In tema di *iudicium familiae eriscundae* v. anche Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.22.1: *Familiae eriscundae iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta (ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur) vel si certam partem unicuique coheredum adsignet: sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare*, su cui v. G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 180 s. In specie, in quest'ultimo frammento Ulpiano prevede che il giudice dell'azione di divisione dell'eredità possa aggiudicare la medesima cosa a più persone in due ipotesi: se sia stato disposto un prelegato di una cosa a più coeredi, o se egli assegni una parte determinata della cosa a ciascuno dei coeredi. Il giudice può anche, dopo aver indetto una licitazione fra i coeredi, aggiudicare la cosa ad uno solo. Si può ritenere che l'assegnazione all'aggiudicatario dell'asta della *res* possa verificarsi anche nel contesto del *iudicium communi dividundo*, quando più contendenti manifestino l'interesse ad avere la cosa aggiudicata, ovvero quando nessuno dei condividenti possa o voglia giovare della facoltà di attribuzione dell'intero, con i conseguenti addebiti in denaro.

<sup>11</sup> V. *infra*, § 8.

zione della quota parte.

La divisione materiale degli immobili può avvenire mediante la delimitazione del confine, il quale può essere segnalato in diversi modi: «può essere segnato da un sentiero, sottratto alla proprietà privata, come negli agri limitati; può essere segnato da fossi, siepi, file d'alberi, muri o cancelli; può essere rappresentato anche da una linea matematica, senza che vi sia alcun segno tangibile»<sup>12</sup>.

Ebbene, in questo caso, l'effetto dell'*adiudicatio* altro non sarebbe che l'assegnazione delle singole porzioni di terra, ciascuna corrispondente alla quota ideale di *communio* già di proprietà di ogni singolo contendente.

Per meglio dire, il *iudex communi dividundo* in tal caso assegnerebbe in proprietà esclusiva quanto spetta a ciascun contendente, limitandosi a modificare e non creare *ex novo* l'oggetto del diritto in capo alle parti (proprietà esclusiva delle quote e non già comproprietà sull'intera *res*).

Per quanto concerne, invece, l'altra ipotesi testé delineata – il frazionamento mediante l'aggiudicazione per intero della *res* a uno dei contendenti e la condanna dell'aggiudicatario al pagamento dell'*aestimatio* in proporzione alle quote di spettanza –, la dottrina ha ritenuto di interpretarla alla stregua di un'*emptio venditio*, nella quale l'aggiudicatario risulta il compratore delle quote degli altri comunisti e l'*aestimatio* rappresenta il prezzo delle medesime quote<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sul punto v. G. GROSSO, *Corso*, cit., 75.

<sup>13</sup> Come noto, le fonti assimilano la divisione di matrice ereditaria, alla permuta o alla vendita. V. Pap. 8 *resp.* D. 31.77.18: *Hereditatem post mortem suam rogati restituere nominum periculo, quae per divisionem optigerunt inter coheredes interpositis delegationibus, non adstringuntur, non magis quam praediorum, cum permutatio rerum discernens communionem intervenit*; Ulp. 19. *ad ed.* D. 10.2.20.3: *Si pater inter filios sine scriptura bona divisit et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*; C. 3.37.3 Imp. Alexander Severus: *Si probatum fuerit praesidi provinciae fratrem tuum vineas communes pignori dedisse, cum partem tuam, quam in vineis habes, creditori obligare non potuerit, praeses provinciae restitui tibi eam iubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua percepit. 1. idem praeses provinciae de divisione vinearum inter te et creditorem fratris tui cognoscet et iubebit 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. 224); C. 3.38.1 Imp. Antonius (a. 211): *Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit*. In relazione alla *litis aestimatio* e al relativo pagamento, la dottrina rinviene una *traditio brevi manu pro emptore* (v. in specie Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.1) su cui di recente, C.A. CANNATA, *Corso*, cit., 425 ss.; M. DE SIMONE, '*Litis*', cit., 71 ss. È solo il caso di accennare che tale interpretazione è presente anche

Per chiarire le sorti della divisione di un fondo in comproprietà, occorre concentrare lo sguardo sui numerosi problemi che il testo pone e, in questa direzione, particolare rilievo merita l'articolazione, prospettata da Ulpiano, del parere offerto.

A ben vedere, infatti, Celso si sarebbe potuto limitare a precisare che al compratore va consegnata la porzione di terreno aggiudicata all'esito del *iudicium communi dividundo*. Come già puntualizzato, il fondo rappresenta il prototipo di bene immobile divisibile in senso materiale.

Il fatto che Celso formuli in modo decisamente più complesso la risposta al quesito menzionato mi sembra si possa meglio spiegare valorizzando due dati: in primo luogo, la richiesta al giudice, da parte di entrambi i contendenti, di assegnazione del bene in natura (nella testimonianza è infatti rappresentata l'assegnazione a favore di entrambi i contendenti); in secondo luogo, la non attuabilità di tale frazionamento, in quanto il bene evidentemente si presenta di non comoda divisibilità, ovvero non risulta possibile conciliare la volontà dei dividendi coinvolti.

Per meglio dire, la puntualizzazione relativa alla condanna dell'aggiudicatario al pagamento della somma di denaro corrispondente alla quota di spettanza, a fronte dell'assegnazione dell'intero bene in suo favore – ipotesi ben delineata e addirittura anticipata nella sua formulazione rispetto all'alternativa in precedenza descritta – evidenzia, a mio modo di vedere, la profonda distinzione concettuale tra la divisione del bene in natura e la convenienza a ottenere la divisione in siffatta maniera, ovvero a preferire una modalità differente, allo scopo di realizzare lo scioglimento della comunione che consenta a tutti i contendenti un utile godimento della *res*.

È implicito che nel brano, anche nel caso in cui un bene sia in natura divisibile – un fondo in astratto certamente lo è –, il giudice incaricato della divisione ben potrebbe scartare l'opzione della *divisio rerum* mediante

---

negli studi dedicati alla divisione nel diritto comune. Tuttavia, come sottolineato da P. GROSSI, voce *Divisione*, cit., 415 ss., in specie 416, ntt. 2-3-4, la giurisprudenza medievale, «singolarmente attenta alla fenomenologia del negozio divisorio, elabora il problema su un piano soprattutto sostanziale. (...) Costituirono un punto d'avvio a tutto lo sforzo interpretativo gli accenni, contenuti in qualche testo della compilazione, circa le affinità fra gli schemi della compravendita e della permuta e quello della *divisio*. La comparazione tra *emptio-venditio* e *divisio* viene appena raccolta da qualche interprete. Di fronte a una dottrina come quella intermedia particolarmente sensibile a problemi di assonanze e dissonanze fra diversi schemi negoziali, ma anche avvezza a indagare a fondo, oltre certe concordanze formali, entro la *substantia* e la natura del negozio, il raffronto era destinato a mostrare macroscopiche differenze di indole strutturale, piuttosto che sostanziali affinità. È un raffronto cioè che ha un valore meramente esemplificativo, ma non una sua rigorosa validità dogmatica».

la sola *adiudicatio* e optare per una modalità divisoria, ancorché più complessa, mediante *adiudicatio e condemnatio*.

Evidentemente, quest'ultima ipotesi può trovare piena comprensione avendo riguardo alle caratteristiche della *res* oggetto di divisione.

In specie, il giudice si troverebbe nella condizione di decidere a favore di quest'ultima modalità proprio là ove, con l'intenzione di far cessare la comproprietà, la *res* non risulti comodamente divisibile.

Come già precisato, la distinzione tra *res* divisibile e *res* non divisibile si fonda su un criterio prettamente giuridico e dunque non naturalistico, «poiché fisicamente e chimicamente tutta la materia è divisibile»<sup>14</sup>; di fatto, occorre valutare se si possono formare parti considerate come omogenee, ossia aventi ciascuna le caratteristiche e la funzione economico-sociale della *res* intera.

La divisione mediante *adiudicatio e condemnatio* individua un modo di procedere alla divisione che consente di preservare, da un lato, il criterio strutturale dell'omogeneità delle quote aggiudicate e, dall'altro, il valore economico della *res*. In particolare, la divisione non deve incidere negativamente sull'originaria destinazione economica del bene.

Astrattamente, poi, il carattere dell'omogeneità delle quote potrebbe essere inteso in due modi.

In primo luogo, vi sarebbe spazio per sostenere un concetto di omogeneità che tenga in considerazione la concreta possibilità di formare porzioni suscettibili – ciascuna singolarmente – di un autonomo godimento da parte dell'aggiudicatario.

In secondo luogo, il medesimo concetto di omogeneità potrebbe interpretarsi in termini funzionali, ossia vagliando la corrispondenza tra il valore delle singole parti e il valore dell'intero, nel senso che la *res*, successivamente alla pronuncia della divisione, dovrebbe conservare il valore proporzionale aritmetico tra le parti e il tutto<sup>15</sup>.

Sembra dunque chiaro – e le ipotesi che seguono lo renderanno ancora più esplicito – che il concetto di divisione si estende sino a ricomprendere anche quello di comoda o conveniente divisibilità; tale idea acquista signi-

<sup>14</sup> Così G. ASTUTI, voce *Cosa*, cit., 12. V. *supra*, cap. III, § 1.

<sup>15</sup> Ricollegandomi in questo senso al concetto di quota (v. *supra*, cap. III, § 3), è doveroso precisare come, in estrema sintesi richiamando le parole di G. ARICÒ ANSELMO, '*Societas*', cit., 162, «Roma non conobbe il metodo di calcolo posizionale applicato al sistema di notazione numerica indo-arabo per compiere una divisione e ottenerne una frazione». Ciò, tuttavia, non ci impedisce di affermare che, già in tempi piuttosto remoti, in connessione al progressivo incremento dell'economia di scambio, fosse concepita una divisione non puramente materiale, ma di tipo matematico.

ficato se si guarda alla *res* da dividere, in specie alla natura e alla funzione economica della medesima.

4. *La divisione di un servo in comune: le testimonianze di Ulp. 19 ad ed. D. 10.3.6.9, Paul. 23 ad ed. D. 10.3.8.3 e Paul. 6 ad Sab. D. 10.3.19.3*

Prima di procedere ad approfondire il funzionamento della divisione strettamente correlato al concetto di comoda divisibilità della *res* – in relazione quindi a *res* non opportunamente divisibili in senso materiale, ovvero *res* la cui divisione materiale appaia quasi impossibile –, intendo focalizzare l'attenzione sulla divisione del servo in comune, quale ipotesi di *res* indivisibile in senso materiale.

Per descrivere l'operatività del *iudicium communi dividundo*, mi sembra infatti possibile rinvenire una sorta di *climax* crescente: all'interno del titolo *Communi dividundo*, rinveniamo sia ipotesi di non applicazione dell'azione divisoria per le concrete caratteristiche della *res*, sia ipotesi nelle quali tale azione è efficacemente esperibile, determinando un risultato divisorio che tenga conto, di volta in volta, delle caratteristiche concrete della *res* oggetto di divisione.

In tale contesto, la divisione del servo in comune rappresenta un caso di *res* in quanto tale non divisibile in natura.

L'ipotesi è contemplata nel titolo *Communi dividundo* all'interno di diverse testimonianze<sup>16</sup>:

Ulp. 19 ad ed. D. 10.3.6.9: *Idem Iulianus scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit et communi dividundo agere coeperit, pigneraticia exceptione eum summoveri debere: sed si exceptione usus non fuero, officium iudicis erit, ut, cum debitori totum hominem adiudicaverit, partis aestimatione eum condemnet. manere enim integrum ius pignoris: quod si adiudicaverit iudex mihi, tanti dumtaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit quam pecunia credita, et debitorem a me iubeat liberari.*

<sup>16</sup> Sui passi v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 65, 99, 166 s.; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 414. Un cenno anche in G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 332, nt. 108. Sulla figura del servo fuggitivo torna di recente P. ARCÉS, *La nozione di 'servus fugitivus' in Ulp. 1 'ad ed. aed. cur'. D. 21.1.17 pr.-16*, in *TSDP*, XIV, 2021, 1 ss.

Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.3: *Si communis servi gratia noxae nomine plus praestiterit, aestimabitur servus et eius partem consequetur.*

Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.3: *Iudex communi dividundo, item familiae erciscundae de servo qui in fuga est iubere debet liceri eos inter quos iudex est et tunc eum adiudicare ei, penes quem licitatio remansit: nec erit periculum, ne ex senatus consulto poena legis Fabiae committatur.*

La fattispecie delineata in D. 10.3.6.9, di particolare complessità per quanto concerne l'incidenza del diritto di pegno, rileva in questa sede nella misura in cui Ulpiano esplicita chiaramente che l'esercizio del *iudicium communi dividundo*, se avente per oggetto un servo in comune, può condurre solamente all'aggiudicazione dell'intero servo a uno dei due comproprietari e alla condanna, a vantaggio dell'altro e contro l'aggiudicatario, alla somma pari alla stima della sua quota parte.

Lo stesso si verifica nelle ipotesi previste in D. 10.3.8.3 e in D. 10.3.19.3. In quest'ultimo caso, l'attribuzione dell'intero servo *qui in fuga*, riconosciuta tanto al giudice del *iudicium communi dividundo* quanto a quello del *iudicium familiae erciscundae*, si pone, secondo Paolo, come il risultato dell'asta a favore di colui la cui offerta è risultata vincente.

Tanto Ulpiano in D. 19.1.13.17, nella parte dedicata all'assegnazione dell'intero bene a un litigante e alla relativa condanna alla compensazione in denaro a favore dell'altro, quanto Ulpiano e Paolo in D. 10.3.6.9, D. 10.3.8.3 e D. 10.3.19.3, in relazione alla divisione del servo in comune, benché su presupposti differenti – divisione materiale sconveniente o inopportuna, da un lato, divisione materiale impossibile, dall'altro – fanno riferimento a una specifica modalità di divisione, ossia a quel meccanismo che si sostanzia nella *divisio* mediante l'*adiudicatio* della *res* e nella *condemnatio* per quanto concerne la stima della *res*.

In tal caso, si potrebbe sostenere che l'attribuzione della *res* (fondo o servo) a un solo dei contendenti caratterizzi in senso costitutivo-modificativo l'effetto dell'*adiudicatio*. La pronuncia divisoria infatti non si limiterebbe ad accertare una situazione preesistente (cd. efficacia dichiarativa), ma nemmeno verrebbe a creare *ex novo* una situazione giuridica (cd. efficacia costitutivo-creativa).

Essa comporterebbe la modificazione della sfera giuridica dei soggetti coinvolti nell'operazione: uno dei contendenti transiterebbe da una situa-

zione di comproprietà sull'intera *res* a una situazione di proprietà individuale sulla medesima *res*; l'altro si vedrebbe assegnata una quantità di denaro corrispondente al valore della sua quota di comproprietà.

5. *La divisione 'quasi impossibile': la testimonianza di Ulp. 2 ad ed. D. 10.2.55*

Come anticipato, le fonti ci attestano anche la riflessione intorno all'ipotesi di divisione quasi impossibile:

Ulp. 2 ad ed. D. 10.2.55: *Si familiae erciscundae vel communi dividundo iudicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre et ei adiudicare omnes res*<sup>17</sup>.

Il brano ulpiano, contenuto nel titolo *Familiae erciscundae* – passo che, stando a Lenel, dovrebbe collegarsi a Ulp. 2 ad ed. D. 2.12.3, in tema di periodi di sospensione dell'attività giudiziaria, e a Ulp. 2 ad ed. D. 12.6.17, in tema di azione di ripetizione dell'indebito<sup>18</sup> –, fa riferimento all'ipotesi in cui si voglia agire per la divisione della comunione, la quale può essere ereditaria e non ereditaria dato il riferimento sia all'*actio familiae erciscundae* sia all'*actio communi dividundo*, nonché all'oggetto della divisione nei termini di *omnes res*; in specie si tratta di quell'ipotesi in cui *divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur*.

In questo caso, avverte Ulpiano, il giudice può concentrare la condanna nei confronti della persona di uno solo dei contendenti e aggiudicargli tutte le cose.

A ben vedere, nella testimonianza concisa nella sua formulazione, Ulpiano non esplicita le ragioni che potrebbero indurre il giudice alla

<sup>17</sup> Sul passo v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 2 ss., nt. 4; 99, nt. 4; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 217 ss., in specie 327 nt, 308; EAD., *Studi*, cit., 309, ntt. 48, 49; A. RODGER, 'Vadimonium' to Rome (and Elsewhere), in ZSS, CXIV, 1997, 160 ss., in specie 183 e, più di recente, G. LUCHETTI, *I primi due libri del commentario di Paolo 'ad edictum'*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 509 ss., in specie 519 s., nt. 21, valorizzano il testo nella prospettiva di individuazione degli elementi utili a definire il valore della causa in relazione alle particolari caratteristiche dell'azione. Un cenno anche in M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 311, nt. 103.

<sup>18</sup> V. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 425, f. 195.

scelta – pur sempre eventuale e non obbligata – di una tale soluzione sul piano divisorio.

A questo proposito, mi pare ragionevole pensare che l'ipotesi, in specie evidenziato nell'inciso *divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur*, faccia riferimento al concetto di comoda divisibilità.

In base a ciò, il giudice dovrebbe preferire, in particolare quando si tratti di sciogliere la comunione su più cose, spesso di natura differente (*omnes res* potrebbe infatti richiamare tanto beni mobili quanto immobili, ma anche *res incorporales*, dunque anche i diritti reali su cose altrui, un'eredità, i crediti nascenti da *obligationes*), l'opzione del frazionamento in natura e la conseguente attribuzione delle porzioni determinate (*divisio* mediante *adiudicatio*) soltanto là ove quest'ultimo non incida in modo negativo sulla *res* oggetto di divisione.

Tale valutazione discrezionale compete all'organo giudicante che, come chiarito, dovrebbe ricomprendere due profili, i quali attengono al concetto di *res* divisibile in senso giuridico.

In primo luogo, con riferimento ai beni immobili, la valutazione del *iudex communi dividundo* dovrebbe riguardare l'aspetto strutturale della *res*, ossia il fatto che il frazionamento della stessa possa attuarsi mediante l'effettiva determinazione di quote suscettibili di un autonomo e libero godimento (senza pesi o limitazioni) da parte di tutti i contendenti.

In secondo luogo, il giudice dovrebbe prestare attenzione all'aspetto economico-funzionale della *res*, dunque al fatto che l'operare della divisione non modifichi l'originaria destinazione della *res* e, al contempo, non comporti un sensibile deprezzamento del valore delle quote rapportate al valore dell'intero.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, tuttavia, è il caso di fare una precisazione: l'omogeneità di valore tra le parti e il tutto, a cui ho già fatto cenno, non potrebbe mai interpretarsi come aritmetica proporzionalità di valore. Anzi, quando alla base della divisione sia posto il valore, non sempre è possibile o opportuno che a ciascuna parte della *res* corrisponda perfettamente il valore della relativa quota. In ogni caso, tale non perfetta corrispondenza della quota alla parte risultante dal frazionamento della *res* non fa venire meno il concetto di divisione.

Piuttosto, tale omogeneità, per dirla con Astuti, «dovrebbe intendersi in senso molto grossolano ed elastico perché di fatto la conservazione del valore proporzionale non si avvera quasi mai, e talora anzi vi sono disparità immense tra il valore dell'intero e delle porzioni divise: a questa stregua, quasi tutte le cose sarebbero indivisibili»<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Così G. ASTUTI, voce *Cosa*, cit., 13. V. anche G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 173 ss.

In definitiva, ciò che mi preme evidenziare è che la possibilità di derogare alla *divisio rerum* mediante la sola *adiudicatio* in senso materiale e di procedere alla *divisio* mediante *adiudicatio* e *condemnatio* – rilevante anche nel caso in cui la divisione risulti talmente difficile da ritenersi quasi impossibile – si basa sulle caratteristiche e sulla natura della *res*, le quali guidano il cd. *officium iudicis*.

L'effetto dell'*adiudicatio*, da coordinarsi con la *condemnatio* pecuniaria, potrebbe, anche in questo caso, interpretarsi in senso costitutivo-modificativo: l'attribuzione in proprietà dell'intera *res* a vantaggio di uno solo dei contendenti determinerebbe in suo favore l'acquisto della proprietà esclusiva, e non più per quote ideali, sulla *res*, ma non già la creazione *ex novo* di un diritto di proprietà inesistente prima della pronuncia di divisione.

#### 6. La divisione 'inopportuna' dell'*ager vectigalis*: la testimonianza di Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7 pr.

Proseguendo nel solco dei rapporti rilevanti sul terreno applicativo del *iudicium communi dividundo* rileva l'ipotesi dell'*ager vectigalis*, contemplato nei libri *ad Edictum* di Ulpiano.

Si veda la formulazione del passo:

Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7 pr.: *Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur*<sup>20</sup>.

L'*actio communi dividundo* può essere esperita anche nel caso di più concessionari di un *ager vectigalis*<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Sul passo v. A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 29 ss., il quale dubita dell'attendibilità dell'ultima proposizione; B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 424 ss.; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento*, cit., 168 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 494; P. FREZZA, 'Actio', cit., 28; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 175 s., 497, che specifica che il passo esemplifica il rifiuto dei Bizantini verso l'idea della divisione degli *agri vectigales*; A. BURDESE, voce *Divisione*, cit., 413; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza*, cit., 71 ss., in specie 92; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 265 ss.

<sup>21</sup> In relazione a tale figura v. in termini generali v. G. BRANCA, voce 'Ager vectigalis', in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 414 s.; A. BURDESE, voce *Possesso*, cit., 452 ss., in specie 454. V. inoltre E. ALBERTARIO, *Possesso dell'ager vectigales*, in *Filangieri*, 1912, 814 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, II, Napoli, 1941, 389 ss.); B. BIONDI, *La legittimazione*, cit.,

In tale operazione – chiarisce Ulpiano – è necessario verificare che il terreno sia divisibile in *regiones*.

Il giudice deve tuttavia astenersi dal compiere una simile divisione, altrimenti ciò comporterà confusione sulla prestazione di pagamento del vettigale.

Dalla testimonianza si evince che l'*actio communi dividundo* può essere accordata anche per la divisione di situazioni che 'si avvicinano' al *dominium*<sup>22</sup>, ovvero sia la *possessio* dell'*ager vectigalis*, come risulta da D. 10.3.7 pr., e la proprietà bonitaria<sup>23</sup>.

Tale affermazione merita di essere valorizzata, nel senso che occorre enfatizzare la funzione dell'*adiudicatio* allo scopo di ottenere la *divisio* in rapporto alle quote di spettanza (come visto anche sul terreno possessorio) e il ruolo del *iudex* nella pronuncia delle relative aggiudicazioni.

Appare naturale pensare che il meccanismo divisorio sia concepito per la divisione della *res* in natura. Ciò si verifica sia quando la *res* è suscettibile di frazionamento in porzioni materiali con conseguente attribuzione, sia nel caso in cui tale frazionamento operi comodamente sulla *res*, pertanto senza arrecarle pregiudizio. Infatti, diversamente dalle fattispecie approfondite in D. 10.3.7.3-4, nel frammento ulpiano in commento non viene esclusa in radice la possibilità di esercitare l'*actio communi dividundo*.

Piuttosto, Ulpiano ritiene sconsigliabile che il giudice proceda alla divisione in porzioni materiali del bene tenuto conto delle peculiari caratteristiche dello stesso.

Invero, l'operazione di *divisio* in *regiones* del bene immobile richiederebbe al *iudex*, data la particolare natura della *possessio* dell'*ager vectigalis*,

424 ss., ntt. 1 ss.; E. BASSANELLI, *La colonia perpetua*, Roma, 1933; F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis*, I, *La classicità dell'actio in rem sull'ager vectigalis*, Faenza, 1938; ID., *Studi sull'ager vectigalis*, II, *Il problema dell'usucapibilità degli agri vectigales*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1939; ID., *Studi sull'ager vectigalis*, III, *La trasmissibilità a titolo singolare del 'ius in agro vectig'*, in *Ann. Triestini*, 1940; M. KASER, *Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik*, in *ZSS*, LXII, 1942, 34 ss.; S. SOLAZZI, 'Vectigales Aedes', in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 173 ss. Di recente v. la riedizione di G. GROSSO, *Corso*, cit., 37 ss.

