

Comunione (premesse generali e dir. rom.) [VIII, 1961]

di Guarino Antonio

Comunione (premesse generali e dir. rom.) [VIII, 1961]

1. Coesistenza, concorrenza, coincidenza di diritti subbiettivi.

Il diritto subbiettivo «isolato» è un dato di laboratorio, non un dato di esperienza. Nella realtà sociale i diritti subbiettivi sono tenuti a convivere tra loro: versano tutti, necessariamente, in istato di «coesistenza», ed anzi si trovano assai spesso in situazioni di «concorrenza» o di «coincidenza» (1).

A) La «coesistenza» dei diritti subbiettivi è la conseguenza logica del fatto che essi scaturiscono da un certo ordinamento giuridico e devono, quindi, convivere nella sfera di esplicazione dello stesso.

Vi è una coesistenza, per dir così, generica, che è quella dei diritti spettanti ciascuno ad un soggetto attivo diverso, e vi è la coesistenza qualificata o specifica dei diritti facenti parte di un unico patrimonio giuridico, generale o speciale, di un soggetto (2). Dalla seconda, ancora più che dalla prima, derivano ovviamente, per i diritti subbiettivi, limitazioni e condizionamenti di vario genere.

Le limitazioni e i condizionamenti dei diritti subbiettivi aumentano sensibilmente di numero e di intensità nelle accennate ipotesi di concorrenza e di coincidenza: ipotesi che meritano di essere guardate, pertanto, più da vicino.

B) «Concorrenza» (o concorso) di diritti subbiettivi si verifica quando due o più diritti insistono sullo stesso patrimonio giuridico di un soggetto passivo o sullo stesso oggetto giuridico, avendo peraltro contenuto diverso, nel senso che mirano a diversi e distinti soddisfacimenti (godimenti, disposizioni, prestazioni).

È il caso, ad esempio: di una pluralità di crediti autonomi gravanti a carico di uno stesso patrimonio giuridico; di una pluralità di distinti diritti successori gravanti a carico di uno stesso patrimonio ereditario; di una pluralità di diritti reali di genere o di specie differenti gravanti a carico di una stessa cosa (proprietà e usufrutto, usufrutto e servitù, servitù di passaggio e servitù di inedificazione ecc.).

In tutte queste ipotesi sorge una possibilità di «collisione» dei diritti in concorso in relazione all'eventualità che il patrimonio o l'oggetto su cui essi insistono non siano in grado di soddisfarli integralmente tutti. Ed è appunto per ciò che l'ordinamento giuridico si preoccupa di predisporre svariati regolamenti di coordinazione, ispirati a criteri di priorità temporale, o di preferenza qualitativa o di proporzionalità, e via dicendo.

C) «Coincidenza» di diritti subbiettivi si verifica in una ipotesi ulteriore rispetto a quella della concorrenza: l'ipotesi che i diritti che insistono sullo stesso patrimonio o sullo stesso oggetto abbiano contenuto identico, siano cioè rivolti ad un soddisfacimento identico.

È il caso, ad esempio: di più crediti alla stessa prestazione indivisibile; di più diritti reali su una stessa cosa a contenuto parzialmente coincidente (usufrutto e uso, uso e abitazione, pegno e ipoteca, ecc.); nonché, infine (ed è l'ipotesi estrema), di più diritti reali perfettamente identici in ogni riguardo (nel tipo, nell'oggetto, nelle modalità di soddisfacimento), salvo che nei soggetti.

Sono ipotesi, queste, in cui la collisione tra i diritti in gara non solo è possibile, ma è *in re ipsa*: ragion per cui l'ordinamento è impegnato a dettare specifici regolamenti di più o meno intenso collegamento dei diritti subbiettivi coincidenti. Il quale «collegamento» dei diritti coincidenti si differenzia dalla mera «coordinazione» dei diritti subbiettivi concorrenti per ciò: che, ad evitare lo scontro insanabile, i diritti vengono parzialmente unificati nei riguardi dei soggetti passivi e dei

terzi. Per tal modo, pur rimanendo i singoli soggetti attivi ben distinti l'uno dall'altro, si rende possibile un soddisfacimento unitario delle loro pretese. La ripartizione di questo soddisfacimento tra i soggetti dei diritti coincidenti, sarà operata in via subordinata o di regresso, evitandosi rischi e incertezze ai soggetti passivi.