<sup>22</sup> La dottrina non è unanime circa l'applicazione alla fattispecie in parola del *iudicium communi dividundo* in via diretta o in via utile. Ritengono sia in via diretta O. LENEL, *Das 'Edictum'*<sup>2</sup>, cit., 206; B. BIONDI, *La legittimazione*, cit., 426, nt. 7. Diversamente, reputano sia in via utile O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 212, il quale cambia opinione rispetto a quanto affermato in precedenza; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 29 ss., in specie 32; V. ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, cit., 494; G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 180.

<sup>23</sup> V. Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7.2: *Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.*

di spartire a ciascuno, in rapporto alle singole quote, non solo i singoli appezzamenti di terra, ma anche il pagamento del canone, il quale prima della divisione veniva corrisposto da tutti in blocco<sup>24</sup>.

In altri termini, al giudice sarebbe stata richiesta una valutazione tecnica piuttosto complessa – da svolgersi contemperando le caratteristiche fisiche ed economiche del terreno –, che conduce a ritenere più semplice e quindi preferibile, ai fini del raggiungimento del medesimo scopo, una differente modalità operativa.

Oltre all'inequivoca testimonianza dell'applicazione del *iudicium communi dividundo* – diretto o utile – a situazioni di compossesso di un *ager vectigalis* (e anche di compossesso *ad usucapionem*)<sup>25</sup>, il frammento in esame suggerisce una delle possibili declinazioni contenutistiche dell'*adiudicare rem*, ossia una delle modalità attraverso le quali opera la divisione.

In specie, sul presupposto che l'attribuzione *pro quota* di porzioni materiali della *res* – in questo caso porzioni del terreno – risulti inopportuna rispetto alle caratteristiche del bene oggetto di divisione, il giudice procede, ancora una volta, all'aggiudicazione (tramite *adiudicatio*) dell'intera *res* a uno solo dei contendenti e alla condanna dell'aggiudicatario a vantaggio degli altri al pagamento dell'*aestimatio* delle rispettive quote (mediante *condemnatio*).

Anche in questo caso, la pronuncia divisoria, attraverso lo scioglimento della comunione, non si limiterebbe a rimuovere l'incertezza in ordine all'appartenenza della *res*, ma, a ben vedere, provocherebbe, a favore del contendente cui la *res* è aggiudicata, una modifica sul piano sostanziale, consistente nel passaggio dalla comproprietà alla proprietà individuale.

<sup>24</sup> In questa direzione v. anche Iav. 9 *epist.* D. 33.3.4: *Si is qui duas aedes habebat unas mihi, alteras tibi legavit et medius paries, qui utrasque aedes distinguat, intervenit, eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus, ideoque neque me neque te agere posse ius non esse alteri ita immixtas habere: nam quod communiter socius habet, et in iure eum habere constitit: itaque de ea re arbiter communi dividundo sumendus est.* Sul punto in un'ottica simile G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 265 ss.

<sup>25</sup> Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7.2, già citato *supra*, cap. IV, nt. 23.

7. *La divisione di un vestibulum comune a due edifici: la testimonianza di Paul. 6 ad Sab. D. 10.3.19.1*

Nel contesto del *iudicium communi dividundo*, il regime giuridico del condominio è descritto all'interno di numerose testimonianze e sotto molteplici punti di vista, tra cui in particolare quello relativo alle *actiones* ammissibili tra condomini, quali la *cautio damni infecti*<sup>26</sup>, l'*operis novi nuntiatio*<sup>27</sup>, l'*interdictum uti possidetis*<sup>28</sup>.

Il tema meriterebbe una trattazione ben più approfondita. In questa sede, intendo concentrarmi in particolare su una testimonianza paolina, la quale si inserisce perfettamente nel solco delle riflessioni svolte sin qui. Si tratta di:

Paul. 6 *ad Sab. D. 10.3.19.1: De vestibulo communi binarum aedium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat interdum totarum aedium pretium facere, si alias aditum non habeat.*

Nel passo in esame, Paolo chiarisce che senza la volontà di entrambi i contitolari non si deve procedere alla nomina di un giudice per la divisione di un locale di ingresso comune a due edifici, poiché chi venga costretto a partecipare alla licitazione per l'aggiudicazione di tale locale potrebbe talvolta avere la necessità di offrire un prezzo pari a tutto l'edificio, se non abbia un altro ingresso.

La testimonianza riguarda specificamente l'applicazione dell'*actio communi dividundo* per la divisione di un locale di ingresso comune a due edifici.

Al fine della piena comprensione del parere offerto, occorre scindere la testimonianza in due parti.

Da un lato, nella parte centrale del frammento, Paolo – dando per implicita l'indivisibilità materiale della *res* – postula il necessario ricorso alla *licitatio*

<sup>26</sup> Cfr. Ulp. 19 *ad ed. D. 10.3.6.7: Si damni infecti in solidum pro aedibus caveris, Labeo ait communi dividundo iudicium tibi non esse, cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua: quae sententia vera est*, su cui v. G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 168.

<sup>27</sup> Ulp. 19 *ad ed. D. 10.3.6.12: Urseius ait, cum in communi aedificio vicinus nuntiavit, ne quid operis fieret, si unus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam poenam a socio pro parte servare: Iulianus autem recte notat ita demum hoc verum esse, si interfuit aedium hoc fieri*, su cui v. G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 169 s.

<sup>28</sup> Ulp. 71 *ad ed. D. 10.3.12: Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur*, v. G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 168.

per l'aggiudicazione del bene.

Dall'altro lato, nel segmento iniziale si puntualizza il necessario coinvolgimento di entrambi i contitolari per l'esercizio dell'azione divisoria in parola.

A ben vedere, il *vestibulum* comune a due edifici rappresenta una *res* materialmente indivisibile, ossia una *res* non separabile in senso materiale, in quanto la divisione farebbe venir meno l'utilità che i contendenti ricevono dall'uso della medesima.

Per meglio dire, l'indivisibilità in questo caso è giustificata dalla particolare destinazione d'uso del bene, in stretta connessione con la sua utilizzabilità e godibilità da parte di tutti i comproprietari, i quali, per procedere alla divisione, devono essere tutti concordi. Infatti, il giudice, nel pronunciare la divisione, deve tenere in considerazione il principale interesse dei soggetti coinvolti, ossia quello del godimento utile ed effettivo del bene da parte di tutti i condomini.

L'operazione di divisione si realizza avendo riguardo alla natura giuridica della *res*. Il locale di ingresso comune a due edifici ben potrebbe essere suddiviso in parti quanti sono gli edifici di cui è pertinenza, ma l'accesso, in seguito al frazionamento in senso materiale, si rivelerebbe meno comodo per ciascun condividente e, in tal modo, verrebbe meno lo scopo divisorio.

Ecco quindi che lo scioglimento della comunione tramite l'*actio communi dividundo* in relazione a un locale di ingresso comune a due edifici – non precluso anche quando la divisione rende soltanto più difficile il godimento del bene – si verifica secondo una differente modalità, ossia quella tramite l'*adiudicatio* e la *condemnatio*<sup>29</sup>.

In dettaglio, la soluzione offerta da Paolo è quella di procedere all'asta per l'aggiudicazione della *res*, *quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat interdum totarum aedium pretium facere, si alias aditum non habeat*<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> È solo il caso di soggiungere che la stessa logica di procedere nella divisione si rinviene anche nel Codice giustiniano: il riferimento è, tra le altre, a C. 3.37.3.1 Imp. Alexander A. Verecundiano: *Cum autem regionibus dividi aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli aestimatione iusta facta unicuique sociorum adiudicantur, compensatione invicem pretii facta eoque, cui maiores res pretii obvenit, ceteris condemnato, ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emptore admissa, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem profiteatur* (a. 224), dove si precisa che se uno dei condomini ha venduto la quota indivisa di beni in comunione, la *communio* si instaura anche con gli acquirenti. Poi, qualora il bene, *rectius* il fondo, non sia comodamente divisibile, si procede alla stima di esso e si aggiudica a ciascuno dei condividenti; colui il quale riceve, mediante un procedimento di licitazione, una quota di maggior valore, deve corrispondere un conguaglio in denaro agli altri.

<sup>30</sup> Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.1. Sul punto v. più ampiamente *supra*.

8. *La miglior divisione possibile oppure ciò che preferiscono i litigatores: la testimonianza di Ulp. 30 ad Sab. D. 10.3.21*

Le considerazioni sin qui svolte hanno evidenziato la complessità dell'attività dell'*adiudicare rem* svolta dal giudice nel procedere alla divisione.

In tal senso, vengono in rilievo le differenti declinazioni contenutistiche che l'*adiudicatio* – in connessione con l'eventuale *condemnatio* – può assumere<sup>31</sup>. Così facendo, ho potuto delineare le molteplici modalità operative del regime del *iudicium communi dividundo*.

È giunto ora il momento di approfondire l'aspetto della volontà delle parti, già richiamato dall'espressione *litigatores* menzionata in Gai 4.42.

Con riferimento al titolo *Communi dividundo*, le fonti attestano in modo esplicito i criteri che devono guidare il giudice nella pronuncia di divisione. Si veda un frammento ulpiano che così recita:

Ulp. 30 *ad Sab. D. 10.3.21: Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit*<sup>32</sup>.

Nella testimonianza, sintetica nella sua formulazione, Ulpiano precisa che, nel procedere alla divisione dei fondi, è opportuno che il giudice si attenga a ciò che è più utile a tutti o a ciò che preferiscono i *litigatores*<sup>33</sup>.

Si tratta di un testo, non l'unico, nel quale viene esplicitato il profilo della discrezionalità del giudice<sup>34</sup>.

In specie, qui trova definizione il rapporto tra l'*officium iudicis* e la determinazione della volontà dei contendenti<sup>35</sup>. Tale rapporto, precisa Ulpiano, va interpretato nel senso di dare la precedenza a ciò che i contendenti hanno tra loro concordato, allo scopo in ogni caso di realizzare

<sup>31</sup> Gai 4.42, su cui v. *supra*, cap. II.

<sup>32</sup> Cenni al passo sono contenuti in G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 442, nt. 156 e in F. PULITANÒ, *Profili*, cit., 409, nt. 64.

<sup>33</sup> Come accennato, l'impiego del termine *litigatores* compare in Gai 4.42 (su cui v. *supra*, cap. II). Vi è chi, come G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 442, nt. 156, ritiene che la scelta «non può spiegarsi forse altrimenti che sulla base del frequente ricorrere nei giudizi divisorii di controversie sulla questione del *quantum*».

<sup>34</sup> Sui numerosi testi in cui il rilievo della discrezionalità del giudice emerge indirettamente dalla descrizione concreta dei casi v. F. PULITANÒ, *Profili*, cit., in specie 408 ss.

<sup>35</sup> In questa direzione v. anche Iav. 2 *epist. D. 10.3.18: Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*, sul quale v. *infra*, cap. V, § 9.

una divisione che assicuri loro un utile godimento della *res*.

Ciò, a ben vedere, è perfettamente in linea con la definizione di *adiudicatio* nei termini di *adiudicare rem* e con le caratteristiche strutturali che possiede il *iudicium communi dividundo*, tali da renderlo un *unicum* nel contesto del processo privato romano.

Più in particolare, sia lo stretto legame tra *divisio* e *vindicatio*<sup>36</sup>, sia la parificazione delle parti all'interno del giudizio divisorio, cui fa da contraltare la mancanza dell'*intentio* della formula<sup>37</sup>, consentono, a mio parere,

<sup>36</sup> L'assenza di una controversia fra le parti è supportata dallo stretto legame tra *divisio* e *vindicatio* (v. *supra*, cap. I), nel senso di possibilità di accedere al giudizio divisorio soltanto nel caso in cui i condividenti abbiano già risolto in modo pacifico la questione relativa alla contitolarità del diritto.

<sup>37</sup> L'assenza di contrapposizione tra le parti altro non significa che nel giudizio divisorio manchi una *res litigiosa*, a tal punto che risulta impossibile distinguere tra attore e convenuto. A questo proposito si parla di *iudicium duplex*. V. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 5.1.13; Ulp. 8 *ad ed. D.* 3.3.15.1; Iul. 51 *dig. D.* 10.1.10; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.2.1.1; Paul. 23 *ad ed. D.* 10.2.27; Ulp. 19 *ad ed. D.* 10.2.2.3; Paul. 2 *quaest. D.* 10.2.36; Paul. 6 *ad Sab. D.* 10.2.44.4; Ulp. 2 *ad ed. D.* 10.2.55; Ulp. 4 *ad ed. praet. D.* 44.7.37.1. Sul punto v. E. ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und gemeinen Deutschen Rechts*, Berlin, 1870, 89; LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 208, nt. 2; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>9</sup>, Milano, 1932, 560; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 345 s. Tuttavia, nel contesto del titolo *Communi dividundo* centrale è la testimonianza prevista in Gai. 7 *ad ed. prov. D.* 10.3.2.1: *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*, su cui v. E. REDENTI, *Pluralità*, cit., 72 ss.; P. FREZZA, 'Actio', cit., 11; un cenno anche in L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, in specie 130; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 384, nt. 35 ss. Nella testimonianza gaiana è presentata sotto forma di dubbio la questione relativa alla possibilità di determinare un attore nell'ambito dell'*actio communi dividundo*. Più in dettaglio, Gaio si interroga su quale possa considerarsi il criterio per stabilire *quis actor intellegatur*. A questo proposito, il giurista risponde che l'opinione prevalente è quella secondo cui sia da considerarsi attore chi ha assunto l'iniziativa processuale, ossia *qui ad iudicium provocasset*. Se dunque la pari posizione delle parti nel processo divisorio – anche alla luce della numerosità di fonti menzionate – appare così univocamente attestata, vale la pena di chiedersi il perché di tale esitazione. A questo proposito, ritengo che il criterio individuato – sia esso quello della priorità dell'iniziativa processuale, sia esso quello del sorteggio – debba considerarsi meramente formale. Vi sono infatti almeno due esigenze funzionali alla fase *in iure* del processo formulare, le quali dispiegano la necessità di riproporre in modo fittizio, anche nel giudizio divisorio, la contrapposizione delle parti. Tale caratteristica poi, in aggiunta alla loro sostanziale parità di posizione sarebbe allora da riconnettere al carattere non contenzioso del *iudicium*. Invero, tale soluzione poteva dirsi rilevante, da un lato, a decretare a chi, spettasse al momento della *litis contestatio*, provvedere a *dictare iudicium* (Ulp. 19 *ad ed. D.* 10.2.12; Ulp. 19 *ad ed. D.* 10.2.14 pr.; Ulp. 19 *ad ed. D.* 10.2.16.3; Iul. 8 *dig. D.* 10.2.51); dall'altro, per individuare chi poteva richiedere l'inserimento nella formula di un'*exceptio* volta all'interruzione del giudizio (v. Ulp. 19 *ad ed. D.* 10.3.6.9; Paul. 3 *ad Plaut. D.* 10.3.14.3). V. in tal

di mettere in rilievo il ruolo dell'accordo fra le parti rispetto alla *quaestio* di diritto.

Tale accordo infatti incide lungo tutto lo svolgimento del giudizio divisorio. In specie, la volontà delle parti rileva con riferimento ai presupposti per l'insaturazione del giudizio, ossia il reciproco riconoscimento della titolarità di un diritto, della stessa natura, sulla *res communis*.

L'accordo delle parti però influisce anche sulla definizione del giudizio, quando il giudice pronuncia l'aggiudicazione sulla base del comune accordo dei condividenti o, in ogni caso, privilegiando la massima utilità per tutti i partecipanti al giudizio medesimo, avuto riguardo alle peculiari caratteristiche della *res*<sup>38</sup>.

9. Ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest: *la testimonianza di Iav. 2 epist. D. 10.3.18*

Il profilo della discrezionalità dell'organo giudicante integra, come visto, un aspetto centrale nella presente indagine. A questo proposito, è il caso di fare ora riferimento a una testimonianza idonea a richiamare in modo esplicito il cd. *officium iudicis*.

Mi riferisco al frammento contenuto in D. 10.3.18, di cui si riporta la formulazione:

*Iav. 2 epist. D. 10.3.18: Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*<sup>39</sup>.

A ben vedere, si tratta di un limite che, per un verso, si ricava implicitamente dalle singole fattispecie divisorie dianzi approfondite, nonché

senso P. FREZZA, 'Actio', cit., 49; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 385, nt. 37. Più di recente, M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 319, nt. 137.

<sup>38</sup> Sul punto v. *supra*, cap. IV.

<sup>39</sup> Sul passo, integrante per parte della dottrina una fattispecie del *litem suam facere*, v. tra gli altri, J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 106 ss.; A. D'ORS, 'Litem suam facere', in *BIDR*, XLVIII, 1982, in specie 272; F. DE MARTINO, 'Litem suam facere', in *BIDR*, XCI, 1988, in specie 31; F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di 'litem sua facere'*, in *Labeo*, XXXVI, 1990, 228. Più di recente, R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004, 245 ss. V. inoltre, in una diversa prospettiva, G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 267 s., la quale ritiene che «tra le regioni risultanti dalla divisione di un fondo si possano imporre servitù è cosa risaputa e dallo stesso Ulpiano attestato altrove»; F. PULTANÒ, *Profili*, cit., 414 ss.

da quelle che saranno analizzate nel prosieguo della ricerca relative all'applicazione dell'*actio communi dividundo* a un fondo gravato da usufrutto o da pegno. Per altro verso, tale limite incontra nel frammento d'anzì richiamato un'attestazione puntuale.

Infatti, nel passo – che stando a Lenel dovrebbe collegarsi a Iav. 2 *epist.* D. 8.6.15<sup>40</sup> e a Iav. 2 *epist.* D. 16.2.15<sup>41</sup> – Giavoleno, senza dettagliare in modo preciso i contorni del caso di specie, precisa che il giudice, *rectius* l'*arbiter* nella prima parte del testo, deve pronunciarsi sulla spettanza del fondo (ereditario o meno non è specificato), senza potersi spingere a costituire una servitù a carico del fondo medesimo, in quanto la *potestas iudicis* non può andare oltre quanto specificamente dedotto in giudizio.

In proposito, mi sembra colga nel segno la ricostruzione del brano proposta da Francesca Pulitanò, secondo la quale «la supposizione che si potrebbe avanzare è nel senso che il fondo non ereditario (A) appartenga, per vicende pregresse, ad un soggetto, che – in accordo con le tradizionali ricostruzioni della formula – si potrebbe chiamare Tizio, e che quello ereditario (B), intercluso, appartenga per successione allo stesso Tizio, ma in comproprietà con il fratello Seio. Si ipotizzi, ancora, che i due fratelli agiscano *communi dividundo* per la divisione di B e che in questa sede l'arbitro decida di aggiudicare il fondo al socio Seio, con relativi conguagli in denaro a favore del fratello»<sup>42</sup>.

Ebbene, al termine del giudizio, poiché i fondi appartengono a due diversi proprietari, si rende necessaria la costituzione di una servitù; ipotesi che, tuttavia, viene negata da Giavoleno.

Quel che preme evidenziare riguarda più strettamente la seconda parte del testo, ove, come già sottolineato in letteratura, Giavoleno, pur riferendosi a un giudizio arbitrale, «parla subito dopo, in termini ampi, di *potestas iudicis*»<sup>43</sup>.

Tale considerazione, se, da un alto, potrebbe condurci a ritenere come

<sup>40</sup> Iav. 2 *epist.* D. 8.6.15: *Si, cum servitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum adquisivi, manere servitutem puto, quia totiens servitus confunditur, quotiens uti ea is ad quem pertineat non potest: medio autem fundo adquisito potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeatur.*

<sup>41</sup> Iav. 2 *epist.* D. 16.2.15: *Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari. respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.*

<sup>42</sup> F. PULITANÒ, *Profili*, cit., 415.

<sup>43</sup> F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 228, nt. 35.

vi fosse una sostanziale equiparazione di poteri tra il *iudex* e l'*arbiter*<sup>44</sup>, dall'altro lato, mostra in modo inequivoco come l'aspetto inerente all'estensione della discrezionalità dell'organo giudicante integri un problema già fortemente percepito dalla sensibilità dei giuristi classici, i quali, come di consueto, senza spingersi a considerazioni di carattere generale, riconducono le attribuzioni dell'organo giudicante nello specifico contesto del *iudicium communi dividundo* entro i confini della formula<sup>45</sup>, avuto riguardo alle concrete caratteristiche della *res* oggetto della divisione.

In altre parole, al di fuori dell'esclusiva discrezionalità riconosciuta al *iudex* con riferimento a taluni profili (determinazione del prezzo, promozione di un'asta), l'*officium iudicis* si muove su un terreno spiccatamente processuale, entro i confini individuati dalla formula.

#### 10. Conclusioni parziali sul concetto di divisione 'impossibile', 'quasi impossibile' o 'inopportuna'

È utile ora offrire uno sguardo d'insieme sulle testimonianze approfondite.

In questo capitolo ho focalizzato l'attenzione sull'operatività del *iudicium communi dividundo* allo scopo di ottenere la divisione della *res*.

Diverse sono state le fattispecie analizzate, ciascuna con un proprio regime.

In primo luogo, si è presa in esame la fattispecie individuata dalle *res* non soggette a divisione, quali la *possessio* dei predoni e di coloro che possiedono clandestinamente. Si tratta di ipotesi di *possessio iniusta* per le quali l'esercizio del *iudicium communi dividundo*, anche in via utile, è precluso<sup>46</sup>.

A questo proposito, è chiara la *ratio* della legittimazione all'*actio communi dividundo* ai soli possessori *ex iusta causa*: la *possessio ex iusta*

<sup>44</sup> In questo senso v. di recente F. PULITANÒ, *Profili*, cit., 416.

<sup>45</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *L'onere*, cit., 349 ss., in specie 412, ove lo studioso, con riferimento alla distribuzione dell'onere della prova concernente i fatti allegati in giudizio, nonché alla disciplina dei mezzi di prova, precisa che il giudice deve rispettare sia le eventuali indicazioni fornite dai giuristi, sia le regole generali previste in materia, le quali erano «giuridicamente vincolanti, giacché facevano parte di quel ricchissimo tessuto, formato dalle norme consuetudinarie riconosciute ed elaborate dalla giurisprudenza, che costituiva il supporto delle disposizioni autoritative e le connetteva e le integrava».

<sup>46</sup> V. Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7.3-4.

*causa* infatti si può considerare un valore che può essere diviso, mentre la *possessio iniusta* – nei casi descritti dei *praedones* e della *possessio clam* – non può considerarsi tale, in quanto non potrà mai trasformarsi in *dominium ex iure Quiritium*, dunque in una signoria stabile.

In secondo luogo, la fattispecie di *res* divisibili in senso materiale, il cui prototipo è rappresentato dal fondo<sup>47</sup>.

In dettaglio, l'applicazione dell'*actio communi dividundo* conduce al frazionamento in parti materiali del fondo e all'attribuzioni delle stesse ai contendenti, secondo le loro quote (*divisio* mediante *adiudicatio* della *res*.)

In terzo luogo, la fattispecie di *res* la cui divisione in parti materiali non opera, quali il fondo in comune non opportunamente divisibile<sup>48</sup>, ovvero *res* non suscettibili di divisione materiale, cioè il servo in comune<sup>49</sup>.

In questi casi, il giudice, non potendo aggiudicare ai contendenti, in base alle quote spettanti a ciascuno, le singole porzioni in proprietà esclusiva, attribuisce l'intera *res* a uno solo dei contendenti, condannando quest'ultimo al pagamento dell'*aestimatio* delle rispettive quote a favore degli altri (*divisio* mediante *adiudicatio* e *condemnatio* della *res*).

In quarto luogo, la fattispecie di *res* la cui divisione materiale della *res* è talmente difficile da essere ritenuta quasi impossibile<sup>50</sup>: si tratta di *res* la cui divisione risulta inopportuna, a fronte delle sue peculiari caratteristiche, come nel caso dell'*ager vectigalis*<sup>51</sup> e del *vestibulum*<sup>52</sup>.