La gamma dei possibili collegamenti di diritti subbiettivi è, ovviamente, assai vasta. L'unificazione può essere relativa a zone più ristrette e a zone più estese, sino ad essere una unificazione pressoché totale. Il limite estremo del fenomeno è dato, comunque, dalla impossibilità di giungere alla unificazione dei soggetti attivi in una persona giuridica unica o in un solo ente giuridico, sia pure non personificato. Ove tale ipotesi si realizzasse, i diritti subbiettivi coincidenti verrebbero, infatti, a perdere ogni autonoma rilevanza giuridica e sarebbero integralmente sostituiti dal diritto unico facente capo alla persona o all'ente giuridico.

(1) Sui fenomeni di coesistenza, concorrenza e coincidenza dei diritti subbiettivi, cfr. per tutti MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, § 10 e 11 (le cui classificazioni e denominazioni non corrispondono, peraltro, totalmente alle nostre). Sul punto, limitatamente all'incontro di diritti reali, v. anche DOSSETTO, *Comunione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 858, § 2. V. anche CONCORSO E CONFLITTO DI DIRITTI SOGGETTIVI.

(2) Sui concetti di patrimonio generale e di patrimonio speciale, v. PATRIMONIO. In generale, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁵, Napoli, 1957, 68 s.

2. Contitolarità e comunione di diritti subbiettivi.

Il *maximum* possibile (e insuperabile) di collegamento dei diritti subbiettivi fa, insomma, di essi una figura a due facce: nei riguardi dei soggetti passivi il diritto è unico, nei riguardi dei soggetti attivi i diritti sono pur sempre distinti. Si parla, pertanto, di «contitolarità» del diritto (unico) da parte dei soggetti attivi (3).

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. L'interprete, quindi, pur doverosamente rilevando l'aporia dell'istituto, non è autorizzato ad eliminarla o a superarla, forzando il dato positivo dell'ordinamento giuridico vigente (4).

Vari problemi pratici vengono suscitati dalla figura del diritto a soggetti plurimi: problemi, come è ovvio, intimamente collegati tra loro e suscettibili di soluzioni diverse. Un primo problema è quello dei rapporti tra soggetti passivi e contitolarità nel suo complesso: visto che la contitolarità non equivale ad un ente giuridico subbiettivo e che i soggetti attivi rimangono differenziati, si domanda a favore di quale fra i soggetti attivi sono concretamente tenuti i soggetti passivi all'adempimento del loro dovere giuridico. Un secondo problema è quello dei rapporti tra soggetti passivi e singoli soggetti attivi: visto che i singoli soggetti attivi non perdono la loro individuazione giuridica, si domanda se singole relazioni intercorrenti tra essi e i soggetti passivi possano, e sino a qual punto, reagire sulla struttura o sul funzionamento unitario. E, infine, un terzo problema è quello dei rapporti tra i soggetti attivi: in che misura e, sopra tutto, in che guisa concorrono i contitolari di un diritto comune all'unico soddisfacimento delle loro coincidenti pretese?

In sostanza, tutti i problemi della contitolarità dei diritti sono condizionati a quello fondamentale dei rapporti tra i contitolari, cioè al problema della struttura riconoscibile nella «comunione del diritto tra i contitolari». E fra le infinite possibili soluzioni, i tipi più caratteristici, verso l'uno o l'altro dei quali si sono orientati o si orientano gli istituti positivi, sono tre: quello della comunione indifferenziata, quello della comunione organizzata, quello della comunione solidaristica (5).

La «comunione indifferenziata» (o comunanza) rappresenta la soluzione più elementare e semplicistica del problema della contitolarità. Manca ad essa la predisposizione di ogni disciplina interna dei contitolari, ciascuno dei quali ha una pretesa sul tutto, ma non è legittimato né ad affermare di sua spettanza una qualsiasi parte (reale o ideale) del diritto, né a pretendere la cessazione dello stato di comunione mediante un procedimento di divisione. Pertanto, il godimento che dal diritto comune si trae non può essere che indifferenziato, e la disposizione del diritto comune non può essere fatta (se pure è concretamente ammessa o concepita) che unanimemente (v. *infra* § 3).

La «comunione organizzata» (o comunione internamente differenziata) ha per sua caratteristica la esistenza di una differenziazione interna tra i comunisti, ciascuno dei quali è concepito come titolare di una determinata quota ideale del tutto. Questa organizzazione interna ha i suoi importanti riflessi esterni: sia perché la disposizione del diritto comune non dipende necessariamente dalla volontà unanime dei comunisti, ma può essere fatta dipendere in tutto o in parte da una volizione di maggioranza; e sia perché ciascun comunista può anche disporre, in pendenza dello stato di comunione, del suo *quantum* di partecipazione al tutto (della sua «quota»), senza con ciò pregiudicare l'intero (v. *infra* § 5).

La «comunione solidaristica», infine, è una forma intermedia (e forse, più esattamente, di passaggio) tra gli altri due tipi di comunione. Internamente essa può essere tanto indifferenziata, quanto differenziata; esternamente è caratteristico di essa che uno qualunque dei comunisti può disporre dell'intero diritto, salvo a regolare i conti con i contitolari in sede di divisione, o comunque in un secondo momento (v. *infra* § 4).

Senza pretendere di farne una ricostruzione storica approfondita e completa, sarà opportuno ora fornire qualche cenno sulla storia dei vari tipi di comunione dianzi individuati, sopra tutto allo scopo di rintracciare la genesi dell'istituto vigente nell'ordinamento italiano e di comprendere alcuni suoi limiti ed alcune sue intime contraddizioni (6). Per il che, il discorso può essere concentrato intorno a tre punti: le comunanze romane precittadine e arcaiche, il *consortium ercto non cito*, la cosiddetta *communio iuris romani*.

(3) Per la bibliografia sull'argomento v. *infra*, *Diritto civile*, § 2.

(4) Per il diritto vale a maggior ragione quel che si usa dire del Parlamento inglese: che può fare qualunque cosa, salvo mutare un uomo in donna. Sulla storicità (empiricità) del diritto, e conseguentemente sulla essenzialità della storiografia per la comprensione dell'esperienza giuridica, rinvio, tralasciando la vastissima bibliografia già ben nota, anche, e *pour cause*, a GUARINO A., *L'ordinamento giuridico romano*³, Napoli, 1959.

(5) Va sottolineato che i tre tipi sono astrattamente concepibili in ordine sia ai diritti assoluti, che a quelli relativi.

(6) Storia dei «tipi» non equivale a storia degli «istituti», la quale esorbiterebbe dai limiti di questo scritto.

3. Le comunanze romane precittadine e arcaiche.

Il tipo della «comunione indifferenziata» (o comunanza) viene solitamente denominata in dottrina come «*communio iuris germanici*», essendosi storicamente concretato in una istituzione caratteristica, e caratteristicamente persistente, dell'antico diritto consuetudinario dei popoli germanici. Ma le forme di comunanza, anche se trovarono in Germania un terreno particolarmente propizio, allignarono un po' dovunque negli stadi primitivi della civiltà, ivi compresa quella romana (7). Se al giorno d'oggi esse ancora qua e là si intravedono nel nostro ordinamento giuridico, non è tanto per l'influenza esercitata dalle costumanze germaniche (le quali ben poco poterono intaccare, venendo a suo contatto, l'istituto romano, ormai già fiorente e robusto, della comunione organizzata), quanto per naturale sollecitazione di certe situazioni più rudimentali e arretrate.

La *communio iuris germanici* consistette, più precisamente, in una comunanza di godimento di fondi rustici (e ovviamente dei beni pertinenziali degli stessi) da parte di piccole comunità su di essi insediate. La sua ragion d'essere era, normalmente, nella necessità, e, in un tempo, nella sufficienza del bene (sfruttato, in genere, solo estensivamente) ai bisogni singoli e collettivi dei membri della comunità: i quali, dunque, senza possibilità pratica di attriti o di scontri, mettevano tutti mano, ciascuno secondo i propri bisogni, nello sfruttamento del fondo («*Gemeinschaft zur gesamten Hand*»: «comunanza in mano collettiva» o «a mani riunite») (8). Sin che durava questo stato di cose (cioè la sufficienza del bene e, giova aggiungerlo, una certa quale consapevolezza da parte dei comunisti dei limiti implicati per ciascuno di loro dal concorso degli altri nel godimento di una stessa estensione di terreno), la divisione del diritto era praticamente tanto poco opportuna, da non essere addirittura presa in considerazione.