In queste circostanze, il frazionamento materiale della *res* recherebbe pregiudizio alla *res*; il giudice dovrebbe astenersi dall'*adiudicare* ai composessori le porzioni di appezzamento corrispondenti alla quota di ciascuno. Dunque, essendo la *res* non suscettibile di frazionamento in senso materiale, la divisione opererà, ancora una volta, mediante l'attribuzione della proprietà esclusiva dell'intera *res* a uno dei litiganti e la condanna dell'aggiudicatario alla compensazione pecuniaria degli altri (*divisio* mediante *adiudicatio* e *condemnatio* della *res*).

Con riferimento a quest'ultima modalità operativa, ossia in tutti i casi in cui la divisione materiale della *res* risulti impossibile, quasi impossibile o inopportuna, il giudice potrà anche procedere alla vendita della *res*, con successiva spartizione del ricavato tra tutti i contendenti. In specie, egli dovrà valutare la *res* secondo il suo giusto prezzo e dovrà anche provvedere

<sup>47</sup> V. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.17, con specifico riferimento all'inciso finale del frammento.

<sup>48</sup> V. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.17, nella sua prima parte.

<sup>49</sup> V. Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.9; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.3; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.3.

<sup>50</sup> V. Ulp. 2 *ad ed.* D. 10.2.55.

<sup>51</sup> V. Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7 pr.

<sup>52</sup> V. Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.1.

affinché i contendenti prestino garanzia per l'evizione<sup>53</sup>.

In definitiva, le differenti modalità attraverso le quali si sviluppa la divisione prendono corpo a seconda del tipo di *res* oggetto di divisione e contribuiscono a definire, nel loro insieme, il contenuto plastico dell'*adjudicare rem*, così come descritto in Gai 4.42 e, quindi, a caratterizzare in senso regolativo il ruolo del *iudex communi dividundo*.

---

<sup>53</sup> V. Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.10.2.



## CAPITOLO QUINTO

### *L'actio communi dividundo e la divisione per quote ideali: il caso dell'usufrutto e del pegno*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. La divisione di un fondo comune gravato da usufrutto: la testimonianza di Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.10 – 3. Lab. 2 *post. a lav. epit.* D. 33.2.31 e la (non) divisibilità dell'usufrutto su fondo indiviso. Un'ipotesi di *ius controversum* – 4. La rilevanza della fattispecie individuata in Lab. 2 *post. a lav. epit.* D. 33.2.31 – 5. Il confronto tra le soluzioni di Trebazio nel senso della costituzione dell'usufrutto sulla sola quota dell'erede e di Labeone nel senso della permanenza dell'usufrutto sull'intero – 6. Esito del giudizio divisorio: distinzione tra piano sostanziale e processuale – 7. Il fondo comune gravato da pegno: la testimonianza di Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.8 – 8. Le sorti del diritto reale di garanzia a seguito della divisione – 9. Conclusioni parziali sugli effetti dell'*adiudicatio*.

#### 1. *Premesse*

La lente di lettura offerta dalla divisibilità (o indivisibilità) materiale della *res* si distingue da quella individuata dalla divisibilità per quote ideali; quest'ultima – come già precisato – concerne l'applicazione dell'*actio communi dividundo* ai diritti reali<sup>1</sup>.

Nel precedente capitolo ho avuto modo di verificare l'operatività del *iudicium communi dividundo* con riguardo a *res* in proprietà. Si tratta ora di comprendere il concreto funzionamento della divisione di un fondo comune gravato da usufrutto o da pegno<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *supra*, cap. III, § 2.

<sup>2</sup> Per completezza occorre segnalare che nel titolo *Communi dividundo* sono presenti anche testimonianze relative al diritto d'uso (Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.10.1: *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.*) e al diritto di servitù (Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.4: *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,*

In specie, ritengo di concentrare lo sguardo su alcune testimonianze idonee a mettere in evidenza come l'esito del giudizio divisorio sia – ancora una volta – strettamente collegato, da un lato, alla *res*, dunque alle caratteristiche e alla natura di quest'ultima, dall'altro, allo scopo della divisione stessa.

In aggiunta, si evidenzierà l'esistenza di *ius controversum* circa gli effetti dell'*adiudicatio* del *iudex/arbiter* in relazione alla divisione di un fondo comune gravato da usufrutto o da pegno.

Se, infatti, da un lato, può ritenersi che per effetto dell'*actio communi dividundo* il contendente acquisti la proprietà esclusiva sulla porzione di bene a lui assegnata all'esito del giudizio divisorio, dall'altro, in relazione alle ipotesi dianzi richiamate, emergerà un contrasto di opinioni circa la pienezza dell'effetto divisorio, tale da incidere sulla lettura tradizionalmente univoca della funzione dell'*adiudicatio* in termini costitutivi.

Ma si proceda con ordine.

## 2. La divisione di un fondo comune gravato da usufrutto: la testimonianza di Ulp. 19 ad ed. D. 10.3.6.10

Come anticipato, spostando l'attenzione sulle applicazioni del *iudicium communi dividundo* all'area dei diritti reali limitati, intendo soffermarmi in primo luogo sull'usufrutto; più nello specifico, sull'ipotesi della divisione di un fondo comune gravato da usufrutto<sup>3</sup>.

---

*veluti cum is cuius fuerunt plures heredes reliquit: quod cum accidit, consentaneum est et ea in arbitrio familiae eriscundae venire, nec videre inquit Pomponius, quare minus in communi dividundo quam familiae eriscundae iudicium veniant. igitur in huiusmodi speciebus etiam in communi dividundo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura aut temporibus dividantur, cui è possibile ricollegare l'ipotesi affine relativa alla divisione di un pozzo prevista in Ulp. 19 ad ed. D. 10.3.4.1: De puteo quaeritur an communi dividundo iudicio agi possit: et ait Mela ita demum posse, si solum eius commune sit.).*

<sup>3</sup> In tema di usufrutto la letteratura è cospicua. In termini generali v. G. PUGLIESE, voce *Usufrutto* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 316 ss.; N. SCAPINI, voce *Usufrutto* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1088 ss. Tra gli altri v., inoltre, M. PAMPLONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR*, 1910, XXII, 109 ss.; G. GROSSO, *Problemi costruttivi e sistematici dell'usufrutto nel diritto romano*, in *SDHI*, IX, 1943, 157 ss.; ID., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1958; B. BIONDI, 'Usufructus', in *Iura*, IV, 1954, 214 ss.; M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962; ID., *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967. Più di recente, R. LA ROSA, 'Usus fructus'. *Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008; S. PIETRINI, 'Deducto usu fructo'. *Una nuova ipotesi*

Nel titolo *Communi dividundo* la fattispecie è menzionata all'interno di un frammento di Ulpiano. Si veda la formulazione del passo:

Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.10: *Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usum fructum adiudicet*<sup>4</sup>.

Il caso presentato dal giurista severiano appare semplice nei suoi contorni generali: in forza dell'ufficio del giudice può anche darsi l'ipotesi di un giudizio divisorio al termine del quale il medesimo *iudex* aggiudichi a un soggetto la nuda proprietà del fondo e all'altro il diritto di usufrutto.

Al di là della stringatezza del brano – che stando a Lenel dovrebbe collegarsi a Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.8-9<sup>5</sup> –, conta qui sottolineare alcuni dati.

Innanzitutto, particolare rilievo merita l'esplicito riferimento all'*officium iudicis*: l'operare dell'*adiudicatio* e le conseguenze giuridiche da essa prodotte sono direttamente imputabili alla figura del giudice che pronuncia la divisione.

Poi, occorre dare risalto al peculiare effetto prodotto della sentenza divisoria: infatti, in questo caso, l'aggiudicazione non si realizza mediante

---

*sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008; F. ZUCCOTTI, *Una nuova ipotesi sulla nascita dello 'ius utendi fruendi'* (Vivagni. VIII), in *Riv. dir. rom.*, VIII, 2008, 15 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7.1.6.1: *Constitutur adhuc usus fructus et in iudicio familiae eriscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usum fructum*; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.16 pr.: *Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a comunione usus fructus discedere, morem eis gerat cautionibus interpositis. 1. Iulianus ait, si alii fundum, alii usum fructum fundi iudex adiudicaverit, non communicari usum fructum*. Sul passo v. G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 311 nt. 64, dove puntualizza che «in tutti questi casi l'usufrutto forma oggetto di *adiudicatio* non in quanto *venit in familiae eriscundae* (o *communi dividundo*) *iudicium*, ma in quanto esso è, proprio mediante tale atto, costituito a favore di uno o più condividenti. A questo modo di costituzione dell'usufrutto di riferimento in termini generali F.V. 47a e 49». Con riferimento all'ipotesi di un *iudicium communi dividundo* in funzione di divisione dell'usufrutto v. infatti Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7.7. Sul punto v. tra i molti G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., in specie 326 ss.

<sup>5</sup> Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.8: *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. 9. Idem Iulianus scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit et communi dividundo agere coeperit, pigneraticia exceptione eum summoveri debere: sed si exceptione usus non fuero, officium iudicis erit, ut, cum debitori totum hominem adiudicaverit, partis aestimatione eum condemnet. manere enim integrum ius pignoris: quod si adiudicaverit iudex mihi, tanti dumtaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit quam pecunia credita, et debitorem a me iubeat liberari.*

l'attribuzione in senso materiale di porzioni della *res*, ma opera sul piano intellettuale, attraverso la suddivisione per quote ideali dei diritti coinvolti in tale operazione, per cui il *iudex* assegna a un condividente il fondo, *rectius* il diritto di nuda proprietà sul fondo, e all'altro l'usufrutto sul medesimo fondo.

Concentrandosi sulle sorti del giudizio divisorio, la soluzione appare chiara: il giudice, mediante *adiudicatio*, può estendere il suo *officium* fino ad aggiudicare a un comproprietario l'intero fondo e a costituire l'usufrutto a vantaggio dell'altro. L'usufrutto, però, a seguito della divisione, permane integro sull'intero fondo.

Certamente, non si può tacere il fatto che una divisione siffatta è idonea a conservare tanto il profilo strutturale quanto quello economico-funzionale della *res*, la quale al termine del giudizio non risulta in alcun modo pregiudicata.

Tuttavia, l'esito della divisione, e dunque anche la funzione dell'*adiudicatio*, meritano qualche precisazione.

*Prima facie*, l'effetto del *iudicium communi dividundo* sembra non poter travalicare la realtà della *res* dedotta in giudizio, ovvero, in altri termini, l'efficacia della pronuncia divisoria sembra dover cedere il passo alla natura reale dell'oggetto di divisione.

Per meglio dire, ciò che Ulpiano sembra suggerire si può spiegare in questi termini: il punto di vista sostanziale del frammento, ancorato alle peculiari caratteristiche e alla natura della *res* oggetto di divisione – il fondo gravato da usufrutto – prevale su quello processuale, nel senso che la *res* non viene in alcun modo alterata o modificata in forza dell'aggiudicazione. Si tratta di un'affermazione che risulterà più chiara nello studio del passo previsto in *Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31*.

### 3. *Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31 e la (non) divisibilità dell'usufrutto su fondo indiviso. Un'ipotesi di ius controversum*

Gli esiti ora tratteggiati con riguardo all'applicazione dell'*actio communi dividundo* all'ipotesi di divisione di un fondo comune gravato da usufrutto – prospettata da Ulpiano in *D. 10.3.6.10* – non sembrano essere però condivisi unanimemente in seno alla giurisprudenza romana.

Il contrasto di opinioni che caratterizza i *prudentes* appare evidente se si confronta il precedente passo ulpiano con il tenore del frammento contenuto in *Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31*, ove è riportata la disputa tra

Bleso e Trebazio Testa, da un lato, e Antistio Labeone, dall'altro, proprio con riferimento a un legato di usufrutto sull'intero fondo.

Prima di affrontare i numerosi problemi che il brano pone, si veda la formulazione dello stesso:

*Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31: 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<sup>6</sup>.*

La fattispecie è la seguente: Tizio e Caio hanno un fondo in comproprietà; Tizio lega l'usufrutto sull'intero fondo – in quanto non specificato

<sup>6</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 304, f. 176. Sul passo v. A. PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, 1873, in specie 72; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 8; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 409 s.; S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui Libri Posteriores di Labeone*, in *BIDR*, LI-L, 1947, 277 ss., in specie 311 s.; G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, LXVI, 1948, 599 ss., in specie 608; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 23 s., 44, 94 s, 355, 510 nt. 96; ID., *L'effetto<sup>2</sup>*, cit., 50 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto<sup>2</sup>*, cit., in specie 19; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 68 ss.; M. KASER, *Recensione a M. BRETONE, La nozione romana*, I, cit., in *Labeo*, IX, 1963, 370; G. GROSSO, *Recensione a M. BRETONE, La nozione romana di usufrutto*, I, cit., in *SDHI*, XXIX, 1963, 350; F. GALLO, *Recensione a M. BRETONE, La nozione romana di usufrutto*, I, cit., in *BIDR*, LXVI, 1963, 207; A. WATSON, *The Law of Property in the later Roman Republic*, Oxford, 1968 (rest. Aalen, 1984), 217. Un cenno anche in M. VANZETTI, *Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, in specie 291 nt. 2; W.M. GORDON, *D. 33.2.31. Usufruct and common property*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 307 ss.; P. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR*, LXXVII, 1974, 378 s.; C. ORIO, *Lasciti di 'usus fructus' in funzione di rendita*, in *Index*, IX, 1980, 233 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., in specie 160. Più di recente, S. PIETRINI, *'Deducto usu fructu'. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, cit., 6 ss.; M. VINCI, *Un'ipotesi di glossema 'interpretativo': l'assimilazione dell'usufrutto alla 'pars rei' in D. 7.1.33 (Pap. 17 quest.)*, in *Index*, XXVI, 2008, 211 ss.; R. LA ROSA, *'Usus'*, cit., 12 ss.; M. VINCI, *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pignolipoteca su bene indiviso*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 77 ss., in specie 90 ss; R. D'ALESSIO, *'Un dogma'*, cit., in specie 8 s., nt. 25.

diversamente *usum fructum fundi uxori legaverat*<sup>7</sup> – alla moglie. Tizio muore e la sua quota indivisa di comproprietà si trasmette all’erede gravata dall’usufrutto che Tizio ha legato a favore della moglie. L’erede, nudo proprietario, al fine di tutelare le proprie pretese, decide di agire per la divisione dello stesso fondo.

Si pone il problema circa le sorti del diritto reale limitato a seguito dell’aggiudicazione, ossia il dubbio se l’usufrutto della moglie, non coinvolta nel giudizio divisorio, continui a permanere sull’intero fondo per una quota ideale, oppure se lo stesso usufrutto si trasferisca sulla sola parte di fondo attribuita all’erede.

Bleso riporta l’opinione di Trebazio Testa secondo il quale se l’*arbiter* divide materialmente il fondo aggiudicando parti determinate dello stesso a favore dei due contitolari-contendenti nel *iudicium communi dividundo*, l’usufrutto a favore della moglie legataria sarà costituito sulla sola quota parte dell’erede, lasciando libera da usufrutto la porzione aggiudicata a Caio. In specie, il giudice, in forza dell’*adiudicatio*, attribuirebbe al comproprietario Caio la metà del fondo, all’erede l’altra metà del fondo (*rectius*, la nuda proprietà della metà del fondo) e alla moglie – rimasta però estranea al giudizio divisorio – l’usufrutto sulla sola metà del fondo di proprietà dell’erede.

Labeone, diversamente, ritiene che l’usufrutto non venga intaccato dal giudizio divisorio, continuando a permanere, per una quota di metà, su entrambe le porzioni di fondo risultanti dalla divisione: infatti, *cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset*, poiché l’arbitro *non potuisse inter alios iudicando alterius ius mutare*<sup>8</sup>. La pronuncia di divisione condurrebbe in questo caso all’attribuzione della nuda proprietà su metà del fondo a vantaggio del comproprietario Caio, della nuda proprietà su metà del fondo all’erede e dell’usufrutto sull’intera *res* a favore della moglie legataria.

<sup>7</sup> Per la piena comprensione degli effetti di quanto previsto nel passo oggetto di indagine non può tacersi il riferimento a Paul. 1 *ad Sab.* D. 30.1.5.1: *Labeo ait, cum certa res aut persona legatur ita: 'qui meus erit cum moriar, heres dato' et communis sit, totum deberi. Trebatium vero respondisse partem deberi Cassius scripsit, quod et verius est.* 2. *Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed 'meum' nominaverit, portionem deberi constat*, su cui v. P. FREZZA, *L’istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 533 ss.; G. SEGRÈ, *Corso*, cit., 6; M. BRETONE, *‘Consortium’*, cit., 187 ss.

<sup>8</sup> Lab. 2 *post. a lav. epit.* D. 33.2.31.

#### 4. La rilevanza della fattispecie individuata in Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31

Come testé evidenziato, la fattispecie dedotta in D. 33.2.31 è particolarmente complessa e la letteratura ne ha evidenziato la rilevanza sotto differenti prospettive.

In primo luogo, vi è chi sottolinea la centralità del frammento al fine di portare alla luce la concezione primigenia dell'usufrutto. Molto brevemente, senza spingersi a tracciare le linee del processo storico di genesi di tale *ius in re aliena*, basti dire che quest'ultimo sembra verisimilmente sorto per realizzare uno scopo alimentare, al fine di provvedere al mantenimento della vedova<sup>9</sup>. Invero, come nel caso di D. 33.2.31, l'applicazione prevalente è quella del legato a favore della vedova, per la durata della sua vita<sup>10</sup>.

In secondo luogo, vi è chi valorizza il brano allo scopo di chiarire il cd. effetto pregiudiziale o normativo della sentenza al termine di un processo privato, ritenendo, nello specifico, che tale passo possa «quindi bene valere come testimonianza degli effetti normativi della sentenza *per legis actiones*»<sup>11</sup>.

In altre parole, la soluzione offerta da Trebazio dimostrerebbe l'efficacia della sentenza *erga omnes*, dunque anche rispetto a un soggetto terzo,

<sup>9</sup> Cfr. Cic. *Caec.* 4.11; 7,19; Cic. *top.* 3.17; 4.21. V. in termini generali G. PUGLIESE, voce *Usufrutto*, cit., 316 ss.; N. SCAPINI, voce *Usufrutto*, cit., 1088 ss. Inoltre, tra i molti, v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, in specie 59 ss.; P. MASSON, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, in *RHD*, XIII, 1934, 3 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 13 ss.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 20 ss.; C. ORIO, *Lasciti di 'usus fructus' in funzione di rendita*, cit., 233. Più di recente, M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, cit., 302 ss.; R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 12 ss.; S. PIETRINI, '*Deductio*', cit., 6 ss.

<sup>10</sup> In tema di costituzione dell'usufrutto mediante legato v. G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 341 ss.; ID., *I legati*<sup>2</sup>, Torino, 1962, 283 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, II, Milano, 1963, in specie 311 ss.

<sup>11</sup> M. MARRONE, *L'effetto*, cit., 50 ss., in specie 51, dove lo studioso ritiene che «il parere di Trebazio concerne l'*actio communi dividundo*, per la quale è certo che, ancora ai tempi di Cicerone, fosse in uso la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, anzi si deve ritenere che questa costituisse, per i giudizi divisorii, l'unica forma processuale riconosciuta dal *ius civile*. A noi sembra sicuro che il responso di Trebazio si riferisse ad una *actio communi dividundo* esperita secondo il rito della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*». V. inoltre M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, cit., 110 ss.; G. BROGGINI, '*Iudex*', cit., 66 ss., 94 ss. *Contra*, v. M. KASER, *Recensione a M. MARRONE, L'efficacia*, cit., in *IURA*, VII, 1956, 218; G. BROGGINI, *Recensione a L'efficacia*, cit., in *ZSS*, LXXIV, 1957, 455, i quali ritengono probabile che il frammento si riferisse al processo *per formulas*.

rimasto estraneo al giudizio divisorio. L'oggetto del diritto di usufrutto della moglie, infatti, risulterebbe modificato al termine del *iudicium*, andando a gravare non più su una quota *pro indiviso* del fondo, ma sulla porzione del fondo stesso assegnata all'erede.

In terzo luogo, vi è chi scarta la rilevanza del frammento e ritiene che esso non possa dirsi utile al fine di indagare la specifica questione della divisibilità di tale diritto reale<sup>12</sup>.

Infine, vi è chi lo pone in evidenza in quanto idoneo a far emergere la mutata concezione con riferimento al concetto di comproprietà<sup>13</sup>. A questo proposito, non si può di certo dubitare del fatto che la corretta individuazione del presupposto della fattispecie sostanziale – la natura della comproprietà su un fondo indiviso nei termini di *consortium ercto non cito* ovvero di *communio* classica – integri un aspetto non marginale per la risoluzione del problema circa le sorti della *res* a seguito della divisione<sup>14</sup>.

Tuttavia, all'interno di tale orizzonte tematico, intendo concentrarmi sui risvolti strettamente ricollegati al tema della divisione e dunque riflettere sulle conseguenze che si vengono a produrre sulla *res* a seguito dell'esercizio dell'azione divisoria alla luce della controversialità delle soluzioni proposte.

### 5. Il confronto tra le soluzioni di Trebazio nel senso della costituzione dell'usufrutto sulla sola quota dell'erede e di Labeone nel senso della permanenza dell'usufrutto sull'intero.

Come chiarito, la fattispecie contemplata nel frammento rappresenta un'ipotesi di *ius controversum*: da un lato, l'opinione di Trebazio Testa, supportato da un tale Bleso, e, dall'altro, quella di Labeone, condivisa da Giavoleno in base a quel *quod et receptum est*.

Innanzitutto, sembra di poter affermare che il parere viene offerto su richiesta del comproprietario che, a seguito della successione dell'erede e del legatario, decide di stabilizzare la situazione per quanto concerne le

<sup>12</sup> V. A. WATSON, *The Law*, cit., 217 ss.

<sup>13</sup> W.M. GORDON, *D. 33.2.31. Usufruct*, cit., in specie 310 ss., dove lo studioso precisa che «a possibility which suggests itself is a difference in the view of *Trebatius* and *Labeo* on the right of common ownership. The *ius accrescendi* admitted in certain situations in classical law points to what seems an earlier conception of common ownership in which each co-owner is regarded as having a right in the whole thing limited by the rights of the other co-owners, rather than a right in an undivided share of the thing».

<sup>14</sup> Sul punto, tra i molti, v. M. BRETONE, '*Consortium*', cit., 163 ss. Cfr. *supra*, cap. III.

sorti della sua metà del fondo.

Secondo la soluzione di Trebazio, se la divisione tra il comproprietario e l'erede si verifica mediante l'attribuzione di porzioni reali del fondo (*si certis regionibus fundum divisisset*), si pone il problema circa il destino dell'usufrutto.

A questo proposito, Trebazio precisa che l'esercizio dell'*actio communi dividundo* conduce alla costituzione del diritto di usufrutto – oggetto di legato a favore della moglie – sulla sola porzione di fondo assegnata all'erede.

Più in dettaglio, il giurista repubblicano chiarisce che l'effetto del giudizio divisorio si traduce nell'accorpamento o, in altre parole, nella concentrazione del diritto reale sulla sola porzione dell'erede.

Se, dunque, prima della divisione, l'usufrutto insiste *pro indiviso* sull'intero fondo, tramite il giudizio divisorio esso viene a costituirsi sulla sola quota spettante all'erede.

Per utilizzare le parole di Vinci, «con un parallelismo meramente descrittivo, si potrebbe arrivare a sostenere che le vicende del fondo comune, dopo la divisione, e quelle dell'usufrutto, costituito *pro parte pro indiviso*, seguano, nella linea di Trebazio, un percorso invertito: da un lato la *res*, che prima era unitaria, viene divisa in due appezzamenti, dall'altro l'usufrutto – originariamente costituito sull'intero fondo – viene 'concentrato' solo sulla porzione assegnata all'avente causa dal costituente; il paradosso è la 'personalizzazione' del diritto reale che segue non la *res*, ma la persona»<sup>15</sup>.

Diversamente, Labeone ritiene che l'esercizio dell'*actio communi dividundo* per la divisione del fondo comune gravato da usufrutto non incide sulle sorti di quest'ultimo diritto, che continua a gravare per metà sull'intero fondo, non dovendosi limitare alla sola quota parte dell'erede.