In altri termini, non era la comunanza concepita come conseguenza di uno stato di indivisione, ma era la indivisione implicata dalla insistenza di una comunità su un bene, e quindi dalla comunanza di utilizzazione del bene tra i comunisti. Solo un ripensamento razionalistico ed astrattizzante, di gran lunga successivo alla fioritura dell'istituto, ha portato alla antistorica teorizzazione della comunanza di godimento germanica come comunione indifferenziata e indivisibile di proprietà («*Gesamteigentum*») (9). In realtà il titolo del godimento (proprietà, possesso, detenzione), la misura della sua spettanza ai singoli comunisti (per quote, per partizioni materiali, per rotazione del bene), la identificazione precisa dei titolari (i membri attuali della società e i loro successori, oppure i membri della società nella sua consistenza presente e in ogni suo futuro «ricambio»), la divisione del diritto tra i singoli soggetti (per convenzione collettiva, per determinazione giudiziale, su istanza di parte): erano, questi, altrettanti argomenti estranei alla problematica limitata dell'istituto tradizionale germanico (10).

Ora, assai tempo prima che in Germania, si fecero presenti, in Roma precittadina e arcaica, situazioni corrispondenti a quelle dianzi tratteggiate, e si manifestarono quindi, *ante litteram*, forme di comunanza analoghe alla cosiddetta *communio iuris germanici*. Due profili vanno, a tal proposito, particolarmente segnalati: la arcaica comunanza gentilizia degli *agri* cittadini e, prima ancora, la precittadina comunanza familiare.

Quanto alla comunanza gentilizia degli *agri* cittadini, bisogna riportarsi ai primi secoli della *civitas*, ai tempi del primitivo *ius Quiritium*, allorché Roma era costituita da un certo numero di *familiae* patriarcali, tra loro apparentate in *gentes* (11). Ciascuna *familia* era «impersonata», nei rapporti con le altre *familiae* della comunità quiritaria, dal relativo *pater* e ciascun *pater* era, nell'interesse della sua *familia*, titolare assoluto ed esclusivo (o, come più tardi si disse, *dominus ex iure Quiritium*) di una estensione immobiliare limitatissima, che non andava al di là della *domus*, con il piccolo *heredium* circostante.

Sin che non fu sentita l'opportunità di procedere a colture intensive, tutti i restanti, vastissimi *agri* della comunità furono attribuiti come altrettante «riserve» alle *gentes*, e nell'ambito di queste

riserve gentilizie le *familiae* appartenenti alla *gens* esercitarono, a quanto pare, una piena comunanza di godimento, senza neanche l'ombra di una ripartizione del territorio fra esse (12). Non prima del sec. VI a.C. ebbero inizio le *divisiones et adsignationes* degli *agri* cittadini ai singoli *patres familiarum*: e questo fenomeno, unito alla rapida decadenza delle *gentes*, determinò la fine delle comunanze gentilizie di godimento a tutto favore della proprietà privata immobiliare.

D'altra parte, le vaste estensioni di territorio non assegnate, o non ancora assegnate ai privati, passarono ad essere concepite come l'oggetto di una comunanza di godimento a raggio assai più ampio e indifferenziato, la comunanza di godimento di tutto quanto il *populus romanus Quiritium*. Ma appunto per ciò esse finirono per essere ritenute estranee all'ordinamento giuridico tradizionale (il *ius civile Romanorum*) e rientranti, come *ager publicus*, nella sfera di azione del *ius publicum* (13). Ma, ancor prima della costituzione della *civitas* quiritaria, una forma di comunione indifferenziata si realizzò, a mio avviso, nel seno delle *familiae*, sempre che si ritenga, con la dominante dottrina, che esse furono i primi nuclei sociali autonomi del mondo romano (14). L'autorità del *pater*, certamente sin da allora assai intensa, non si sostanzialmente tuttavia ancora nell'assorbente *mancipium* di lui (che avrebbe escluso, più tardi, la qualità di soggetti giuridici dei *fili*), perché ancora non sussisteva l'esigenza di impersonare, nel quadro di un ordinamento giuridico unitario (il futuro *ius Quiritium*), la *familia* di lui rispetto alle altre *familiae* della *civitas* (15). I membri liberi della *familia* erano, dunque, in quell'età, partecipi, a titolo di comunione indifferenziata (o, come si è detto, di «*Hausgenossenschaft*», cioè di comunanza domestica) (16), delle *res familiares* (da cui poi derivarono le cosiddette *res mancipi*): *domus*, *heredium*, attrezzi, sementi, *animalia* «*quae collo dorsove domantur*», beni di generale consumo. Ed è un inconscio richiamo all'antichissimo stato di cose la nota e tanto discussa affermazione giurisprudenziale dei tempi storici, secondo cui i *fili* «*vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*» (17).