Rispetto all'impostazione di Trebazio, il parere di Labeone sembra guardare proprio agli effetti che si producono con la divisione sui diritti reali coinvolti in una sentenza *inter alios*. Si precisa infatti che l'usufruttuario – a differenza del proprietario che vede assegnarsi una quota del fondo su cui in precedenza alla divisione vantava una titolarità *pro indiviso* – non può vedersi modificato il proprio diritto originariamente costituito sull'intero fondo in quanto estraneo al giudizio divisorio. In altri termini, il giudizio divisorio se, per un verso, può condurre alla divisione materiale del fondo in due porzioni, per altro, non può in alcun modo intaccare l'originaria costituzione dell'usufrutto sull'intera *res*<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Così M. VINCI, *Un esempio*, cit., 92 s.

<sup>16</sup> In letteratura è stato evidenziato che la tesi di Labeone, in specie con riferimento a ipotesi di pegno, è condivisa anche da Gaio in Gai. *l.s. ad form. hyp.* D. 20.6.7.4: *Illud*

6. *Esito del giudizio divisorio: distinzione tra piano sostanziale e processuale*

Integrando un'ipotesi di *ius controversum*, le soluzioni descritte in Lab. 2 *post. a Lav. epit.* D. 33.2.31 al quesito posto si poggiano su differenti esigenze. Si può ora tentare di individuare le ragioni che giustificano il divario di opinioni con riguardo al problema relativo alle sorti dell'*usus fructu fundi* in favore della *uxor* superstite a seguito dell'esercizio dell'azione divisoria.

Per un verso, la tesi di Trebazio valorizza l'apporzionamento materiale del fondo e la costituzione del diritto di usufrutto sulla sola quota dell'erede. Per altro verso, la tesi di Labeone, il quale, diversamente, ritiene che la divisione non possa incidere sul diritto di usufrutto, il quale continua a gravare per intero sulle due porzioni del fondo.

Innanzitutto, mi sembra colga nel segno la considerazione, già proposta da Bretone, volta ad escludere il collegamento tra le due differenti tesi e il problema dell'efficacia normativa della sentenza data l'efficacia costitutiva e non meramente dichiarativa della pronuncia stessa<sup>17</sup>.

Lo stesso Bretone, infatti, giustifica la divergenza di vedute fra Trebazio e il suo allievo Labeone alla luce della diversa concezione dell'usufrutto. In forza di tale spiegazione, per Trebazio l'usufrutto altro non sarebbe che una *pars dominii*, ossia un diritto non autonomo rispetto alla proprietà della *res* sulla quale insiste. Per Labeone, invece, l'usufrutto integra un diritto autonomo e distinto dalla proprietà, per cui la posizione dell'usufruttuario non segue quella del proprietario<sup>18</sup>.

---

*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.* Sul punto v. G. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *RISG*, VI, 1889, 353 ss.; W.M. GORDON, *D. 33.2.31. Usufruct*, cit., 310 s. Più di recente, M. VINCI, *Un esempio*, cit., 96 ss., dove puntualizza che «il modello proposto dal diritto romano è dunque fondato sulla stretta aderenza al principio della realtà del diritto di garanzia che non risente della divisione, ma continua a insistere sulle singole porzioni *pro quota*».

<sup>17</sup> V. M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 70 s., il quale precisa che la sentenza divisoria «non può avere di per sé alcun effetto pregiudiziale sui rapporti facenti capo ai terzi estranei, e compatibili con la nuova situazione da essa creata: siffatti rapporti potrebbero essere pregiudicati solo se la pronuncia fosse diretta non già a modificare, ma ad accertare con assoluto valore vincolante la situazione giuridica che ne costituisce il presupposto essenziale».

<sup>18</sup> M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 74 s., secondo cui l'usufrutto, «essendo legato con questa da un nesso che non è solo genetico ma strutturale, non meraviglia che, almeno nel nostro caso, ne segua (se così possiamo esprimerli) il destino».

In tale modo, osservando da questa prospettiva la fattispecie enunciata nel nostro brano, «Labeone non poteva giungere che alla conclusione cui è giunto: all'*arbiter* è precluso di modificare, *inter alios iudicando*, il *ius* della *mulier*, non potrà modificarlo proprio perché si tratta di un rapporto autonomo, e non di un semplice prolungamento (diciamo così) della posizione del comproprietario»<sup>19</sup>.

A mio modo di vedere, la soluzione di Trebazio potrebbe meglio spiegarsi se si guarda al punto di vista del comproprietario.

Infatti, ottenere, a seguito della divisione, un bene gravato solo *pro quota* dal diritto di usufrutto permetterebbe di non pregiudicare il valore di mercato della *res* oggetto di divisione<sup>20</sup>; limitare il peso a una sola porzione del fondo faciliterebbe qualsiasi atto di disposizione dello stesso.

Altresì, sarebbe garantita un'esigenza di equità. In questa direzione, con Vinci, ci si potrebbe domandare se, poichè «il fenomeno si manifesta in tutta la sua evidenza, allorché si faccia attenzione al senso di 'ingiustizia' che, almeno istintivamente, affiora nell'interprete quando osserva la compressione sulla proprietà operata dal diritto reale anche sulla porzione dell'altro comproprietario (...) perché il comproprietario, estraneo alla vicenda, deve essere danneggiato dalla condotta dell'altro?»<sup>21</sup>.

In definitiva, alla base della soluzione offerta di Trebazio non vi sarebbe, secondo la mia opinione, un'esigenza teorica di coerenza di sistema, ma «un'intuizione pratica della decisione del caso»<sup>22</sup>, la quale è idonea a coniugare le caratteristiche della fattispecie concreta – e dunque della *res* oggetto di divisione – con lo scopo della divisione stessa.

Viceversa, la soluzione, osservata con gli occhi dell'usufruttuario, conserverebbe una palese l'ingiustizia: l'usufrutto, infatti, è stato costituito mediante legato sull'intero fondo. Di conseguenza, concentrare il diritto reale sulla sola quota parte dell'erede frustrerebbe la volontà del *de cuius*<sup>23</sup>.

A mio avviso, la discordanza di opinioni tra i due giuristi – la quale attraversa un arco temporale racchiuso tra il I sec. a.C. e il I sec. d.C. – appare più chiara se si guarda precipuamente al giudizio divisorio e agli

<sup>19</sup> Sul punto v. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 75; C. ORIO, *Lasciti*, cit., 233 s.

<sup>20</sup> In relazione a tale esigenza v. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 68 ss.; A. WACKE, *Ungeteilte Pfandhaftung*, in *Index*, III, 1972, 463 s.; K. MISERA, *Akzession*, cit., 396, ntt. 67 ss.

<sup>21</sup> Così M. VINCI, *Un esempio*, cit., 93.

<sup>22</sup> Cfr. G. GROSSO, *Usufrutto*<sup>2</sup>, cit., 19.

<sup>23</sup> Cfr. M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, 463 s., nt. 107.

effetti da esso prodotti a seconda della *res* oggetto di divisione e, di conseguenza, sui contendenti in giudizio.

Per meglio dire, allo scopo di illustrare il funzionamento della divisione giudiziale, il profilo sostanziale dell'oggetto della divisione – l'*usus fructus* – e quello processuale – l'*actio communi dividundo* – si intersecano. Invero, la divisione, come più volte chiarito, non può condurre a pregiudicare la *res*, né sotto un profilo strutturale – relativo al godimento *pro quota* della *res* –, né sotto quello economico-funzionale.

Quest'ultimo si ricollega sia a una valutazione di conservazione della destinazione economica del bene, sia a una valutazione di proporzione tra il valore delle quote e il valore dell'intero, se non nei termini di proporzionalità aritmetica – impossibile da preservare<sup>24</sup> –, quanto meno come proporzionalità commerciale, nel senso che la *res*, seppur frazionata, deve mantenere il suo valore di mercato.

Garantire integro il diritto di usufrutto, originariamente costituito a vantaggio dell'intero fondo, consentirebbe di rispettare entrambi i profili dianzi menzionati.

Alla luce della soluzione proposta da Labeone, sembrerebbe dunque possibile qualificare in termini parzialmente costitutivi la pronuncia di divisione: l'aggiudicazione, ossia l'acquisto della proprietà della *res*, seppur *pro quota* a vantaggio del comproprietario e dell'erede, conserva l'usufrutto.

In siffatta maniera, il diritto di usufrutto – implicitamente riconosciuto come *res* divisibile – si rivelerebbe impermeabile rispetto al giudizio divisorio, ovvero, in altre parole, si tratterebbe di una divisione *inter alios acta* da considerarsi come mai avvenuta<sup>25</sup>. Infine, a differenza dell'impostazione di Trebazio, la tesi di Labeone, con l'obiettivo di consolidare la posizione della moglie usufruttuaria, rispetterebbe così le ultime volontà del marito che ha disposto il legato in suo favore.

---

<sup>24</sup> Sul punto v. più ampiamente *supra*, cap. IV.

<sup>25</sup> In questa direzione v. M. VINCI, *Un esempio*, cit., 96.

7. *Il fondo comune gravato da pegno: la testimonianza di Ulp. 19 ad ed. D. 10.3.6.8*

Nel contesto operativo dell'*actio communi dividundo* viene in rilievo anche l'ipotesi del pegno, *rectius* della divisione di un fondo comune gravato da pegno<sup>26</sup>.

In particolare, la fattispecie è prevista in un brano di Ulpiano. Si veda la formulazione del passo:

Ulp. 19 *ad ed. D. 10.3.6.8*: *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*<sup>27</sup>.

Si dia il caso di un fondo in comune. Un solo comproprietario ha costituito il diritto di pegno sulla propria quota del fondo comune<sup>28</sup>. Quando si scelga di addivenire alla divisione mediante l'*actio communi dividundo*, il diritto reale di pegno costituito si conserva a favore del creditore pignoratizio anche nell'ipotesi in cui il fondo sia stato aggiudicato

<sup>26</sup> La fattispecie si riconnette a quella presente in Ulp. 19 *ad ed. D. 10.3.6.9*, già vista con riferimento alla divisione del *servus* come *res* materialmente indivisibile (v. *supra*, cap. IV), nonché in Ulp. 20 *ad ed. D. 10.3.7.13*: *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 dividundo 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, aequae, pretium ut restituat, ex empto tenebitur. haec eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur.*

<sup>27</sup> Sul passo v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 538, f. 640. V. inoltre M. VANZETTI, *Il pegno*, cit., 289 ss.; G. SCHLICHTING, *Die Verfürungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe, 1973, in specie 102 ss.; U. RATTI, *Sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio*, Napoli, 1985, 3 ss.; K. MISERA, *Akzession*, cit., in specie 395; M. VINCI, *Un esempio*, cit., 104 ss. Cenni recenti al brano in R. D'ALESSIO, 'Un dogma', cit., in specie nt. 27 e in R. PERANI, 'Pignus', cit., in specie 102, nt. 4; 292, nt. 14; 312, nt. 72.

<sup>28</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Pegno (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 662 ss., in specie 666 ss.

a un diverso comproprietario. Infatti, anche nel caso in cui la parte del fondo del comproprietario che originariamente ha costituito il diritto di pegno sia stata consegnata – al termine della divisione – a un diverso comproprietario, il diritto di pegno rimane integro. In tal caso, l'arbitro del *iudicium communi dividundo* – Giuliano afferma – deve stimare meno la quota parte di fondo di colui che ha costituito il pegno, poiché il creditore può vendere la *res* sulla base del patto di vendita della *res* data in pegno.

Per la piena comprensione della testimonianza, occorre scindere il ragionamento in due parti.

Una prima parte – racchiusa entro l'inciso *si fundus communis nobis sit ... nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret* – relativa all'esercizio di un giudizio divisorio tra tutti i comproprietari su un fondo pignorato.

Una seconda parte, nella quale Giuliano si esprime relativamente alla necessità di stimare meno la quota parte di fondo del comproprietario costituente, poiché il creditore, in forza del *pactum vendendi*, potrà in ogni caso vendere il fondo aggiudicato al comproprietario non pignorante<sup>29</sup>.

La fattispecie, pur presentandosi lineare dal punto di vista sostanziale, evidenzia molteplici profili di complessità dalla specola dell'efficacia della divisione giudiziale: occorre infatti domandarsi quali siano gli effetti della divisione sia con riguardo ai rapporti interni tra condomini, sia per quanto concerne i nuovi rapporti che possono sorgere tra il creditore pignoratizio e i condomini non pignoranti.

Ulpiano chiarisce che la divisione non comporta alcun pregiudizio nei confronti del creditore pignoratizio, il quale potrà in ogni caso soddisfarsi sul fondo *pro indiviso*, in quanto il diritto reale di garanzia rimarrà integro. In altri termini, l'esercizio dell'*actio communi dividundo* non incide sul diritto reale coinvolto: il pegno, a seguito della divisione, non viene suddiviso in base alle quote di spettanza, né si concentra sulla sola quota parte del comproprietario che lo ha costituito.

Tuttavia, la costituzione del pegno su una quota ideale del fondo incide sul valore della stessa: Giuliano, infatti, puntualizza che la quota del condividente-debitore pignorante deve essere valutata meno della quota dell'altro condividente, senza con ciò pregiudicare il creditore pignoratizio, il quale potrà far valere il *pactum vendendi* accessorio al pegno e soddisfarsi sull'intera *res*.

<sup>29</sup> Sul punto v. A. BURDESE, '*Lex commissoria*' e '*ius vendendi*' nella *fiducia* e nel '*pignus*', Torino, 1949, in specie 131 ss.

### 8. Le sorti del diritto reale di garanzia a seguito della divisione

Come chiarito, la lettura del frammento ulpiano consente di esaminare l'esercizio dell'azione divisoria nell'ipotesi in cui uno dei condividenti abbia dato in pegno la propria quota di un fondo indiviso. Il singolo, infatti, ha il diritto di esercitare il suo diritto di proprietà sulla propria quota alienandola o costituendola in pegno (ovvero, come già visto, in usufrutto<sup>30</sup>).

La divisione, come nel caso dell'*usus fructus* visto in precedenza, segue la *res*, ossia permane come peso su ciascuna quota della medesima *res* nell'identica proporzione in cui gravava, prima della divisione, sul tutto.

In altre parole, dapprima il pegno è costituito sulla porzione *pro indiviso* del debitore o, per meglio dire, il diritto reale di garanzia insiste su tutta la *res* – il fondo indiviso – per la percentuale rappresentata dalla quota ideale di comproprietà. Successivamente, a seguito della divisione, il pegno continua a permanere sull'intero (*integrum maneret*), anche nel caso in cui la *res* sia stata dal giudice assegnata al condividente non pignorante.

Tale esito, raggiunto mediante l'assegnazione di porzioni materiali della *res*, può avvenire soltanto nel caso in cui sia giuridicamente realizzabile *sine damno*.

In questo senso, suddividere fisicamente il fondo in due porzioni di pari entità e concentrare il pegno sulla sola quota parte del comproprietario pignorante ovvero su entrambe le quote pregiudicherebbe l'oggetto del pegno – la *res* da dividere – senza il consenso del creditore pignorante, rimasto estraneo al giudizio di divisione.

### 9. Conclusioni parziali sugli effetti dell'adiudicatio

Sulla scorta dei dati valorizzati, emerge in modo chiaro come la divisione dia luogo a effetti differenti a seconda delle caratteristiche della *res* oggetto di divisione.

Interrogarsi sulle sorti del diritto reale di usufrutto e di pegno in relazione all'esercizio dell'*actio communi dividundo* conduce, ancora una volta, a mettere in luce la mancanza del prodursi di un effetto *tout court* costitutivo del giudizio divisorio tradizionalmente inteso e, allo stesso tempo, ad affermare il prodursi di un effetto costitutivo parziale.

<sup>30</sup> V. *supra*, cap. V, § 7.

Per quanto riguarda il diritto di usufrutto, a fronte della controversialità delle soluzioni prospettate a seguito della pronuncia di divisione mediante *adiudicatio*, si riconosce la prevalenza della situazione reale rispetto al pronunciarsi dell'effetto divisorio mediato dalla sentenza del *iudex*; l'usufrutto, invero, permane integro, ed è dunque da escludere una lettura in termini meramente costitutivi della divisione.

Con riguardo al pegno, la divisione mediante *adiudicatio* conduce, per un verso, all'assegnazione dell'intero bene a uno dei condividenti, facendo al contempo salvo l'obbligo dell'assegnatario di compensare mediante *condemnatio* l'altro condividente. Per meglio dire, nei confronti dell'assegnatario, la divisione produce un effetto costitutivo-modificativo del suo diritto: quest'ultimo infatti si vede attribuita la titolarità esclusiva della *res*, sulla quale prima vantava una comproprietà. Per altro verso, indipendentemente da chi risulta assegnatario della *res* – il debitore pignorante ovvero l'altro comproprietario –, la pronuncia del giudice conserverebbe integro il diritto reale di pegno che continua a gravare sull'intero fondo. In altri termini, le conseguenze negative legate alla costituzione in pegno della *res* non si riflettono anche sulla porzione assegnata.

Ebbene, l'indivisibilità della *res* si giustifica proprio in ragione delle peculiari caratteristiche della stessa, tale per cui l'esito divisorio non potrebbe arrecarvi pregiudizio alcuno. Ne conseguirebbe che il contenuto di tale sentenza sarebbe da interpretarsi in termini più restrittivi, sicché si dovrebbe ritenere che la sentenza medesima sia idonea a stabilire non solo che i diritti limitati dei titolari non vengano da questa compromessi, ma anche che lo stesso assetto sul quale essi si esercitano rimanga immutato.

In definitiva, l'effetto *tout court* costitutivo dell'*adiudicatio*, affermato tradizionalmente come un dogma irrinunciabile al quale ricollegare gli effetti sul piano della realtà sostanziale di un giudizio divisorio, andrebbe rivisto, valorizzando la natura eclettica di quest'ultimo.

Per meglio dire, ritengo che, andando oltre la dicotomia tra efficacia dichiarativa ed efficacia costitutiva, si possa optare per una qualificazione della natura della pronuncia di divisione in termini non rigidi e non schematizzabili a priori: la lettura più fedele al dato offerto dalle fonti, infatti, conduce, a mio parere, a mettere in rilievo la prevalenza di una funzione regolativa dell'organo giudicante espressa nella sentenza di *adiudicare rem*.

Il *iudex* (o *arbiter*) *communi dividundo* è tenuto a prendere in considerazione, da un lato, la natura e le peculiari caratteristiche della *res* oggetto di *divisio*, dall'altro, la volontà di quei soggetti che sulla *res* vantano diritti.

In effetti, la *voluntas* delle parti gioca un ruolo rilevante nella definizione dell'esito del giudizio, ove, senza che vi sia l'esigenza di porre fine a un conflitto tra i condividenti, si verifica una composizione degli interessi, quale riflesso della proporzionalità distributiva in funzione delle quote di spettanza.



## CAPITOLO SESTO

### *Conclusioni*

SOMMARIO: 1. Rilettura e sintesi dei risultati raggiunti nel corso dell'indagine – 2. Osservazioni conclusive sulla figura dell'organo giudicante – 3. Ancora sulla funzione dell'*adiudicatio*.

#### 1. *Rilettura e sintesi dei risultati raggiunti nel corso dell'indagine*

Nelle considerazioni di seguito proposte riprenderò i passaggi più significativi del percorso svolto in merito all'efficacia della pronuncia divisoria tramite l'*actio communi dividundo*.

La prospettiva di studio dalla quale ho scelto di osservare il tema è quella della funzione dell'*adiudicatio*, tanto come *pars formulae*, quanto come pronuncia del *iudex communi dividundo*.

Per meglio dire, ho ritenuto di indagare la divisione giudiziale della comunione non ereditaria verificando l'effetto prodotto dall'aggiudicazione sulla *res* oggetto di divisione e, di conseguenza, in capo ai soggetti coinvolti nel giudizio.

Credo che uno studio siffatto, condotto sulle fonti romane, possa gettare luce anche sui problemi che agitano il dibattito che, come ho accennato, si anima intorno ai problemi del diritto dell'oggi<sup>1</sup>.

Tradizionalmente si afferma l'efficacia cd. costitutiva della pronuncia divisoria; ovvero, in altri termini, si qualifica l'*adiudicatio* come un modo di acquisto della proprietà<sup>2</sup>.

Si tratta di un'opinione pressoché indiscussa in letteratura, sulla quale ho creduto fosse opportuno tornare a riflettere per i motivi che, anche di seguito, sintetizzerò per sommi capi.

Ho scelto di approfondire l'effetto determinato della sentenza di divisione della comunione non ereditaria muovendo dalla lettura delle singole fattispecie contenute nel Digesto giustiniano nel titolo *Communi dividundo*, ossia il 10.3.

---

<sup>1</sup> V. *supra*, cap. II, § 1.

<sup>2</sup> V. *supra*, cap. II.

All'inizio della mia indagine ho ricostruito, nei tratti essenziali, il fenomeno di scioglimento della comunione attraverso l'esercizio dell'*actio communi dividundo*. La disamina dello stato della dottrina mi ha permesso di mettere a fuoco i principali snodi concettuali posti in luce a partire dall'Ottocento sino a oggi<sup>3</sup>.

La letteratura che si è soffermata sull'argomento ha per lo più affrontato lo studio del *iudicium communi dividundo* insieme a quello del *iudicium familiae erciscundae*; tali giudizi infatti delineano i cd. *iudicia divisoria*. La vicinanza tra i due giudizi ha consentito di rintracciare zone di interferenza con riguardo alla competenza del singolo mezzo processuale.

Il *iudicium finium regundorum*, rimasto sullo sfondo, è venuto in rilievo soltanto là ove si è posta l'attenzione sulla funzione dell'*adiudicatio* formulare, la quale, sulla scorta della definizione contenuta in Gai 4.42, è presente nella formula di tutte e tre le azioni richiamate.

Più in dettaglio, gli sforzi maggiori sin qui compiuti dagli studiosi che si sono occupati del tema hanno condotto al riconoscimento di due principali aspetti inerenti al *iudicium communi dividundo*: il progressivo ampliarsi, per un verso, della sfera dei legittimati al giudizio e, per altro verso, delle *res* oggetto di divisione, venendo così a raffigurare solo parzialmente il meccanismo operativo della divisione giudiziale.

In tale contesto, ho dunque scelto di concentrare lo sguardo sulla funzione della clausola di aggiudicazione nel *iudicium communi dividundo*, allo scopo di ricostruirne il regime.

In specie, a partire dall'esegesi del brano contenuto in Gai 4.42, nel quale è presente la definizione di *adiudicatio*, ho ritenuto di andare oltre l'interpretazione tradizionale – in dettaglio quella offerta da Arangio-Ruiz – per cercare di rileggere in termini più duttili e al contempo tecnicamente definiti l'attività di *rem alicui ex litigatoribus adiudicare* permessa al *iudex* nell'ambito del *iudicium communi dividundo*<sup>4</sup>.

Gaio identifica la funzione dell'*adiudicatio* nell'*adiudicare rem*.

Ciò, a mio parere, non esprime un contenuto tautologico, bensì rappresenta l'espressione più tecnica – come accade anche per le altre *partes formularum* descritte, nel quarto commentario gaiano, mediante l'utilizzo dello stesso verbo –, in quanto è in grado di illustrare il risultato cui essa conduce nel contesto del giudizio di divisione.

A questo proposito, due sono stati i profili da me evidenziati: in primo luogo, la non menzione della *potestas (iudicis)* in relazione alla definizione

<sup>3</sup> V. *supra*, cap. I.

<sup>4</sup> V. *supra*, cap. II.

gaiana di *adiudicatio*<sup>5</sup>; in secondo luogo, il rilievo del termine *litigatores*, contenuto sia nella definizione di Gai 4.42, sia in un brano ulpiano racchiuso in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21<sup>6</sup>.

Con riferimento al primo aspetto, ho ritenuto di considerare non casuale l'omissione della parola *potestas* con riguardo alla figura del *iudex*. Invero, l'esito della divisione giudiziale, per quanto concerne l'aggiudicazione nel contesto del *iudicium communi dividundo*, non si esaurisce in un'attività di esclusiva competenza del giudice – come accade, e non potrebbe essere che così, nella pronuncia di condanna mediante *condemnatio* –, ma implica il coinvolgimento di più fattori, ossia la volontà dei litiganti, da un lato, e le caratteristiche della *res*, dall'altro.

Tali fattori sono messi in luce proprio dal frammento di Gai 4.42, che, a partire dal termine *litigatores*, consente di collegare la definizione gaiana di *adiudicatio* al frammento di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21. Si tratta di una testimonianza centrale per la piena comprensione del funzionamento del *iudicium communi dividundo* e, in dettaglio, della funzione dell'aggiudicazione.

In specie, la lettura dell'ultimo passo menzionato ha permesso di determinare i criteri-guida attraverso i quali il giudice pronuncia la *diviso rerum*, in particolare la divisione di una *res* in comproprietà: come precisato da Ulpiano, in tale attività è opportuno che il giudice si attenga a ciò che è più utile a tutti o a ciò che preferiscono i litiganti.

Dunque, nel pronunciare lo scioglimento della comunione è necessario che il *iudex communi dividundo* prenda in considerazione un eventuale accordo tra i soggetti coinvolti e, in ogni caso – anche ove tale accordo non vi sia –, è conveniente che aggiudichi realizzando la miglior divisione possibile. In tale valutazione, il giudice è tenuto a considerare le caratteristiche della *res* oggetto di divisione.

Esaminata la nozione di *adiudicatio*, ho criticamente vagliato le principali testimonianze messe a fuoco dalla dottrina a supporto della cd. efficacia costitutiva della divisione: si tratta di Tit. Ulp. 19.16, Vat. Frag. 47a, Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.1 e Marc. 17 *dig.* D. 41.3.17<sup>7</sup>.

A mio parere, le fonti testé menzionate consentono di illustrare solo in parte l'effetto della pronuncia di divisione: limitando lo sguardo soltanto a queste ultime, infatti, sembrerebbe difficile non concordare con Matteo Marrone, il quale, con specifico riguardo alla disamina delle fonti richia-

<sup>5</sup> V. *supra*, cap. II, § 5 e 6.

<sup>6</sup> V. *supra*, cap. IV, § 7.

<sup>7</sup> V. *supra*, cap. II, § 7-11.

mate, puntualizza che «i romani cioè (senza peraltro coscientemente porre la questione in questi termini) avrebbero (...) attribuito effetti costitutivi a un accertamento giudiziale»<sup>8</sup>.

A partire dalle premesse poste all'inizio del terzo capitolo, ho quindi ritenuto di ricostruire il funzionamento del *iudicium communi dividundo*, così come descritto in D. 10.3, mettendo al centro l'idea di *res*.

Le caratteristiche della *res* determinano, come ho cercato di dimostrare, le concrete modalità operative attraverso le quali si verifica la divisione e, dunque, guidano il contenuto della complessa attività racchiusa nell'*adiudicare rem*<sup>9</sup>.

Per un verso, l'idea di *res* rileva nell'individuazione del presupposto applicativo del giudizio: la presenza di una *res communis* giustifica il ricorso all'*actio communi dividundo* e non ad altre *actiones*<sup>10</sup>.

Per altro verso, l'idea di *res – rectius*, il fatto che la *res* sia divisibile o non divisibile agli effetti del diritto – determina le concrete modalità attraverso le quali il giudice scioglie la comunione e attribuisce le porzioni della medesima *res* in relazione alle quote di spettanza<sup>11</sup>.

Nel terzo capitolo ho quindi approfondito, con uno sguardo – per così dire – dall'alto, il concetto di *res (communis)* rilevante nel *iudicium communi dividundo* e le cause divisorie di comunione, dalle quali restano fuori tanto la coeredità, quanto la *societas*.

Tale *res* viene in evidenza dapprima come un complesso monolitico e, poi, risulta specificata, nella sua materialità e concretezza, ossia come l'oggetto effettivo del giudizio, all'interno delle singole fattispecie di divisione contemplate in D. 10.3.

La ricostruzione del funzionamento del *iudicium communi dividundo* – condotta valorizzando la natura della *res* oggetto di divisione – mi ha consentito, come più volte accennato, di evidenziare l'ampiezza dell'area racchiusa entro la nozione giuridica di *res* divisibili o indivisibili, nell'ambito della quale incide, in modo trasversale, il concetto di comoda divisibilità.

Invero, ciascun contendente può agire per conseguire la divisione dei beni proporzionale alle quote di ciascuno. Tale divisione può in concreto essere realizzata attraverso modalità differenti a seconda delle caratteristiche e della natura della *res* da dividere, le quali sono, volta per volta,

<sup>8</sup> M. MARRONE, *L'effetto*, cit., 128 ss., in specie nt. 88.

<sup>9</sup> V. *supra*, cap. III, § 1.

<sup>10</sup> V. *supra*, cap. III.

<sup>11</sup> V. *supra*, cap. IV.

rimesse alla valutazione del giudice<sup>12</sup>.

Quest'ultimo, in particolare, deve preferire l'opzione che si prospetta maggiormente rispondente a un canone di opportunità racchiuso entro il concetto di comoda divisibilità.

Il funzionamento del fenomeno divisorio allo scopo di sciogliere la comunione poggia infatti sulla possibilità di frazionare il bene in tante quote quanti sono i litiganti (*divisio* della *res* in natura). Diversamente, là ove dunque il bene non risulti opportunamente frazionabile in senso materiale, la divisione non si arresta, ma trova sviluppo attraverso modalità differenti.

Nella valutazione che concerne il concetto di comoda divisibilità, ho avuto modo di evidenziare che occorre tenere conto, da un lato, della necessità di formare quote tra loro omogenee, dall'altro lato, del fatto che la divisione non incida negativamente sull'originaria destinazione economica del bene<sup>13</sup>.

In altri termini, i presupposti per accertare in modo rigoroso la comoda divisibilità di un bene sono due: dal punto di vista strutturale, si deve guardare alla possibilità di formare in concreto porzioni suscettibili di un autonomo e libero godimento; dal punto di vista economico-funzionale, occorre verificare che la *divisio* non incida sull'originaria destinazione del bene e non comporti dunque una sensibile svalutazione delle quote rispetto all'intero.

## 2. Osservazioni conclusive sulla figura dell'organo giudicante

Sullo sfondo e trasversalmente allo studio condotto spicca la figura dell'organo giudicante – ora *iudex*, ora *arbiter*<sup>14</sup> – e la cd. discrezionalità di cui lo stesso gode nell'ambito della procedura formulare.

Come oltremodo noto, l'esperienza di Roma antica, ancora per tutta l'epoca classica, ci restituisce – riprendendo le parole di Patrizia Giunti – «uno schema di amministrazione della giustizia civile nel quale la funzione giudicante è non solo 'laica' nel senso che non è delegata ad una struttura di apparato, ma è addirittura estranea ad ogni competenza professionale,

<sup>12</sup> V. *supra*, cap. IV e V.

<sup>13</sup> V. *supra*, cap. IV, § 3 ss.

<sup>14</sup> Sulla distinzione v. *supra*, cap. I, nt. 6.

non ha una legittimazione tecnica»<sup>15</sup>.

Invero, il ruolo del *iudex* non è, di regola, ricoperto da operatori del diritto, da esperti conoscitori della materia giuridica. Ciò non significa, certamente, che si tratti di soggetti improvvisati o inadeguati rispetto allo svolgimento dell'attività di cui sono incaricati; semplicemente, la figura non è generalmente annoverabile tra i professionisti qualificati in ambito giuridico<sup>16</sup>.

In termini essenziali, la fase *apud iudicem* è quella in cui si verifica l'assunzione, la discussione e la valutazione delle prove; essa termina con l'emanazione di una sentenza inappellabile. In tale contesto, quest'ultima è pronunciata dal giudice privato, senza obbligo di motivazione<sup>17</sup>. La perimetrazione dei poteri riconosciuti al *iudex* (o all'*arbiter*) nel governo della fase *apud iudicem* del processo formulare individua una questione ancora aperta.

Senza potersi addentrare nei molteplici risvolti di un argomento così vasto<sup>18</sup>, può dirsi, in estrema sintesi, che il tema dell'autonomia dell'organo giudicante nel pronunciare la sentenza potrebbe essere esplorato sotto plurime prospettive, già ampiamente vagliate in letteratura.

In primo luogo, lo studio potrebbe essere condotto per indagare la relazione tra il giudice e la legge, allo scopo – come recentemente sottolineato – di escludere una qualsivoglia soggezione del primo alla seconda<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Così P. GIUNTI, '*Iudex*', cit., 47 ss., in specie 61.

<sup>16</sup> In termini generali v., tra i molti, C.A. CANNATA, *Profilo*, II, cit., 135 ss.; ID., *Corso*, cit., 105 ss. Più di recente, v. S. PULIATTI, *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio (Trani, 22-23 maggio 2009)*, Bari, 2011, 43 ss.; G. LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *AG, CCXXXIV*, 2014, 507 ss., in specie 520 ss. Con specifico riferimento alle disposizioni inerenti al nuovo assetto dettato dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* v. di recente F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino, 2003, 220 ss.

<sup>17</sup> V., tra i molti, M. MARRONE, *Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia, 25-26 giugno 1999)*, Torino, 2000, 24 ss. (ora in '*Juris vincula*'. *Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli, 2001, 278 ss. [ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, 801 ss.]); B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice*, I, cit., 301 ss.

<sup>18</sup> Per una bibliografia essenziale v. *supra*, cap. I, nt. 6.

<sup>19</sup> Tra i molti contributi v. L. LABRUNA, *Un tema 'senza tempo': il 'difficile rapporto' tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in '*Civitas et civitatis*'. *Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino, 2013, 453 ss.; P. CERAMI, *Note storico-giuridiche in tema di 'giudici' e 'legge' (a proposito di una recente monografia di G. Valditara)*, in *AUPA*, LXI, 2018, 317 ss.

In secondo luogo, l'approfondimento potrebbe riguardare il rapporto tra giuristi, magistrato e giudice, nello specifico contesto della procedura formulare<sup>20</sup>.

È all'interno di quest'ultima angolazione che ha trovato sviluppo la mia indagine.

Nella presente ricerca ho tentato di illustrare la funzione dell'organo giudicante con precipuo riferimento all'*adiudicatio* e, al contempo, di offrire risposta all'interrogativo relativo all'estensione della discrezionalità riconosciuta a quest'ultimo nel contesto del *iudicium communi dividundo*.

In termini generali, la dottrina maggioritaria ritiene tutt'oggi che «la formula costituisce, ovviamente, l'elemento essenziale intorno al quale ruota il processo formulare, onde è evidente l'importanza della determinazione della natura e della struttura della stessa. (...) Comunque configurato, sul *iudicium* concretamente predisposto per la risoluzione della controversia deve constare il consenso delle parti e del magistrato, e che esso funziona da limite invalicabile (...) per l'individuazione dei termini della controversia e per la fissazione dei poteri del giudice privato»<sup>21</sup>.

Infatti, allo stesso modo in cui la giurisprudenza opera entro le linee di demarcazione del terreno processuale tracciate dalla controversia e dalla relativa formula, anche il *iudex* (o *arbiter*) è guidato, nel compimento della sua attività giudicante, dagli estremi imposti dal *iudicium* radicato.

In altre parole, nello svolgersi della complessa dinamica processuale, le scelte dell'organo giudicante operano nel contesto di un sistema già dato: «il giudice (...) è libero di scegliere, giacché il *ius controversum* offre una possibilità ampia di presupposti normativi, anche se la potenzialità discrezionale del *iudex privatus* viene comunque condizionata dai binari in cui

<sup>20</sup> V., tra gli altri, M. TALAMANCA, *Diritto*, cit., 154 ss.; P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in *Il giudice*, II, cit., 27 ss.; G. GUIDA, *'Ius dicere' e 'iudicare'. 'Jurisdictio' del magistrato e poteri del giudice*, in *Il giudice*, III, cit., 5 ss.; P. GIUNTI, *'Iudex'*, cit., 47 ss.

<sup>21</sup> Così M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 34, in specie nt. 239, ove lo studioso precisa che «i limiti in cui ciò avviene dipendono, evidentemente, dalla struttura dei diversi tipi di azione (si pensi alla contrapposizione fra *iudicia bonae fidei* e i cosiddetti *iudicia stricta*)». V. anche L. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 139 ss., nonché più di recente, in diverse prospettive A. ANGELOSANTO, *'Prevedibilità'*, cit., 1 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata. Sulle diverse ricadute tra *iudicia bonae fidei* e *iudicia stricti iuris* v., tra i molti, M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 1 ss.; L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia 25-26 giugno 1999)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2000, 37 ss. (ora in *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 132 ss.).

lo schema della formula lo ha inquadrato»<sup>22</sup>.

Ebbene, sul presupposto che i limiti, per così dire, esterni dei poteri-doveri del *iudex* sono eterodeterminati, in quanto coincidono con le caratteristiche del tipo di processo nel quale egli interviene (faccio riferimento agli estremi della controversia individuati dalla formula concordata dalle parti e concessa dal magistrato, per un verso, e all'invito a decidere rivolto al giudice, contenuto nella medesima formula, per altro), si è trattato di verificare come i contenuti e, quindi, anche i confini dell'*officium iudicis*, siano correlati al tipo di pretesa formalizzata nell'azione che, volta per volta, radica il giudizio, ossia, in questo caso, l'*actio communi dividundo*.

Più da vicino, le testimonianze sulle quali si è basato il percorso d'indagine richiamano tutte in modo esplicito l'*officium iudicis* o, quanto meno, prevedono il coinvolgimento diretto dell'organo giudicante<sup>23</sup>.

Questa scelta mi ha consentito di ipotizzare in modo più puntuale le specifiche attribuzioni di competenza a quest'ultimo riconosciute.

Ciò che ho avuto modo di verificare è quanto le caratteristiche del singolo caso di specie, *rectius*, della *res* dedotta in giudizio, determinano sia l'esito del giudizio, sia, dunque, l'estensione della discrezionalità dell'organo giudicante che procede allo scioglimento della comunione sulla *res*.

Invero, la disamina dei passi prescelti ha permesso di mettere in chiaro che, nell'ambito del radicamento di un *iudicium communi dividundo*, il giudice ricopre una funzione regolativa degli interessi in gioco.

In buona sostanza, l'organo giudicante esercita la sua discrezionalità entro i confini di un'attività di assegnazione o attribuzione *pro quota*, la quale è strettamente ancorata tanto alle caratteristiche della *res* oggetto di divisione, quanto alla volontà delle parti coinvolte nel giudizio. A tale competenza, può affiancarsi anche un'attività di condanna, posta in essere al fine di compensare il valore delle quote di ogni singolo dividendente. L'obiettivo, infatti, è sempre quello di pronunciare lo scioglimento di uno

<sup>22</sup> Così D. DALLA, *Fra 'ius'*, cit., in specie 1024.

<sup>23</sup> In questa direzione vanno anche le ricerche recenti di F. PULITANÒ, *Profili*, cit., 387 ss., e di E. SCIANDRELLO, *Note*, cit., 453 ss. Le testimonianze a cui faccio riferimento sono: Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.9; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.3; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.3; Ulp. 2 *ad ed.* D. 10.2.55; Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7 pr.; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.10; Lab. 2 *post. a lav. epit.* D. 33.2.31; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.8. A ben vedere, l'espressione più frequente è quella di *officium iudicis*; a questo proposito, ritengo di concordare con la posizione di F. PULITANÒ, *Profili*, cit., in specie 445, la quale reputa che «non sembrano esserci ostacoli per ritenere che, nei giudizi divisorii di età classica, la denominazione di *arbiter* piuttosto che di *iudex* non corrisponda ad una diversa estensione del potere discrezionale. (...) La *potestas* ugualmente posseduta da *iudex* e *arbiter*, per entrambi trova un vincolo nell'oggetto del giudizio».

stato di comunione, aggiudicando ai condividenti porzioni della *res* che assicurino a tutti un utile godimento della medesima<sup>24</sup>.

Il profilo inerente alla volontà delle parti, come visto, incide e penetra in modo decisivo la fattispecie della divisione di una *res communis*<sup>25</sup>: infatti, i comunisti, riconoscendosi reciprocamente contitolari della *res*, agiscono per la divisione della stessa, concordando, da un lato, sugli estremi della controversia e, di conseguenza, sull'azione da esperire, dall'altro, sull'esito del giudizio di divisione.

Tutto ciò posto, resta chiaro come la discrezionalità dell'organo giudicante, nel contesto di una definizione pur sempre trilaterale dell'esito del giudizio da parte di giurista, magistrato e giudice, permette di regolare il pieno soddisfacimento degli interessi delle parti coinvolte, sciogliendo lo stato di comunione e consentendo un proficuo godimento *pro quota* della *res*.

### 3. Ancora sulla funzione dell'*adiudicatio*

È ora necessario tirare le somme sulla funzione svolta dall'*adiudicatio* – ora come *pars formulae*, ora come sentenza – nell'ambito del *iudicium communi dividundo*.

In questo studio, come più volte chiarito, l'intenzione è stata quella di ricostruire il funzionamento del *iudicium communi dividundo* e, dunque, di individuare la funzione dell'*adiudicatio*, dalla prospettiva dell'efficacia costitutiva ovvero dichiarativa della sentenza di divisione.

Il percorso d'indagine mi ha condotto a credere che il problema dell'efficacia della pronuncia di divisione non possa essere risolto attraverso il mero richiamo alla dicotomia tra efficacia costitutiva ed efficacia dichiarativa<sup>26</sup>.

Per meglio dire, superata la tradizionale contrapposizione tra efficacia costitutiva ed efficacia dichiarativa, le considerazioni svolte con riguardo al funzionamento del giudizio divisorio consentono a mio parere di optare per una lettura eclettica della natura della pronuncia divisoria, all'interno della quale possono, pertanto, convivere diverse gradazioni di funzione.

Si tratta di una considerazione che merita più di una precisazione.

A ben vedere, l'effetto cd. costitutivo della sentenza – tradizionalmente definito anche traslativo – cui abbiamo fatto cenno si declina nei termini di

<sup>24</sup> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21.

<sup>25</sup> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 10.3.21.

<sup>26</sup> V. *supra*, cap. II.

effetto costitutivo-modificativo, non già meramente creativo del rapporto giuridico sostanziale oggetto di divisione.

L'*officium iudicis* opera su un piano strettamente processuale: il giudice, con l'emettere la sentenza, non determina la costituzione di nuovi rapporti giuridici, bensì interviene a regolare i medesimi rapporti già esistenti al momento di proposizione dell'azione. In altre parole, la divisione non ha valenza di fatto costitutivo di un diritto che prima non esisteva (la proprietà esclusiva della *res* aggiudicata), ma esprime un valore latamente modificativo di un diritto rispetto al suo modo di essere nel momento anteriore alla pronuncia medesima<sup>27</sup>.

Dunque, l'*adiudicatio* nei termini di sentenza non opera come fattore di produzione dei rapporti giuridici patrimoniali in essa dedotti, ma interviene a regolare tali rapporti tra i contendenti, allo scopo di pronunciare lo scioglimento di una situazione di contitolarità.

Ecco che, in ultima analisi, la funzione dell'*adiudicatio* nel *iudicium communi dividundo*, condensata da Gaio nell'*adiudicare rem*, può essere interpretata in senso regolativo: ciò che la sentenza di divisione produce consiste non tanto nella costituzione ovvero nel trasferimento di diritti da un contendente all'altro, quanto, piuttosto, nella regolazione degli interessi patrimoniali che fanno capo a ciascuno di essi, al fine di realizzare la miglior divisione possibile.

In definitiva, il *iudex communi dividundo*, attraverso l'attività di *adiudicare rem*, pianifica il risultato divisorio, regolando le pretese dei litiganti con l'aggiudicazione della *res* e l'eventuale condanna (*divisio* mediante *adiudicatio* e *condemnatio*), a seconda di quanto tra loro concordato e tenuto conto delle caratteristiche concrete della *res* oggetto di divisione.

---

<sup>27</sup> V. *supra*, cap. IV e V.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae' Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di S. Schipani (Trento, 14 e 15 dicembre 2007)*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento, 2011.
- AA.VV., *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik / Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert / Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento*, herausgegeben von M. Avenarius, C. Baldus, F. Lamberti und M. Varvaro, Tübingen, 2018.
- ALBANESE B., *La successione ereditaria nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XX, 1949, 356 ss.
- ALBANESE B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985.
- ALBANESE B., *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987.
- ALBERTARIO E., *Possesso dell'ager vectigales'*, in *Filangieri*, 1912, 814 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, II, Napoli, 1941, 389 ss.).
- ALBERTARIO E., *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo' in rapporto alla legittimazione processuale*, in *SSGP*, II, 1913, 75 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1946, 167 ss.).
- ALBERTARIO E., *'Iustum pretium' e 'iusta aestimatio'*, in *BIDR*, XXXI, 1921, 1 ss.
- ALBERTARIO E., *'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *BIDR*, XXXII, 1922, 73 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, V, Milano 1937, 491 ss.).
- AMADIO G., *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *NGCC*, 2020, 696 ss.
- ANKUM H., *De Instituten von Gaius, vertaald door J.E. Spruiten K. Bongenaar*, in *ZSS*, CIV, 1987, 737 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, IV, 1912, 3 ss. (ora in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 323 ss.).

- ARANGIO-RUIZ V., *Sul 'liber singularis regularum'. Appunti gaiani*, in *BIDR*, XXX, 1921, 178 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, 89 ss.).
- ARANGIO-RUIZ V., *Studi Formulari*, II, *In tema di 'adiudicatio'*, in *BIDR*, XXXII, 1922, 5 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 15 ss.).
- ARANGIO-RUIZ V., *'Societas re contracta' e 'communio incidens'*, in *Studi in onore di S. Riccobono. Nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo, 1936, 355 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1960.
- ARANGIO-RUIZ V., *Appunti sui giudizi divisorii. (A proposito di un libro recente)*, in *RISG*, LII, 1913, 223 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 491 ss.).
- ARANGIO-RUIZ V., *Sulla scrittura della formula nel processo romano*, in *Iura*, I, 1950, 15 ss.
- ARCES P., *La nozione di 'servus fugitivus' in Ulp. 1 'ad ed. aed. cur'. D. 21.1.17 pr.-16*, in *TSDP*, XIV, 2021, 1 ss.
- ARCHI G.G., *La 'summa divisio rerum' in Gaio e in Giustiniano*, in *SDHI*, III, 1937, 5 ss.
- ARCHI G.G., *L'epitome Gai'. Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937.
- ARCHI G.G., *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino 1971, 23 ss.
- ARCHI G.G., *'Lex' e 'natura' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, 3 ss.
- ARICÒ ANSELMO G., *'Ius publicum' - 'Ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 447 ss.
- ARICÒ ANSELMO G., *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in *AUPA*, XL, 1988, 215 ss.
- ARICÒ ANSELMO G., *Studi sulla divisione giudiziale*, I, *'Divisio' e 'vindicatio'*, in *AUPA*, XLII, 1992, 259 ss.
- ARNDTS K.L., *Lehrbuch der Pandekten*<sup>4</sup>, Stuttgart, 1872.
- ARNESE A., *La 'similitudo' nelle 'Institutiones' di Gaio*, Bari, 2017.

- ARNESE A., *'Societas'. Idee e assetti d'interesse nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2021.
- ASTUTI G., voce *Cosa in senso giuridico (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 1 ss.
- ATTARDI A., *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, X, 1959, 1 ss.
- ATTARDI A., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.
- AUDIBERT A., *L'évolution de la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, in *Mélanges Appleton*, Lyon - Paris, 1903, 1 ss.
- AUDIBERT A., *Nouvelle étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, in *NRHD*, XXVIII, 1904, 407 ss.
- AVENARIUS M., *Der Pseudo-Ulpianische 'liber singularis regularum'. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen, 2005.
- AVENARIUS M., *Il 'liber singularis regularum' pseudo-ulpianeo: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le 'Institutiones' di Gaio*, in *Index*, XXXIV, 2006, 455 ss.
- AVENARIUS M., *Das 'gaiozentrische' Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und Überlieferungszufall*, in *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden - Baden, 2008.
- AVENARIUS M., *Sabinus und Cassius. Die Konstituierung der sabinianischen Schultradition in der Retrospektive und ihre vermuteten 'Gründer' im Wandel der Wahrnehmung*, in *Römische Jurisprudenz - Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, a cura di K. Muscheler, Berlin, 2011, 33 ss.
- BACCAGLINI L., *Comunione ereditaria, immobile abusivo e domanda di divisione proposta dal curatore: via libera delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2020, 489 ss.
- BALDESSARELLI F., *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales' nel diritto romano classico*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 87 ss.
- BALDUS C., *'Res incorporales' im römischen Recht*, in *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, herausgegeben von S. Leible - M. Lehmann - H. Zech, Tübingen, 2011, 7 ss.