In conclusione, la comunione indifferenziata dei diritti, ed in particolare la comunanza dei diritti reali (immobiliari e mobiliari, singolarmente presi o unificati in patrimoni), si conferma un tipo consueto agli stadi primitivi ed embrionali degli ordinamenti giuridici, a cominciare da quello romano. Che queste rudimentali comunanze non abbiano, per quel che risulta, ricompreso anche diritti relativi (crediti e debiti), non è certamente dipeso da ostacoli di carattere logico, ma solo dal dato storico per cui, nei primi stadi delle civiltà giuridiche, e sopra tutto nei primi stadi della civiltà giuridica romana, i vincoli obbligatori o non erano riconosciuti ancora dal diritto, oppure erano comunque condizionati alla esistenza in vita dei soggetti tra cui fossero nati (18). E questo, se non erriamo, spiega: sia perché la nozione giuridica di comunione abbia finito storicamente, negli ordinamenti positivi, per limitarsi alla comunione dei diritti reali o tutt'al più dei patrimoni (con esclusione, di regola, della applicazione sua a singoli rapporti obbligatori); e sia perché, nel progresso degli ordinamenti giuridici, la rudimentale comunione indifferenziata sia andata rapidamente scomparendo, o per sfociare in una proprietà individuale (del capo-gruppo, della comunità in quanto ente unitario, della comunità personificata, dello Stato, e così via dicendo) o per sfociare nei tipi ben più evoluti della comunione solidaristica e di quella organizzata.

(7) Limpida trattazione (sebbene assai succinta) in FILOMUSI-GUELFU, *Enciclopedia giuridica* 7, Napoli, 1917, 266 ss. È appena il caso di richiamare (tralasciando i miti del futuro) il mito del passato costituito dall'«età dell'oro»: cfr. VIRGILIO, *Georgiche, libro I*, versi 125-128.

(8) Ancora utile, sulla *communio iuris germanici*, il vecchio scritto dello STOBBE, *Miteigentum und gesammte Hand*, in *Zeitschrift der Rechtsgeschichte*, 4 (1864), 219 ss. Altri riferimenti in SALIS, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, IV, t. 2, Torino, 1939, XXI ss.

(9) Da questa errata teorizzazione dell'inteorizzabile, caratteristica della dottrina tedesca sull'istituto, è discesa la visuale, a mio avviso errata, che fa della *communio iuris germanici* un

unicum (o perlomeno un prototipo) giuridico.

(10) Ai fini della rappresentanza della comunione verso i terzi bastava, solitamente, il capo della comunità o un fiduciario della stessa. La disciplina interna della utilizzazione del bene comune era rimessa, nei rari casi in cui apparisse necessaria, ad accomodamenti pratici confortati dagli usi di quella determinata comunità. Solo in rarissime ipotesi può intravedersi un riparto dell'utilizzazione tra i comunisti, che fa vagamente pensare al concetto di quota: cfr. STOBBE, *op. cit.*, 233.

(11) La ricostruzione (salvo per quanto concerne l'origine precittadina o meno delle *gentes*) può dirsi ormai dominante. Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, 1, München, 1955, 44 ss.

(12) Rimane traccia di questo primitivo stato di cose nel fatto che le prime tribù rustiche, anteriori alla presa di Veio (396 a.C.), hanno nominativi gentilizi. Per tutti, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 33.

(13) Cfr. BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, Napoli, 1938. In generale, cfr. KASER, *op. cit.*, I, 105 ss.

(14) Per tutti, cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano* I, Roma, 1925, 6 ss.

(15) In proposito, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 72 ss., 282 ss.

(16) Per tutti, cfr. WIEACKER, «*Societas*». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 113 ss.; ID., *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, in *Festschrift Siber*, 1, Leipzig, 1941, 9 ss.; KASER, *Das altrömische «ius»*, Göttingen, 1950, 159 ss.; ID., *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche (Trieste)*, Milano, 1960. In senso contrario, da ultimo, BRETONE, «*Consortium*» e «*communio*», in *Labeo*, 6 (1960), 166 s. (ivi altra bibliografia).