- BALDUS C., *I concetti di 'res' in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del 'praetor urbanus'*, in *AUPA*, LV, 2012, 41 ss.
- BALZARINI M., *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 449 ss.
- BASSANELLI E., *La colonia perpetua*, Roma, 1933.
- BATTAGLIA F., *Strutture espositive in Gaio: per una morfologia delle 'Institutiones'*, in *Le Istituzioni di Gaio avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux e D. Mantovani, Pavia, 2020, 205 ss.
- BAVA F.M., *La divisione quale atto 'inter vivos' avente natura costitutiva*, in *Contratti*, 2019, 607 ss.
- BECK C., *Die 'res' bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1999, 40 ss.
- BERGER A., *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912.
- BERGER A., voce *'Adiudicatio'*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, in *Transactions of the American Philosophical Society*, XLIII, 1953, 349.
- BERTOLDI F., *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino, 2003.
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 172 ss.
- BESTA E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937.
- BESTA E., *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, 1961.
- BETTI E., *Su la formola del processo civile romano*, in *Filangieri*, XXXVIII, 1915, 40 ss.
- BIALET A.D., *'De finium regundorum' CTh. 2, 26, 1-5*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 539 ss.
- BIANCHI E., *Qualche considerazione in tema di tipologie d'incertezza della domanda e di 'vindictio incertae partis'*, in *Riv. dir. rom.*, XI, 2011, 1 ss.
- BICCARI M.L., *Dalla pretesa giudiziale alla 'narratio' retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino, 2017.
- BIONDI B., *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, in *Ann. Perugia*, III, 1913, 25 ss. (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, 681 ss.).

- BIONDI B., *Recensione a A. BERGER, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, in *BIDR*, XXV, 1912, 59 ss.
- BIONDI B., 'Iudicia bonae fidei', in *AUPA*, VII, 1918, 218 ss.
- BIONDI B., 'Usufructus', in *Iura*, IV, 1954, 214 ss.
- BIONDI B., voce *Comunione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855 ss.
- BIONDI B., voce 'Iudicium bonae fidei', in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 339.
- BISCARDI A., *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana: note ed appunti*, Milano, 1973.
- BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968.
- BONA F., *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales-res incorporeales' e 'res Mancipi-res nec Mancipi' nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 409 ss.
- BONA S., *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche: questioni qualificatorie e processuali*, in *Giur. it.*, 2020, 1068 ss.
- BONFANTE P., 'Res Mancipi' e 'nec Mancipi', Roma, 1888-1889 (ora in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918).
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, II.1, *La proprietà*, Roma, 1926.
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, Roma, 1928.
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933.
- BONIFACIO F., 'Iudicium legitimum' e 'iudicium imperium continens', in *Studi Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 207 ss.
- BRANCA G., voce 'Ager vectigalis', in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 414 s.
- BRASIELLO U., voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 111 ss.
- BRETONE M., 'Consortium' e 'communio', in *Labeo*, VI, 1960, 163 ss.
- BRETONE M., *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962.
- BRETONE M., *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967.

- BRETONE M., *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica (Atti dell'Accademia nazionale dei Lincei)*, Roma, 2008.
- BROGGINI G., *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum 'officium' des römischen Privatrichters*, Köln - Graz, 1957.
- BROGGINI G., voce *Regolamento di confini (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 247 ss.
- BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009.
- BRUTTI M., *Gaio e lo 'ius controversum'*, in *AUPA*, LV, 2012, 75 ss.
- BURDESE A., *'Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella fiducia e nel 'pignus'*, Torino, 1949.
- BURDESE A., *Il concetto di 'ius naturale' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, VII, 1954, 407 ss.
- BURDESE A., voce *Divisione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 412 ss.
- BURDESE A., voce *Pegno (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 662 ss.
- BURDESE A., voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.
- BURDESE A., *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 175 ss.
- BURDESE A., *Considerazioni sulle 'res corporales' e 'incorporales' quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in *Gaetano Scherillo (Atti Convegno - Milano 1992)*, Milano, 1994, 23 ss.
- BUSACCA C., *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Villa San Giovanni, 1981.
- BUZZACCHI C., *'Demonstratio' e protoformule*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, 141 ss.
- CACACE S., *La natura della divisione. Un falso problema*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XLI, 2020, 485 ss.
- CANCELLI F., voce *'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 392 ss.
- CANCELLI F., *'Iudicia legitima', 'arbitria honoraria' e 'advocatio' di Pro Quinto Roscio Comoedo, 5,15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone*, in *'Res publica'. Princeps' di Cicerone e altri saggi*, Torino, 2017, 129 ss.

- CANNATA C.A., voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 323 ss.
- CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le ' legis actiones'*, Torino, 1980.
- CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982.
- CANNATA C.A., *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001.
- CANNATA C.A., *'Bona fides' e strutture processuali*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di Studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 257 ss.
- CANNATA C.A., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da G. Tarello*, IV, Bologna, 1974, 35 ss. (ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Torino, 2011, 265 ss.).
- CAPPELLINI P., *'Systema iuris'. I. Genesi del sistema e nascita della 'scienza delle pandette'*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1984.
- CARBONE M.T., *'Tanti sunt mi emptae sunt'. Varr. De re rust. 2.2.5*, in *SDHI*, LXXI, 2005, 407 ss.
- CARCATERRA A., *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964.
- CARDILLI R., *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021.
- CARPINELLI M., *Lo scioglimento della comunione ereditaria avente ad oggetto beni immobili abusivi: estensione delle nullità alle divisioni ereditarie*, in *NGCC*, 2020, 507 ss.
- CARRELLI O., *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946.
- CARRO V., *Alcune osservazioni in tema di 'communio': la natura giuridica dell'actio communi dividundo*, in *Jus*, 1, 2019, 304 ss.
- CECI L., *Le etimologie dei giureconsulti romani*, Torino, 1892 (rist. Roma, 1966).
- CERAMI P., *Note storico-giuridiche in tema di 'giudici' e 'legge' (a proposito di una recente monografia di G. Valditara)*, in *AUPA*, LXI, 2018, 317 ss.
- CERSOSIMO V., *La divisione ereditaria: dalla natura dichiarativa a quella costitutivo-traslativa (prime riflessioni e risvolti pratici)*, in *Vita not.*, 2019, 1229 ss.

- CICERO C. - LEUZZI A., *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*, in *Riv. not.*, 2020, 1235 ss.
- CIULEI G., 'Finium regundorum', in *ZSS*, LXXXI, 1964, 303 ss.
- CORBINO A., *Gai. 4.48 e il contenuto della sentenza del giudice nel processo privato di epoca decemvirale*, in *Sem. Compl.*, V, 1993, 67 ss.
- CORBINO A., *Diritto privato romano. Contesti - Fondamenti - Discipline*<sup>4</sup>, Padova, 2019.
- D'ANGELO G., 'Civiliter vel naturaliter possidere', Torino, 2022.
- DALLA MASSARA T., *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005.
- DAJCZAC W., *Der Ursprung der Wendung 'res incorporalis' im römischen Recht*, in *RIDA*, L, 2003, 97 ss.
- DE FILIPPI M., 'Fragmenta Vaticana'. *Storia di un testo normativo*, Bari, 1997.
- DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924.
- DE GIOVANNI L., *Istituzioni, scienza giuridica, Codici nel modo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007.
- DE RUGGIERO E., voce 'Adiudicatio', in *Dizionario epigrafico*, Roma, 1895 (rist. 1961), 79.
- DE SIMONE M., 'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem'. *A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*, LI, 2006, 45 ss.
- DEIANA G., *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, XXXI, 1939, 12 ss.
- DEL CHIARO E., *Le contrat de société en droit privé romain sous la république et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris, 1928.
- DERNBURG H., *Pandekten*<sup>5</sup>, I, Berlin, 1896.
- DIAZ BIALET A., 'De finium regundorum'. *CTh. 2, 26, 1-5*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 537 ss.
- DI PAOLA S., *L'opera di Giavoleno Prisco sui Libri Posteriores di Labeone*, in *BIDR*, LI-L, 1947, 277 ss.
- DONADIO N., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto. Consuetudini, regole*,

- pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e loro tracce nella 'palliata' latina*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, 117 ss.
- DONATUTI G., *La 'communio incidens' come causa obbligatoria*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 117 ss.
- ECK E., *Die sogenannten doppelseitigen Klagen*, Berlin, 1870.
- EIN E., *Le azioni dei condomini*, in *BIDR*, XXXIX, 1931, 73 ss.
- ERNOUT A. - MEILLET A., voce 'Res', in *Dictionnaire etymologique*<sup>4</sup>, 1985, 571.
- FABI B., *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1972.
- FADDA C., *Istituti commerciali del diritto romano*, Napoli, 1997.
- FALCON M., 'Ipsam rem condemnare' in Gai 4.48, ne *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 523 ss.
- FALCONE G., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003.
- FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss. (ora in *Voci di teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, 1985, 185 ss.).
- FARGNOLI I., *Il magistrato in prima linea. I 'iudicia imperio continentia'*, ne *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 143 ss.
- FEHR M., *Recensione a A. BERGER, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, in *ZSS*, XXXIII, 576 ss.
- FERNANDEZ BARREIRO A., *La 'actio communi dividundo utilis'*, in *Estudios Santa Cruz Teijeiro*, I, Valencia, 1974, 267 ss.
- FERRETTI P., *'Animo possidere'. Studi su 'animus' e 'possessio' nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017.
- FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, XIII, 1901, 101 ss. (ora in *Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 307 ss.).
- FINAZZI G., *Recensione a L. FRANCHINI, La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, in *Iura*, LXIV, 2016, 432 ss.

- FINKENAUER T., *Zur Inhärenz von Einreden im 'bonae fidei iudicium'*, in *Iura*, LXVIII, 2020, 77 ss.
- FIORI R., *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della 'recezione' dei 'iudicia bonae fidei'*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1998, 165 ss.
- FIORI R., *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003.
- FORCELLINI Æ., voce *'Res'*, in *Totius latinitatis Lexicon. Consilio et cura J. Facciolati*, III, Patavii, 1844, IV, Padova, 929 ss.
- FRANCHINI L., *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015.
- FREZZA P., *'Actio communi dividundo'*, in *RISG*, VII, 1932, 3 ss.
- FREZZA P., *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 533 ss.
- FURFARO F., *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, 2016.
- GALLO F., *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955.
- GALLO F., *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Napoli, 1956, 193 ss.
- GAROFALO L., *Il possesso tra fatto e diritto*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovissimi saggi*, Napoli, 2019, 83 ss.
- GAUDEMET J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934.
- GEIB O., *Die rechtliche Natur der 'Actio communi dividundo'. Inaugural-Dissertation der hohen Juristenfacultät zu Tübingen zur Erlangung*, Tübingen, 1882.
- GIARO T., *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main, 2007.
- GIOFFREDI C., *'Iudicium legitimum'*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 193 ss.
- GIOFFREDI C., *Aspetti della sistematica Gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, 242 ss.

- GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>11</sup>, Paris, 1929.
- GIUNTI P., 'Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione, in *Iura*, LXI, 2013, 47 ss.
- GLÜCK F., *Commentario alle Pandette di Federico Glück. Tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, diretto da F. Serafini e P. Cogliolo, X, Tradotto ed annotato da A. Longo e S. Perozzi, Milano, 1900.
- GORDON W.M., D. 33.2.31. *Usufruct and common property*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 307 ss.
- GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887.
- GRÖSCHLER P., 'Demonstratio' e 'intentio': antinomie nel processo formulare?, in *LR*, VI, 2017, 122 ss.
- GROSSI P., voce *Divisione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 415 ss.
- GROSSO G., *Problemi costruttivi e sistematici dell'usufrutto nel diritto romano*, in *SDHI*, IX, 1943, 157 ss.
- GROSSO G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1958.
- GROSSO G., *Note esegetiche in tema di usufrutto*, in *BIDR*, LXXIV, 1971, 37 ss.
- GROSSO G., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1974.
- GROSSO G., *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato - persone - obbligazioni - successioni*, Torino, 2001, 125 ss.
- HARKE J.D., *Societas als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem*, in *TR*, LXXIII, 2005, 43 ss.
- HEUMANN H.G. - SECKEL E., voce 'Adiudicare', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, 14.
- HEUMANN H.G. - SECKEL E., voce 'Res', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, 511 s.
- HINRICHS F.T., *Zur Geschichte der Klage finium regundorum. Eine Kontroverse mit Rolf Knütel*, in *ZSS*, CXI, 1994, 242 ss.

- HOENIGER F., *Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichen Rechte auf historischer Grundlage unter besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechtes*, Berlin, 1901.
- JOHNSTON D., *Gaius and the 'Liber singularis regularum' attributed to Ulpian*, in *Le Istituzioni di Gaio avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux e D. Mantovani, Pavia, 2020, 303 ss.
- KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht<sup>2</sup>*, München, 1996.
- KASER M., *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, 463 ss.
- KASER M., *'Adiudicare' bei der 'actio finium regundorum' und bei Vindikationen*, in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae. Ediderunt J. A. Ankum, R. Feenstra, W. F. Leemans. Tomus primus: 'Ius Romanum'*, Leiden, 1968 (ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, 117 ss.).
- KASER M., *Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik*, in *ZSS*, LXII, 1942, 34 ss.
- KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966.
- KASER M., *Das römische Privatrecht<sup>2</sup>*, München, 1975.
- KASER M., *'Ius gentium'*, Köln-Weimar-Wien, 1993.
- KASER M. - KNÜTEL R., *Römisches Privatrecht<sup>19</sup>*, München, 2008.
- KRELLER H., *'Res' als Zentralbegriff des Institutionensystem*, in *ZSS*, LXVI, 1948, 572 ss.
- KNÜTEL R., *Die 'Actio finium regundorum' und die ars gromaticae*, in *Die römische Feldmesskunst*, Göttingen, 1992, 285 ss.
- KÜBLER B., *Recensione ad A. AUDIBERT, L'évolution de la formule des actions 'familiae erciscundae' et 'communi dividundo'*, in *ZSS*, XXV, 1904, 446 ss.
- LABRUNA L., *Un tema 'senza tempo': il 'difficile rapporto' tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in *'Civitas et civitatis'. Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino, 2013, 453 ss.
- LA ROSA F., *La formula dell'actio iudicati'. Contributo allo studio dei poteri del 'iudex'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 233 ss.
- LA ROSA R., *'Usus fructus'. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008.

- LAMBRINI P., La 'possessio' tra corpo e animo, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 663 ss.
- LANFRANCHI F., *Studi sull'ager vectigalis*, I, *La classicità dell'actio in rem sull'ager vectigalis*, Faenza, 1938.
- LANFRANCHI F., *Studi sull'ager vectigalis*, II, *Il problema dell'usucapibilità degli 'agri vectigales*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1939.
- LANFRANCHI F., *Studi sull'ager vectigalis*, III, *La trasmissibilità a titolo singolare del 'ius in agro vectig.*', in *Ann. Triestini*, 1940.
- LENEL O., *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1985).
- LEVY E., *Zu D. 6, 1, 68 und 70*, in *ZSS*, XLIII, 1922, 530 ss.
- LIEBS D., 'Damnum', 'damnare' und 'damnas'. *Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS*, LXXXV, 1968, 173 ss.
- LIEBS D., *Gemischte Begriffe römische Recht*, in *Index*, I, 1970, 143 ss.
- LOPS F.P., *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche. Considerazioni a margine della recente sentenza delle Sez. Un. Cass., 7 ottobre 2019, n. 25021*, in *Vita not.*, 2019, 1257 ss.
- LUCHETTI G., *I primi due libri del commentario di Paolo 'ad edictum'*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 509 ss.
- LUCHETTI G., *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *AG*, CCXXXIV, 2014, 507 ss.
- MACCORMACK G., 'Naturalis possessio', in *ZSS*, LXXXIV, 1967, 47 ss.
- MACCORMACK G., *The 'actio communi dividundo' in Roman and Scots law*, in *The Roman Law Tradition*, Cambridge, 1994, 159 ss.
- MAGANZANI L., *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997.
- MAININO G., *L'ordine espositivo delle Istituzioni di Gaio e il sistema civilistico*, in *Riv. dir. rom.*, IX, 2011, 1 ss.
- MANDRIOLI C. - CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*<sup>28</sup>, Torino, 2022.
- MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999.
- MARRONE M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 5 ss.

- MARRONE M., *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo, 1965.
- MARRONE M., 'Agere lege', 'formulae' e preclusione processuale, in *AUPA*, XLII, 1992, 209 ss. (ora in 'Praesidia libertatis'. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 7-10 giugno 1992)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1994, 17 ss.).
- MARRONE M., *Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia, 25-26 giugno 1999)*, Torino, 2000, 24 ss. (ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, 801 ss.).
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo, 2006.
- MARTINI R., 'Genus-species' e i giuristi romani, in *Labeo*, XXIV, 1978, 321 ss.
- MARTINI R., *Di alcune singolarità della sistematica gaiana, in Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, I, Milano, 2010, 121 ss.
- MARTINI R., *Gaio e le 'Res cottidianae'*, in *AUPA*, LV, 2012, 171 ss.
- MASSON P., *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, in *RHD*, XIII, 1934, 3 ss.
- MASUELLI S., *Gli atti costitutivi di diritti reali, ed in particolare della proprietà, in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica*, in *Riv. dir. rom.*, XIX, 2019, 1 ss.
- MATTIANGELI D., *Personalità giuridica, società di capitali ed economia capitalista a Roma. Una ricerca storico-economica*, con Nota introduttiva di J.M. Rainer, Napoli, 2018,
- MATTIOLI F., *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori*, II, *Auctores-Negotia'*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 85 ss.
- MAYER-MALY TH., voce *Adiudicatio*, in *Der Kleine Pauly*, I, München, 1964, 65.
- MAZZACANE A., voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 592 ss.
- MEISSEL F.S., *Zur konkurrenz von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo'*, in *Orbis iuris romani*, 1999, 142 ss.

- MERCOGLIANO F., *Un'ipotesi sulla formazione dei 'Tituli ex corpore ulpiani'*, in *Index*, XVIII, 1990, 185 ss.
- MERCOGLIANO F., *'Tituli ex corpore Ulpiani'. Storia di un testo*, Napoli, 1997.
- MERCOGLIANO F., *Le 'Regulae iuris' del 'liber singularis' ulpiano*, in *Index*, XXVI, 1998, 353 ss.
- MERCOGLIANO F., *Una ricognizione sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *AARC*, XIV, 2003, 407 ss.
- METRO A., *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972.
- MILAZZO A., *'Iniuria iudicis': ingiustizia della sentenza e riflessi sulla cosa giudicata*, in *Res iudicata*, II, Napoli, 2005, 67 ss.
- MISERA K., *Akzession und Surrogation zufolge einer 'adiudicatio'*, in *ZSS*, CIII, 1986, 383 ss.
- MONIER R., *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 357 ss.
- NELSON H.L.W., *Überlieferung, Aufbau und Stil von 'Gai Institutiones'*, in *Studia Gaiana*, VI, Leiden, 1981, 10 ss.
- NELSON H.L.W., *Der Stil eines Kurzlehrbuches: 'Ulpiani liber singularis regularum'*, in *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften*, Rostock, 1993, 81 ss.
- NICOSIA G., voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 120 ss.
- NICOSIA G., *'Ea quae iure consistunt'*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, II, Napoli, 2009, 821 ss.
- NOCERA G., *'Ius naturale' nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1962.
- NÖRR D., *'Divisio' und 'partitio'. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972.
- ORESTANO R., *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968.
- ORESTANO R., *Gaio e le 'res incorporales'*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 297 ss.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

- ORIO C., *Lasciti di 'usus fructus' in funzione di rendita*, in *Index*, IX, 1980, 233 ss.
- ORLANDO G., *Nullità urbanistiche e divisione ereditaria: l'equivoco delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2020, 2647 ss.
- PALMA A., *'Iura vicinatis'. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988.
- PAMPLONI M., *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *BIDR*, 1910, XXII, 109 ss.
- PESCANI P., *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR*, LXXVII, 1974, 378 s.
- PELLOSO C., *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 84 ss.
- PELLOSO C., *'Bis de eadem re sit actio': osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata*, in *'Res iudicata'*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, 209 ss.
- PERANI R., *'Pignus distrahere'. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio*, Milano, 2021.
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, I<sup>2</sup>, Roma, 1928.
- PEROZZI S., *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D.41.1.7.7 sia di Gaio*, in *Scritti giuridici*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 1948, 253 ss.
- PERNICE A., *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, 1873, 72 ss.
- PETRUCCI A., *'Mensam exercere'. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 1991.
- PFLÜGER H., *Über körperliche und unkörperliche Sachen*, in *ZSS*, LXV, 1947, 339 ss.
- PICHONNAZ P., *'Res incorporales' et 'possessio iuris'. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in *OIR*, IX, 2004, 105 ss.
- PIETRINI S., *'Deducto usu fructo'. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008.
- PINTO F., *Natura giuridica della divisione e disciplina in materia di imposta di registro*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2020, 1094 ss.

- POGGI A., *Il contratto di società in diritto romano classico*, I, Torino, 1930.
- POLITO P., *Some Considerations on the Relationship between 'res incorporales' and 'Immaterialgüterrechte'*, in *Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates*, edited by U. Babusiaux and M. Igini, Köln, 2019, 33 ss.
- PROVERA G., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989.
- PUGLIATTI S., voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 1 ss.
- PUGLIESE G., *Figure processuali ai confini tra 'iudicia privata' e 'publica'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 392 s. (ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1985, 395).
- PUGLIESE G., *'Res corporales', 'res incorporales' e il problema del diritto soggettivo*, in *RISG*, V, 1951, 237 ss. (ora in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1985, 225 ss.).
- PUGLIESE G., *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*, VI, 1959, 347 ss.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano*, II.I, *Il processo formulare*, Milano, 1963.
- PUGLIESE G., voce *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 316 ss.
- PULIATTI S., *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio (Trani, 22-23 maggio 2009)*, Bari, 2011, 43 ss.
- PULITANÒ F., *Profili dell'«officium iudicis» nei giudizi divisorii*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 385 ss.
- RATTI U., *Sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio*, Napoli, 1985, 3 ss.
- RAMPONI L., *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922.
- ROBBE U., *La 'successio' e la distinzione fra 'successio in ius' e 'successio in locum'*, I, Milano, 1965.
- ROBBE U., *Osservazioni su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, a cura di A. Guarino e L. Bove, Napoli, 1966, 115 ss.

- RODGER A., 'Vadimonium' to Rome (and Elsewhere), in ZSS, CXIV, 1997, 160 ss.
- ROMANO A., *Condanna 'in ipsam rem' e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in Labeo, XXVIII, 1982, 131 ss.
- ROMANO A., *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986.
- ROMANO C., *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*, in Notariato, 2019, 649 ss.
- ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano: tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010.
- SANTORO R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA, XXXVII, 1983, 6 ss.
- SANTUCCI G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997.
- SANTUCCI G., *Recensione a L. FRANCHINI, La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, in LR, VI, 2017, 440 ss.
- SANTUCCI G., *Diritto romano e diritti europei: continuità e discontinuità nelle figure giuridiche<sup>2</sup>*, Bologna, 2018.
- SCAPINI N., voce *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1088 ss.
- SCHERMAIER M.J., *Teilvindikation oder Teilungsklage? Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht*, in ZSS, CX, 1993, 124 ss.
- SCHLICHTING G., *Die Verfürungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe, 1973.
- SCHMIDLIN B., *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln - Wien, 1970.
- SCHULZ F., *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus reginae 1128*, Bonn, 1926.
- SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Aalen, 1992 (rist. ed. 1951).
- SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate, curate, edite da Pietro Bonfante*, I, Roma, 1928.

- SEGRÈ G., *La comproprietà, la comunione degli altri diritti reali*, in *Corso di diritto romano*, Torino, 1931.
- SEGRÈ G., *Possesso 'pro indiviso' e azione di divisione fra compossessori*, in *Scritti giuridici*, Roma, 1939, 517 ss.
- SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*<sup>8</sup>. *Introduzione, Teorie generali, Diritti reali*, a cura di E. Serafini, I, Torino, 1909.
- SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 73 ss. (ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 220 ss.).
- SOLAZZI S., 'Vectigales Aedes', in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 173 ss.
- SPERANDIO M.U., *Le 'regulae iuris' del 'Liber singularis' ulpiano*, in *Index*, XXVI, 1998, 353 ss.
- SPERANDIO M.U., *Una ricognizione sui 'Tituli ex corpore Ulpiani'*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XIV, Napoli, 2003, 407 e ss.
- SPERANDIO M.U., *Il 'Codex' e la divisione per 'tituli'*, in *AARC*, XVI, 2007, 435 ss.
- SPERANDIO M.U., 'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. *Il liber singularis regularum' pseudoulpiano e il 'codex vaticanus reginae 1128'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 357 ss.
- STAEDLER E., *Die 'Actio communi dividundo' als juristisches Prototyp des Westindienvergleichs von 1493/94*, in *ZSS*, 1944, 275 ss.
- STARACE P., *Sulla tutela processuale del 'communiter gerere'. Intorno a D. 17.2.62*, Bari, 2015.
- STOLFI E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 1 ss.
- STOLFI E., *Riflessioni attorno al problema dei diritti soggettivi*, in *Studi sen.*, CXVIII, 2006, 120 ss.
- STOLFI E., *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti e A. Schiavone, Torino, 2019, 59 ss.

- STURM F., *'Alienationis verbum etiam usucapionem continet'*, in *Mélanges Meylan*, I, 1963, 299 ss.
- TALAMANCA M., *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico, in Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, VI, Roma, 1954, 35 ss.
- TALAMANCA M., voce *'Auctio'*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 1535.
- TALAMANCA M., voce *Confini (Regolamento di) (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 954 ss.
- TALAMANCA M., *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani, in La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, 1977, 3 ss.
- TALAMANCA M., voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1 ss.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TALAMANCA M., voce *Società in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 814 ss.
- TALAMANCA M., *Recensione a A. PETRUCCI, 'Mensam exercere'. Studi sull'impresa finanziaria romana*, in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-1994, 835 ss.
- TALAMANCA M., *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento, ne Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di Studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 1 ss.
- TARTUFARI A., *Sulla natura della divisione in diritto romano e in diritto odierno considerata in ordine alla trascrizione*, in *AG*, 15, 1875, 436 ss.
- TELLEGEN J.W., *'Res incorporalis' et les codifications modernes de droit civil*, in *Labeo*, X, 1994, 41 ss.
- THIELMANN G., *Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961.
- THOMAS J.A.C., *Recensione a G. THIELMANN, Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, in *Labeo*, XII, 1966, 395 ss.

- THOMAS J.A.C., *The Auction Sale in Roman Law*, in *The Juridical Review*, 1957, 42 ss.
- THOMAS Y., *Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, LVII.6, 2002, 24.
- TORRENT A., *Notas sobre la relación entre 'communio' y compropiedad*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 99 ss.
- TURELLI G., *'Res incorporeales' e 'beni immateriali': categorie affini, ma non congruenti*, in *TSDP*, V, 2012, 1 ss.
- TURELLI G., *'Res incorporeales', 'beni immateriali': categorie affini, ma non congruenti*, in *Afferrare l'inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Sciumé ed E. Fusar Poli, Milano, 2013, 71 ss.
- TURELLI G., *'Res incorporeales', 'objetos corporales', 'objetos inmateriales'. Nota sull'itinerario moderno di un concetto antico*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXVII, 2016, 171 ss.
- TURELLI G., *Modello sistematico e sensibilità storica in Dalmacio Vélez Sársfield*, in *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, I, Torino - Valencia, 2020, 119 ss.
- VACCA L., *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia 25-26 giugno 1999)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2000, 37 ss. (ora in *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 132 ss.).
- VALIÑO E., *'Actiones utiles'*, Pamplona, 1974.
- VANZETTI M., *Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 291 ss.
- VARVARO M., *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, a cura di G. D'Angelo, M. De Simone e M. Varvaro, Torino, 2019, 287 ss.
- VARVARO M., *I 'Vaticana fragmenta' a due secoli dalla riscoperta*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, XI, 2021, 409 ss.
- VILLEY M., *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHD*, XXIV-XXV, 1946-1947, 209 ss.

- VINCENTI U., 'Res' e 'dominus', in *Diritto romano attuale*, V, 2001, 19 ss.
- VINCI M., 'Fines regere'. *Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004.
- VINCI M., *Un'ipotesi di glossema 'interpretativo': l'assimilazione dell'usufrutto alla 'pars rei' in D. 7.1.33 (Pap. 17 quest.)*, in *Index*, XXVI, 2008, 211 ss.
- VINCI M., *Un esempio di 'causa mixta' nelle azioni divisorie: prime riflessioni sulla costituzione di pegno/ipoteca su bene indiviso*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 77 ss.
- VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946.
- VOCI P., *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952.
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, II, Milano, 1963.
- VON BESELER G., *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, LXVI, 1948, 599 ss.
- WACKE A., *Ungeteilte Pfandhaftung*, in *Index*, III, 1972, 463 ss.
- WALDE A. - HOFMANN J.B., voce 'Res', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*<sup>5</sup>, II, Heidelberg, 1982, 430 s.
- WATSON A., *The Law of Property in the later Roman Republic*, Oxford, 1968 (rest. Aalen, 1984).
- WENGER L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925.
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>6</sup>, III-IV, Frankfurt am Main, 1887.
- WITTKA A.M., voce 'Adiudicatio', in *Der Neue Pauly*, I, Stuttgart - Weimar, 1996, 113 s.
- WLASSAK M., voce 'Adiudicatio', in *RE*, I, München, 1893 (rist. 1988), 362 ss.
- ZAMORANI P., 'Precario habere', Milano, 1969.
- ZAMORANI P., *Gaio e la distinzione tra 'res corporales' e 'res incorporales'*, in *Labeo*, XX, 1974, 362 ss.
- ZAMORANI P., 'Possessio' e 'animus', I, Milano, 1977.
- ZARRO G., *Da Cicerone a Gaio: un possibile percorso sull'origine dei 'iudicia bonae fidei'*, in *Sem. Compl.*, XXXIII, 2020, 211 ss.

- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996.
- ZUCCOTTI F., *Una nuova ipotesi sulla nascita dello 'ius utendi fruendi' (Vivagni. VIII)*, in *Riv. dir. rom.*, VIII, 2008, 15 ss.
- ZUCCOTTI F., *Per una storia dell'oportere. Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca*, in *Riv. dir. rom.*, XX, 2020, 1 ss.
- ZUCCOTTI F., *Sul preteso valore di 'condemnatio' piuttosto che di 'intentio' della clausola formulare 'quidquid dare facere oportet'. Osservazioni sulla trattazione gaiana delle 'partes formularum'*, in *AUPA*, LXIII, 2020, 279 ss.



## INDICE DEGLI AUTORI

- ALBANESE B.: 22, nt. 19; 76, nt. 40;  
94, nt. 5; 97, nt. 6; 128, nt. 4
- ALBERTARIO E.: 41 e nt. 61; 42 e nt.  
64; 78, nt. 45; 109, nt. 44; 110,  
nt. 46; 117, nt. 62; 126, nt. 1;  
131, nt. 9; 140, ntt. 20, 21
- AMADIO G.: 56, nt. 1
- ANGELONI F.: 55, nt. 1
- ANGELOSANTO A.: 17, nt. 6; 177, nt. 21
- ANKUM H.: 60, nt. 12; 104, nt. 32
- ARANGIO-RUIZ V.: 16, nt. 4; 19, nt. 10;  
20, nt. 16; 21, nt. 18; 22, nt. 19;  
23, nt. 21; 24, nt. 24; 25, nt. 26;  
28, nt. 32; 39 e nt. 57; 40 e ntt.  
58, 59; 43 e nt. 69; 44 e ntt. 73,  
75; 45 e nt. 78; 46, ntt. 81, 82;  
51, nt. 97; 60, ntt. 11, 12; 61,  
nt. 13; 62, nt. 17; 63, nt. 21; 64  
e ntt. 22, 23, 24, 25; 65 e ntt. 26,  
27; 67 e nt. 28; 69; 70 e ntt. 30,  
31; 71 e nt. 32; 72, nt. 34; 78,  
nt. 45; 80, nt. 53; 87, nt. 75; 89,  
nt. 80; 103, nt. 28; 104, nt. 32;  
109, nt. 44; 113, nt. 55; 115, nt.  
58; 116, nt. 61; 117, nt. 62; 117,  
ntt. 62, 63; 119, ntt. 66, 67; 126,  
nt. 1; 140, nt. 20; 141, nt. 22
- ARCES P.: 136, nt. 16
- ARCHI G.G.: 58, nt. 4; 79, nt. 48; 84,  
nt. 59; 97, nt. 6
- ARICÒ ANSELMO G.: 20, ntt. 15, 16; 21,  
nt. 17; 22, nt. 19; 23, nt. 21; 25,  
nt. 26; 27, nt. 28; 48 e ntt. 88,  
89, 90, 91; 49 e ntt. 92, 93; 50,  
ntt. 94, 95; 58, nt. 4; 60, nt. 12;  
62, nt. 17; 80, nt. 53; 87, nt. 75;  
90, nt. 87; 102, nt. 27; 103, nt.  
28; 104, nt. 31; 107, nt. 38; 108,  
nt. 41; 109, nt. 44; 110, ntt. 48,  
49; 111, nt. 51; 112, ntt. 52, 53;  
113, nt. 55; 115, nt. 57; 116, nt.  
61; 119, nt. 66; 121, nt. 73; 122,  
nt. 76; 123, nt. 78; 127, nt. 1;  
128, nt. 3; 129, nt. 5; 130, nt. 8;  
131, nt. 9; 135, nt. 15; 136, nt.  
16; 138, nt. 17; 140, nt. 20; 142,  
nt. 24; 145, ntt. 32, 33; 146, nt.  
37; 147, ntt. 37, 39; 147, nt. 39;  
155, nt. 4
- ARNDTS K.L.: 30; 32 e nt. 43; 57, nt. 2
- ARNESE A.: 58, nt. 4; 100, nt. 17; 101,  
ntt. 19, 21; 102, nt. 23; 105,  
nt. 34; 116, nt. 59; 118, nt. 65;  
120, nt. 72
- ASTUTI G.: 94, nt. 2; 98, nt. 8; 100, nt.  
17; 135, nt. 14; 139, nt. 19
- ATTARDI A.: 57, nt. 2
- AUDIBERT A.: 20, ntt. 15, 16; 21, ntt.  
17, 18; 22, nt. 21; 25, nt. 26;  
46, ntt. 81, 82; 114, nt. 57
- AVENARIUS M.: 78, ntt. 44, 45, 46; 79,  
nt. 52; 80, nt. 53; 83, nt. 57; 84,  
ntt. 60, 61; 84, nt. 62; 86, nt.  
74

- BACCAGLINI L.: 56, nt. 1
- BALDESSARELLI F.: 95, nt. 5; 97, nt. 6; 140, nt. 20
- BALDUS C.: 58, nt. 4; 86, nt. 72; 95, nt. 5; 96, nt. 5; 97, nt. 6
- BALZARINI M.: 88, nt. 76
- BASSANELLI E.: 141, nt. 21
- BATTAGLIA F.: 58, nt. 4
- BAVA F.M.: 56, nt. 1
- BECK C.: 95, nt. 5; 97, nt. 6
- BERGER A.: 20, nt. 15; 22, ntt. 19, 21; 25, nt. 26; 38 e nt. 53; 39 e ntt. 55, 56; 46, nt. 82; 62, nt. 17; 109, nt. 44; 111, nt. 51; 112, nt. 52; 113, nt. 55; 116, nt. 61; 126, nt. 1; 130, nt. 8; 136, nt. 16; 138, nt. 17; 140, nt. 20; 141, nt. 22; 157, nt. 6
- BERTOLDI F.: 176, nt. 16
- BESELER G.: 89, nt. 80; 157, nt. 6
- BESTA E.: 56, nt. 1
- BETTI E.: 17, nt. 6; 24, nt. 24
- BIALET A.D.: 58, nt. 5
- BIANCHI E.: 66, nt. 27
- BIANCHINI M.: 120, nt. 72
- BICCARI M.L.: 24, nt. 24
- BIONDI B.: 22, nt. 19; 24, nt. 24; 25, nt. 26; 38, nt. 53; 42 e ntt. 65, 66, 67; 43 e nt. 68; 89, ntt. 80, 81; 95, nt. 5; 104, nt. 32; 108, nt. 43; 126, nt. 1; 140, ntt. 20; 140, 21; 141, nt. 22; 154, nt. 3
- BISCARDI A.: 61, nt. 13; 87, nt. 75; 88, nt. 76; 90, nt. 87; 104, nt. 32
- BISCOTTI B.: 176, nt. 17
- BONA F.: 82, nt. 55; 95, nt. 5; 97, nt. 6; 120, nt. 72
- BONA S.: 56, nt. 1
- BONFANTE P.: 27, nt. 29; 82, nt. 56; 94, nt. 2; 104, nt. 32; 146, nt. 37; 159, nt. 9
- BONIFACIO F.: 88, nt. 76
- BONILINI G.: 55, nt. 1
- BRANCA G.: 140, nt. 21
- BRASIELLO U.: 62, nt. 17
- BRETONE M.: 85, nt. 72; 95, nt. 5; 100, ntt. 17, 19; 102, ntt. 24, 25; 104, nt. 32; 105, nt. 34; 154, nt. 3; 158, nt. 7; 159, nt. 9; 160, nt. 13; 162, ntt. 17, 18; 163, ntt. 19, 20
- BROGGINI G.: 17, nt. 6; 58, nt. 5; 88, nt. 76; 159, nt. 11
- BRUTTI M.: 85, nt. 72; 95, nt. 5
- BURDESE A.: 16, ntt. 3, 4; 17, nt. 6; 20, nt. 16; 22, nt. 19; 23, nt. 21; 25, nt. 26; 27, nt. 28; 28, nt. 32; 55, nt. 1; 57, ntt. 2, 4; 76, nt. 40; 87, nt. 75; 89, nt. 80; 94, nt. 5; 95, nt. 5; 104, nt. 32; 105, nt. 32; 113, nt. 55; 128, nt. 4; 136, nt. 16; 140, ntt. 20, 21; 165, nt. 28; 166, nt. 29
- BUSACCA C.: 97, nt. 6
- BUSNELLI F.D.: 16, nt. 3
- BUZZACCHI C.: 24, nt. 24
- CACACE S.: 25, nt. 26; 27, nt. 28; 57, nt. 2; 87, nt. 75
- CANCELLI F.: 78, nt. 45; 88, nt. 76; 120, nt. 72

- CANNATA C.A.: 17, nt. 6; 26, nt. 26; 29, nt. 32; 60, nt. 12; 61, nt. 13; 63, nt. 19; 74, ntt. 36, 38; 76, nt. 40; 97, nt. 6; 103, nt. 28; 128, nt. 4
- CAPOGROSSI COLOGNESI L.: 120, nt. 72
- CAPPELLINI P.: 30, nt. 35
- CARBONE M.T.: 132, nt. 10
- CARCATERRA A.: 25, nt. 26
- CARDILLI R.: 96, nt. 5
- CARPINELLI M.: 56, nt. 1
- CARRATTA A.: 55, nt. 1
- CARRELLI O.: 88, nt. 76
- CARRO V.: 25, nt. 26; 27, nt. 28; 57, nt. 2; 104, nt. 32; 105, nt. 32; 112, nt. 51
- CECI L.: 62, nt. 17
- CERAMI P.: 176, nt. 19
- CERSOSIMO V.: 56, nt. 1
- CICERO C.: 56, nt. 1
- CICU A.: 55, nt. 1
- CIULEI G.: 58, nt. 5
- CORBINO A.: 76, nt. 40
- CURSI M.F.: 95, nt. 5
- D'ALESSIO R.: 27, nt. 28; 57, nt. 2; 87, nt. 75; 157, nt. 6; 165, nt. 27
- D'ANGELO G.: 129, nt. 5
- D'ORS A.: 147, nt. 39
- DAJCZAC W.: 95, nt. 5
- DALLA D.: 17, nt. 6; 178, nt. 22
- DALLA MASSARA T.: 101, nt. 19
- DE FILIPPI M.: 87, nt. 75
- DE FRANCISCI P.: 57, nt. 4; 109, nt. 44; 110, nt. 47
- DE GIOVANNI L.: 79, nt. 48
- DE MARTINO F.: 147, nt. 39
- DE RUGGIERO E.: 62, nt. 17
- DE SIMONE M.: 130, nt. 8; 133, nt. 13
- DEIANA G.: 16, nt. 3; 80, nt. 53
- DEL CHIARO E.: 119, nt. 66
- DERNBURG H.: 30; 36 e nt. 51
- DI PAOLA S.: 157, nt. 6
- DI PORTO A.: 115, nt. 58
- DIAZ BIALET A.: 107, nt. 38
- DONADIO N.: 131, nt. 10
- DONATUTI G.: 18, nt. 8; 115, nt. 57; 118, nt. 63
- DOZHDEV D.: 100, nt. 19
- ECK E.: 103, nt. 28; 146, nt. 37
- EIN E.: 116, nt. 61; 117, nt. 62
- ERNOUT A.: 94, nt. 2
- EVANGELISTI M.: 105, nt. 34
- FABI B.: 128, nt. 4
- FADDA C.: 87, nt. 75
- FALCON M.: 76, nt. 40
- FALCONE G.: 61 e ntt. 12, 14, 16, 16; 72, nt. 34; 74, ntt. 36, 38; 85, ntt. 70, 73; 96, nt. 5; 97, nt. 6
- FALZEA A.: 55, nt. 1
- FARGNOLI I.: 87, nt. 75; 88, nt. 76
- FEHR M.: 126, nt. 1
- FERNANDEZ BARREIRO A.: 127, nt. 1
- FERRETTI P.: 128, nt. 4
- FERRINI C.: 60, nt. 11
- FINAZZI G.: 26, nt. 26

- FINKENAUER T.: 25, nt. 26  
 FIORI R.: 24, nt. 24  
 FORCELLINI Æ.: 94, nt. 2  
 FORCHIELLI P.: 55, nt. 1  
 FRANCHINI L.: 26, nt. 26  
 FREZZA P.: 20, ntt. 15, 16; 21, ntt. 17, 18; 22, nt. 19; 23, nt. 21; 24, nt. 24; 25, nt. 26; 27, nt. 28; 45 e ntt. 79, 80; 46; 47 e nt. 87; 57, nt. 2; 60, nt. 12; 74, nt. 36; 89, nt. 80; 103, nt. 28; 104, nt. 31; 109, nt. 44; 116, nt. 61; 117, nt. 62; 127, nt. 1; 131, nt. 9; 140, nt. 20; 146, nt. 37; 147, nt. 37; 158, nt. 7  
 FURFARO F.: 30, nt. 35  
 GALLO F.: 57, nt. 4; 81, nt. 53; 83, nt. 57; 157, nt. 6  
 GANDOLFI L.: 177, nt. 21  
 GAROFALO L.: 128, nt. 4  
 GAUDEMET J.: 18, nt. 8; 20, nt. 15; 22, nt. 19; 23, nt. 21; 25, nt. 26; 90, nt. 85; 103, nt. 28; 113, nt. 55; 116, nt. 61; 117, nt. 62; 122, nt. 76; 123, nt. 78; 140, nt. 20; 157, nt. 6  
 GEIB O.: 30; 34 e ntt. 49, 50; 35; 36; 104, nt. 31  
 GIARO T.: 85, nt. 72  
 GIOFFREDI C.: 74, nt. 38; 88, nt. 76; 95, nt. 5; 97, nt. 6  
 GIRARD P.F.: 46, nt. 82; 80, nt. 53  
 GIUFFRÈ V.: 96, nt. 5  
 GIUNTI P.: 17, nt. 6; 176, nt. 15; 177, nt. 20  
 GLÜCK F.: 27, nt. 29; 30 e nt. 35; 31 e nt. 39  
 GORDON W.M.: 157, nt. 6; 160, nt. 13; 162, nt. 16  
 GRADENWITZ O.: 25, nt. 26  
 GRÖSCHLER P.: 24, nt. 24  
 GROSSI P.: 56, nt. 1; 134, nt. 13  
 GROSSO G.: 25, nt. 26; 81, nt. 53; 82, ntt. 55, 56; 87, nt. 75; 94, nt. 5; 95, nt. 5; 97 e ntt. 6, 7; 107, ntt. 38, 39; 133, nt. 12; 141, nt. 21; 154, nt. 3; 155, nt. 4; 157, nt. 6; 159, ntt. 9, 10; 163, nt. 22  
 GUARINO A.: 104, nt. 32; 105, nt. 33; 106, nt. 36; 120, nt. 72  
 GUIDA G.: 177, nt. 20  
 HACKL K.: 27, nt. 28; 57, nt. 2; 146, nt. 37  
 HARKE J.D.: 117, nt. 61  
 HEUMANN H.G.: 62, nt. 17; 94, nt. 2; 104, nt. 32  
 HINRICHS F.T.: 58, nt. 5; 61, nt. 12; 62, nt. 17; 80, nt. 53  
 HOENIGER F.: 59, nt. 10  
 HOFMANN J.B.: 94, nt. 2; 104, nt. 32  
 HORAK F.: 100, nt. 19  
 JOHNSTON D.: 83, nt. 57  
 KASER M.: 18, nt. 8; 27, nt. 28; 28, nt. 32; 29, nt. 32; 57, nt. 2; 58, ntt. 4, 5; 60, nt. 11; 63, nt. 20; 87, nt. 75; 132, nt. 10; 141, nt. 21; 146, nt. 37; 157, nt. 6; 159, nt. 11; 163, nt. 23  
 KELLY J.M.: 147, nt. 39  
 KNÜTEL R.: 29, nt. 32; 80, nt. 53  
 KRELLER H.: 94, nt. 5  
 KÜBLER B.: 20, nt. 15

- LA ROSA F.: 60, nt. 12; 154, nt. 3; 159, nt. 9
- LABRUNA L.: 176, nt. 19
- LAMBERTI F.: 147, nt. 39; 148, nt. 43
- LAMBRINI P.: 128, nt. 4
- LANFRANCHI F.: 141, nt. 21
- LENEL O.: 20, nt. 15; 21, nnt. 17, 18; 24, nt. 24; 25, nt. 26; 46, nt. 82; 60, nt. 12; 62, nt. 17; 104, nt. 31; 141, nt. 22; 146, nt. 37
- LEUZZI A.: 56, nt. 1
- LEVY E.: 131, nt. 9
- LIEBS D.: 60, nnt. 11, 12; 62, nt. 17; 84, nt. 60
- LOPS F.P.: 56, nt. 1
- LOVATO A.: 89, nt. 80
- LUCHETTI G.: 138, nt. 17; 176, nt. 16
- LUMINOSO A.: 16, nt. 3
- LUZZATTO G.I.: 17, nt. 6
- MACCORMACK G.: 62, nt. 17; 129, nt. 5
- MAGANZANI L.: 146, nt. 37
- MAININO G.: 97, nt. 6
- MANDRIOLI C.: 55, nt. 1
- MANTOVANI D.: 20, nt. 16; 61, nt. 12
- MARRONE M.: 27, nnt. 28, 29; 28, nt. 32; 57, nt. 2; 71, nt. 31; 74, nt. 36; 80, nt. 53; 81, nt. 53; 87, nt. 75; 89, nnt. 80, 82, 83; 90, nnt. 85, 86; 91, nt. 88; 157, nt. 6; 159, nt. 11; 174, nt. 8; 176, nt. 17
- MARTINI R.: 58, nt. 4; 85, nt. 70; 95, nt. 5; 97, nt. 6
- MASCHI C.A.: 105, nt. 34
- MASSON P.: 159, nt. 9
- MASUELLI S.: 81, nt. 53; 83, nnt. 57, 59
- MATTIANGELI D.: 120, nt. 72
- MATTIOLI F.: 78, nnt. 45, 47; 79, nnt. 49, 50, 51, 52
- MAYER-MALY TH.: 62, nt. 17
- MAZZACANE A.: 30, nt. 35
- MEILLET A.: 94, nt. 2
- MEISSEL F.S.: 62, nt. 17
- MERCOGLIANO F.: 77, nt. 44; 78, nt. 45; 79, nnt. 48, 49, 50; 84, nt. 62
- METRO A.: 111, nt. 51
- MILAZZO A.: 90, nt. 85
- MIRAGLIA C.: 55, nt. 1
- MISERA K.: 62, nt. 17; 130, nt. 8
- MONIER R.: 94, nt. 5
- MORA A.: 16, nt. 3
- NELSON H.L.W.: 63, nt. 18; 79, nt. 49; 84, nt. 60
- NICOSIA G.: 17, nt. 6; 95, nt. 5; 97, nt. 6
- NOCERA G.: 57, nt. 4
- NÖRR D.: 97, nt. 6
- ORESTANO R.: 16, nt. 6; 30, nt. 35; 95, nt. 5
- ORIO C.: 157, nt. 6; 159, nt. 9
- ORLANDO G.: 56, nt. 1
- PALMA A.: 17, nt. 6; 107, nt. 38
- PAMPLONI M.: 154, nt. 3
- PAPA G.: 17, nt. 6
- PELLECCHI L.: 17, nt. 6
- PELLOSO C.: 17, nt. 6; 57, nt. 2; 71, nt. 31

- PERANI R.: 81, nt. 53; 165, nt. 27  
 PERNICE A.: 157, nt. 6  
 PEROZZI S.: 41, nt. 61; 57, nt. 4  
 PESCANI P.: 157, nt. 6  
 PETRUCCI A.: 132, nt. 10  
 PFLÜGER H.: 94, nt. 5  
 PICHONNAZ P.: 95, nt. 5  
 PIETRINI S.: 154, nt. 3; 159, nt. 9  
 PINTO F.: 56, nt. 1  
 POGGI A.: 119, nt. 66  
 POLARA G.: 17, nt. 6  
 POLITO P.: 96, nt. 5  
 PROVERA G.: 60, nt. 11  
 PUGLIATTI S.: 57, nt. 4; 83, nt. 57  
 PUGLIESE G.: 17, nt. 6; 26, nt. 28; 57, nt. 2; 75, nt. 40; 88, nt. 76; 90, nt. 85; 94, nt. 5; 97, nt. 6; 149, nt. 45; 154, nt. 3; 159, nt. 9  
 PULIATTI S.: 89, nt. 80; 176, nt. 16  
 PULITANÒ F.: 17, nt. 6; 145, ntt. 32, 34; 147, nt. 39; 148, nt. 42; 149, nt. 44; 178, nt. 23  
 RAMPAZZO N.: 17, nt. 6  
 RAMPONI L.: 16, nt. 4  
 REDENTI E.: 103, nt. 28; 115, nt. 57  
 ROBBE U.: 95, nt. 5  
 RODGER A.: 138, nt. 17  
 ROMANO A.: 60, nt. 12; 62, nt. 17; 76, nt. 40  
 ROMANO C.: 56, nt. 1  
 ROMEO S.: 58, nt. 4; 83, nt. 57; 84, nt. 59; 95, nt. 5; 97, nt. 6  
 RUIZ FERNANDEZ E.: 104, nt. 32  
 SANTORO R.: 61, nt. 16; 62, nt. 17; 80, nt. 53; 89, nt. 80  
 SANTUCCI G.: 26, nt. 26; 30, nt. 35; 120, nt. 72  
 SCAPINI N.: 154, nt. 3; 159, nt. 9  
 SCEVOLA R.: 147, nt. 39  
 SCHERMAIER M.J.: 60, nt. 12; 62, nt. 17; 107, nt. 38  
 SCHLICHTING G.: 165, nt. 27  
 SCHMIDLIN B.: 97, nt. 6  
 SCHULZ F.: 28, nt. 32; 77, nt. 44  
 SCIALOJA V.: 94, nt. 5; 104, nt. 32; 105, nt. 32  
 SCIANDRELLO E.: 17, nt. 6; 178, nt. 23  
 SCIORTINO S.: 115, nt. 58  
 SECKEL E.: 62, nt. 17; 94, nt. 2; 104, nt. 32  
 SEGRÈ G.: 108, nt. 42; 123, nt. 78; 128, nt. 3; 139, nt. 19; 141, nt. 22; 143, ntt. 26, 27, 28; 158, nt. 7; 162, nt. 16  
 SELB W.: 63, nt. 20  
 SERAFINI F.: 32, nt. 44; 33, nt. 45  
 SOLAZZI S.: 79, nt. 48; 141, nt. 21  
 SOLIDORO L.: 89, nt. 80  
 SPERANDIO M.U.: 78, ntt. 45, 46; 79, nt. 49  
 SPINA A.: 16, nt. 4; 100, nt. 17; 101, nt. 19; 103, nt. 27; 105, nt. 34; 120, nt. 72  
 STAEDLER E.: 62, nt. 17  
 STARACE P.: 100, nt. 19; 115, nt. 58; 118, ntt. 64, 65; 177, nt. 20  
 STOLFI E.: 52, nt. 102; 84, nt. 61; 95,

- nt. 5; 96, nt. 5; 101, ntt. 19, 20  
 STURM F.: 57, nt. 4  
 TALAMANCA M.: 16, nt. 6; 17, nt. 6;  
 21, nt. 18; 23, nt. 21; 24, nt. 24;  
 25, nt. 26; 28, nt. 32; 57, nt. 2;  
 58, nt. 5; 60, ntt. 11, 12; 63, nt.  
 18; 74, nt. 36; 88, nt. 76; 97, nt.  
 6; 100, nt. 17; 103, nt. 28; 113,  
 nt. 55; 120, nt. 72; 132, nt. 10;  
 177, nt. 21  
 TARTUFARI A.: 27, nt. 29; 59, nt. 10  
 TELLEGEN J.W.: 95, nt. 5  
 THIELMANN G.: 132, nt. 10  
 THOMAS J.A.C.: 132, nt. 10  
 THOMAS Y.: 95, nt. 5  
 TONDO S.: 95, nt. 5  
 TORRENT A.: 87, nt. 75; 89, nt. 80;  
 100, nt. 19  
 TURELLI G.: 96, nt. 5  
 VACCA L.: 177, nt. 21  
 VALIÑO E.: 127, nt. 1  
 VANZETTI M.: 157, nt. 6; 165, nt. 27  
 VARVARO M.: 17, nt. 6; 20, ntt. 15, 16;  
 23 e ntt. 21, 22; 24, nt. 25; 25,  
 nt. 26; 74, nt. 36; 87, nt. 75;  
 138, nt. 17; 147, nt. 37  
 VILLEY M.: 94, nt. 5  
 VINCENTI U.: 94, nt. 2; 95, nt. 5  
 VINCI M.: 19, nt. 10; 22, nt. 19; 27,  
 nt. 31; 43, nt. 71; 58 e ntt. 5,  
 6, 7; 59, ntt. 8, 9; 62, ntt. 17,  
 18; 63, nt. 21; 65, nt. 27; 72, nt.  
 34; 81, nt. 53; 157, nt. 6; 160,  
 nt. 13; 162, nt. 16; 163, nt. 21;  
 164, nt. 25; 165, nt. 27  
 VOCI P.: 22, nt. 19; 57, nt. 4; 95, nt. 5;  
 117, nt. 62; 159, nt. 10  
 WACKE A.: 163, nt. 20  
 WAGNER H.: 84, nt. 60  
 WALDE A.: 94, nt. 2; 104, nt. 32  
 WATSON A.: 157, nt. 6; 160, nt. 12  
 WENGER L.: 17, nt. 6; 88, nt. 76  
 WIEACKER F.: 95, nt. 5  
 WINDSCHEID B.: 30; 33 e ntt. 46, 47, 48  
 WITTKE A.M.: 62, nt. 17  
 WŁASSAK M.: 62, nt. 17  
 ZAMORANI P.: 94, nt. 5; 97, nt. 6; 126,  
 nt. 1; 127, nt. 2; 128, nt. 4  
 ZARRO G.: 26, nt. 26  
 ZIMMERMANN R.: 28, nt. 32  
 ZUCCOTTI F.: 20, nt. 16; 21, nt. 18; 24,  
 nt. 25; 26, nt. 26; 61, nt. 12; 72,  
 nt. 34; 74, ntt. 36, 38; 154, nt. 3



## INDICE DELLE FONTI

- A) FONTI GIURIDICHE
- FONTI PREGIUSTINIANEE
- GAI INSTITUTIONES  
[ed. E. Seckel - B. Kuebler, 7° ed., rist.  
Stuttgart, 1968]
- 1.120: 82, nt. 55  
2.2-11: 96, nt. 6  
2.4-11: 96, nt. 6  
2.12-14: 94, nt. 5; 96, nt. 6  
2.14a-16: 96, nt. 6  
2.14: 82, nt. 55  
2.17: 96, nt. 6  
2.19-29: 96, nt. 6  
2.22-23: 96, nt. 6  
2.24: 96, nt. 6  
2.28-29: 96, nt. 6  
2.30-39: 96, nt. 6  
2.40-41: 96, nt. 6  
2.42-58: 96, nt. 6  
2.59-61: 96, nt. 6  
2.65: 57, nt. 4; 85, nt. 63; 96, nt. 6  
2.66-69: 96, nt. 6  
2.70: 96, nt. 6  
2.71: 96, nt. 6  
2.72: 96, nt. 6  
2.73-78: 96, nt. 6  
2.79: 96, nt. 6  
3.122: 101 e nt. 21  
4.2-3: 20, nt. 14  
4.39: 61, nt. 13  
4.42: 19, ntt. 10, 13; 20; 21, nt. 18;  
29, nt. 34; 32, nt. 42; 43 e nt. 70;  
51 e nt. 100; 59; 60 e nt. 11; 64;  
65; 66; 70; 72; 81; 91; 93; 145, nt.  
31; 151; 172; 173  
4.43: 19, nt. 11; 91  
4.44: 23 e nt. 23; 61, nt. 13; 74, nt. 36  
4.48: 44; 75, nt. 40  
4.49: 45 e nt. 77  
4.49-52: 75, nt. 39  
4.62: 25, nt. 26  
4.116: 61, nt. 16
- GAI INSTITUTIONUM EPITOME  
[FIRA, II]  
2.1.4-7: 83, nt. 59
- PAULI SENTENTIAE  
[FIRA, II]  
1.18.1: 112, nt. 53
- TITULI EX CORPORE ULPIANI  
[FIRA, II]  
19.2: 57, nt. 4; 81, nt. 54; 83 e nt. 57;  
85, nt. 64; 86  
19.3: 85, nt. 65  
19.7: 85, nt. 66  
19.8: 85, nt. 68  
19.9: 85, nt. 67  
19.16: 27, nt. 30; 28, nt. 32; 46, nt.  
85; 57, nt. 3; 59; 64, nt. 24; 77;  
80; 82; 85, nt. 69; 173
- VATICANA FRAGMENTA  
[FIRA, II]  
47a.: 27, nt. 30; 47, nt. 85; 57, nt. 3;  
59; 64, nt. 24; 87; 173

FONTI GIURIDICHE GIUSTINIANEE

INSTITUTIONES

[ed. Th. Mommsen - P. Krueger (*Corpus iuris civilis*, I, Berlin, 1973, 22° ed.)]

3.27.3: 16, nt. 5; 18, nt. 8; 118, nt. 63

4.6.20: 20, nt. 14; 24, nt. 26; 31, nt. 38; 32, nt. 41; 41; 44, nt. 76; 60, nt. 11

4.17.4-6: 44, nt. 76

4.17.6: 44, nt. 73

4.17.7: 27, nt. 30; 32, nt. 42; 34, nt. 48; 59, nt. 10

DIGESTA

[ed. Th. Mommsen - P. Krueger (*Corpus iuris civilis*, I, Berlin, 1973, 22° ed.)]

2.12.3: 138

2.14.35: 16, nt. 4

2.14.45: 16, nt. 4

3.3.15.1: 146, nt. 37

5.1.13: 116, nt. 60; 146, nt. 37

5.4.1.2: 21, nt. 19

6.1.23 pr.: 85

6.1.35.1: 33, nt. 45

6.1.35.3: 99, nt. 10

6.2.7.1: 133, nt. 13

8.1.17: 99, nt. 10

8.2.26: 15, nt. 2; 105, nt. 32

8.3.33 pr.: 16, nt. 4

8.5.8.4: 33, nt. 45

8.6.15: 148 e nt. 40

10.1.1: 31, nt. 38; 32, nt. 40

10.1.4.5: 62, nt. 17

10.1.5: 44, nt. 76

10.1.10: 146, nt. 37

10.1.16.5: 71, nt. 31

10.2.1 pr.: 48, nt. 88; 123, nt. 78

10.2.1.1: 23, nt. 21; 38, nt. 54; 39, nt. 55; 146, nt. 37

10.2.2 pr.: 38, nt. 54; 42, nt. 65; 124, nt. 78

10.2.2.3: 146, nt. 37

10.2.2.4: 113, nt. 54

10.2.8.1: 47, nt. 86

10.2.9: 47, nt. 86

10.2.10: 47, nt. 86

10.2.12: 146, nt. 37

10.2.14 pr.: 47, nt. 86; 146, nt. 37

10.2.16 pr.-1: 155, nt. 4

10.2.16.3: 47, nt. 86; 146, nt. 37

10.2.16.6: 122, nt. 77

10.2.20.3: 16, nt. 4

10.2.20.4: 15, nt. 1; 111; 112

10.2.22.1-2: 62, nt. 17; 132, nt. 11

10.2.24.1: 38, nt. 54

10.2.25.16: 118, nt. 65

10.2.25.19: 123, nt. 78

10.2.25.21: 4, nt. 85

10.2.27: 23, nt. 21; 146, nt. 37

10.2.29: 62, nt. 17

10.2.30: 122, nt. 77

10.2.34: 111, nt. 50

10.2.36: 23, nt. 21; 38, nt. 54; 39, nt. 55; 146, nt. 37

10.2.37: 22, nt. 19

10.2.43: 114, nt. 57

10.2.44 pr.: 15, nt. 1; 111; 112

10.2.44.1: 27, nt. 30; 29, nt. 32; 47, nt. 85; 57, nt. 3; 59; 64, nt. 24; 88; 89; 91; 173

10.2.44.4: 146, nt. 37

10.2.49: 123, nt. 78

10.2.51: 146, nt. 37

10.2.52 pr.: 122, nt. 77

10.2.52.2: 62, nt. 17

- 10.2.52.3: 120, nt. 71; 131, nt. 9  
 10.2.55: 23, nt. 21; 39, nt. 55; 62, nt. 17; 99, nt. 13; 138; 146, nt. 37; 150, nt. 50; 178, nt. 23  
 10.3.1: 48, nt. 88; 74; 113; 114; 120 e nt. 68; 121; 124, nt. 79  
 10.3.2 pr.: 74; 116; 120 e nt. 70; 121  
 10.3.2.1: 146, nt. 37  
 10.3.3 pr.: 48, nt. 88; 114, nt. 56; 123, nt. 78; 124, nt. 79  
 10.3.3.1: 51, nt. 101; 74; 131, nt. 9  
 10.3.4 pr.: 38, nt. 54; 41, nt. 62; 42; 109; 110; 114, nt. 56; 120 e nt. 69  
 10.3.4.1: 154, nt. 2  
 10.3.4.2: 24, nt. 26  
 10.3.4.3: 18, nt. 9; 108, nt. 40  
 10.3.6.2: 74  
 10.3.6.3: 108, nt. 40  
 10.3.6.6: 118, nt. 65  
 10.3.6.7: 143, nt. 26  
 10.3.6.8: 88, nt. 79; 155, nt. 5; 165; 178, nt. 23  
 10.3.6.9: 39, nt. 55; 99, nt. 12; 136; 146 nt. 37; 150, nt. 49; 165, nt. 26; 178, nt. 23  
 10.3.6.10: 62, nt. 17; 154; 155; 156; 178, nt. 23  
 10.3.6.11: 131, nt. 9  
 10.3.6.12: 143, nt. 27  
 10.3.7 pr.: 39, nt. 54; 41, nt. 62; 42, nt. 67; 99, nt. 14; 140; 178, nt. 23  
 10.3.7 pr.-2: 128, nt. 3  
 10.3.7 pr.-13: 48; 49; 50; 150, nt. 51  
 10.3.7.2: 141, nt. 23; 142, nt. 25  
 10.3.7.3-4: 126; 141; 149, nt. 46  
 10.3.7.5: 129, nt. 5  
 10.3.7.6-7: 128, nt. 4  
 10.3.7.11: 129, nt. 5  
 10.3.7.13: 130, nt. 8; 165, nt. 26  
 10.3.8.2: 8, nt. 9; 108, nt. 40  
 10.3.8.3: 99, nt. 12; 136; 137; 150, nt. 49; 178, nt. 23  
 10.3.10.1: 153, nt. 2  
 10.3.10.2: 46 e nt. 84; 46, nt. 85; 51, nt. 101; 131, nt. 9; 151, nt. 53  
 10.3.11: 18, nt. 9  
 10.3.12: 143, nt. 28  
 10.3.13: 108, nt. 40  
 10.3.14 pr.: 24, nt. 26; 108, nt. 40  
 10.3.14.2: 105, nt. 32  
 10.3.14.3: 105, nt. 32; 147, nt. 37  
 10.3.18: 51, nt. 101; 145, nt. 35; 147  
 10.3.19 pr.: 106  
 10.3.19.1: 143; 144, nt. 30; 150, nt. 52  
 10.3.19.2: 114, nt. 57; 118, nt. 65  
 10.3.19.3: 62, nt. 17; 99, nt. 12; 136; 137; 150, nt. 49; 178, nt. 23  
 10.3.19.4: 13, nt. 2  
 10.3.21: 51, nt. 101; 72, nt. 33; 92, nt. 89; 100, nt. 16; 145; 173; 179, ntt. 24, 25  
 10.3.24 pr.: 24, nt. 26  
 10.3.30: 114, nt. 56  
 12.6.17: 138  
 12.6.63: 62, nt. 18  
 13.6.15.5: 105, nt. 32  
 16.2.15: 148 e nt. 41  
 17.2.14: 105, nt. 32  
 17.2.16.1: 105, nt. 32  
 17.2.31: 38, nt. 54; 117, nt. 62; 119; 121  
 17.2.34: 118  
 17.2.39: 118, nt. 65  
 17.2.52 pr.: 117, nt. 62  
 19.1.13.17: 99, nt. 12; 129; 132; 137; 150, ntt. 47, 48  
 20.4.12 pr.: 71, nt. 31  
 20.6.7.4: 161, nt. 16

21.2.63.1: 70, nt. 31  
 27.9.1.2: 114, nt. 57  
 30.1.5.1: 158, nt. 7  
 30.1.26.2: 98, nt. 9  
 30.50.2: 70, nt. 31  
 31.66.2: 105, nt. 32  
 31.77.18: 133, nt. 13  
 31.77.20: 16, nt. 2; 105, nt. 32  
 33.1.21.3: 70, nt. 31  
 33.2.31: 88, nt. 79; 156; 157; 158, nt. 8; 159; 162; 178, nt. 23  
 33.3.4: 142, nt. 24  
 35.2.80.1: 98, nt. 9  
 40.7.6.3: 58, nt. 10  
 40.12.8.1: 105, nt. 32  
 41.1.1 pr.: 57, nt. 4; 85  
 41.1.45: 24, nt. 26; 62, nt. 18  
 41.3.17: 27, nt. 30; 28, nt. 32; 57, nt. 3; 59; 90; 173  
 44.2.7 pr.: 34, nt. 48; 101, nt. 19  
 44.7.37.1: 20, nt. 14; 31, nt. 38; 146, nt. 37  
 45.3.5: 105, nt. 32  
 49.14.39 pr.: 70, nt. 31  
 49.17.19.3: 104, nt. 32  
 50.16.5 pr.: 94, nt. 4  
 50.15.25 pr.-1: 100; 105, nt. 32  
 50.17.141.1: 105, nt. 32

CODEx

[ed. P. Krueger (*Corpus iuris civilis*, II, Berlin, 1967, 14° ed.)]

3.26.5: 16, nt. 4  
 3.36.9: 24, nt. 26  
 3.36.14: 47, nt. 85; 59, nt. 10  
 3.37.3: 133, nt. 13  
 3.37.5: 114, nt. 57  
 3.38.1: 47, nt. 85; 133, nt. 13

3.38.3: 24, nt. 26  
 3.38.7-8: 16, nt. 4  
 5.23.2: 114, nt. 57  
 7.31.1.5: 82, nt. 56

FONTI GIURIDICHE CONTEMPORANEE

GIURISPRUDENZA

Cass. Sez. Un. 7 ottobre 2019, n. 21025: 56, nt. 1

Cass. 24 maggio 2021, n. 14105: 56, nt. 1

B) FONTI LETTERARIE

[si sono seguite le edizioni della Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Teubneriana, Lipsiae, in aedibus B.G. Teubneri]

CICERO

*Ad Atticum*

4.2.3: 67, nt. 28

*De lege agraria*

2.16-17: 68, nt. 28

2.16.43-44: 68, nt. 28

*De officiis*

1.10.33: 67, nt. 28

3.17.20: 25, nt. 26

*In Q. Caecilium divinatio*

17.55-57: 68, nt. 28

*In Verrem*

1.5.13: 67, nt. 28

*Philippicae*

10.6.12: 67, nt. 28

*Pro Caecina*

34.99: 68, nt. 28

4.11: 159, nt. 9

7.19: 159, nt. 9

*Topica*

3.17: 159, nt. 9

4.21: 159, nt. 9

17.66: 25, nt. 26

LIVIUS

*Ab Urbe condita libri*

3.72.5: 69, nt. 29

QUINTILIANUS

*Institutio oratoria*

5.14.16: 69, nt. 29

SENECA PHILOSOPHUS

*De beneficiis*

7.6.3: 69, nt. 29

*Phaedra*

108-109: 69, nt. 29

SVETONIUS

*Augustus*

32.2.66: 69, nt. 29

TACITUS

*Annales*

14.18.2: 69, nt. 29

VALERIUS MAXIMUS

*Facta et dicta memorabilia*

4.1.7: 69, nt. 29

C) FONTI EPIGRAFICHE

*Lex Agraria*

FIRA I<sup>2</sup>, 114, n. 8: 69, nt. 28

FIRA I<sup>2</sup>, 120, n. 8: 69, nt. 28

L'autrice analizza il funzionamento del giudizio di scioglimento della comunione non ereditaria nell'ambito del processo privato romano di età classica, dunque con riferimento alla procedura cd. formulare. La fattispecie divisoria è considerata nella prospettiva della funzione svolta dall'*adiudicatio*, sia come parte formulare, sia come pronuncia dell'organo giudicante. Più in dettaglio, la funzione dell'aggiudicazione è approfondita alla luce della tradizionale lettura in chiave meramente costitutiva. L'indagine svolta induce a ricostruire la funzione dell'*adiudicatio* nella riflessione della giurisprudenza romana in termini regolativi degli interessi patrimoniali dei soggetti coinvolti nel giudizio. Precisamente, il contenuto della pronuncia divisoria è individuato avendo riguardo alle caratteristiche della *res*, per un verso, e alla *voluntas* dei litiganti, per altro.

## Marta Beghini

Ricercatrice di tipo A di diritto romano nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, autrice di varie pubblicazioni attinenti al diritto romano, nonché al diritto civile.