(17) Gai 2. 157. Cfr. anche Dig. 28, 2, 11; Coll. 16, 3, 6 (= Paul. 4, 8, 6), Inst. 2, 19, 2 e 3, 1, 3.

(18) Per la non giuridicità delle *obligationes* nel sistema del *ius Quiritium*, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 76 ss. Sulla intrasmissibilità *mortis causa* dei vincoli obbligatori nell'età più vetusta, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., I, 128 ss.

4. Il «*consortium ercto non cito*».

Nella esperienza giuridica romana il passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata fu mediato dall'istituto, ancora in parte misterioso e fortemente discusso, del *consortium ercto non cito* (19).

Il *consortium ercto non cito* altro non è, dal punto di vista strutturale, che una esplicazione del tipo della comunione solidaristica. Sarebbe molto interessante (ma esorbita, ovviamente, dai limiti di questo scritto) studiarne le analogie, fortissime, con l'istituto della solidarietà obbligatoria e con il

connesso istituto delle obbligazioni indivisibili a soggetti plurimi (20): sarebbe, oltre tutto, una indagine illuminante per molti punti ancora oscuri dell'una e dell'altra dottrina. Sta di fatto, comunque (e sul piano storico giuridico non può che prendersene atto), che le anzidette analogie non furono viste dalla giurisprudenza romana e che il *consortium ercto non cito* esclusivamente si qualifica nella storia del diritto romano, come una forma di comunione patrimoniale a fondamento reale.

Non è dato sapere, per le lacune del manoscritto gaiano che ce ne parla, quante forme di *consortium* abbia conosciuto l'antichissimo diritto romano: da Gai 3, 154 *a-b* ne risultano esplicitamente attestate (sembra, peraltro, tassativamente) due sole, il *consortium fratrum suorum* e il *consortium ad exemplum fratrum suorum*. Il primo si istituiva per natura di cose tra i discendenti del *pater familias* defunto, i «*sui heredes*», dal momento della morte di lui sino a quando non fosse stata provocata la divisione del compendio ereditario; il secondo si istituiva consensualmente, attraverso una speciale procedura giudiziaria, tra coloro che volessero per un qualunque motivo porre in comunione un patrimonio o un bene reale (21). Mentre del *consortium* imitativo (*ad exemplum fratrum suorum*) sono evidenti, innegabili le affinità con l'istituto della *societas*, assai più dubbia è la rapportabilità alla *societas* (o alla categoria generale della convenzione associativa) del *consortium fratrum suorum* (22).

Ma tralasciamo le molteplici e gravi questioni che l'istituto del *consortium* solleva, e limitiamoci all'essenziale. L'essenziale risulta, a mio avviso, significativamente, da Gai 3, 154 *b*: «*in hac autem societate fratrum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat,... quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum acquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat*» (23). In altri termini, ciascun consorte era legittimato, non soltanto a godere delle cose comuni, ma a disporne con effetto vincolante per tutti gli altri, salvo, probabilmente, che non ne fosse impedito dalla *prohibitio* di qualcun altro fra i comunisti. Beninteso, nella *societas fratrum* questo diritto di disposizione del consorte era limitato agli oggetti giuridici in attesa di divisione (schiavi, animali, fondo, attrezzi, ecc.), e non si estendeva menomamente agli oggetti di *potestas* domestica dei singoli *fratres* (cioè ai rispettivi *fili* ed alle relative *mulieres in manu*), che erano venuti ad essere automaticamente ad essi attribuiti per effetto della morte del *pater* comune e della assunzione da parte loro della qualifica giuridica di *paterfamilias* (24). Si trattava, ad ogni modo, di un potere di disposizione di notevole rilevanza pratica e implicante, sul piano del diritto, la possibilità per la consorteria di non vivere chiusa in se stessa, ma di conciliare fruttuosamente l'utilità dello stato di indivisione con le opportunità del commercio giuridico.

Ora, che il *consortium ercto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, Gaio, non è nemmeno da pensare. Già per il *consortium* imitativo è dubbio che le parti abbiano mai potuto omettere di regolare, sia pure agli effetti interni, i poteri di disposizione illimitata spettanti a ciascuna di loro. È plausibile, comunque, che anche nel *consortium fratrum* si sia assai per tempo pervenuti ad un superamento del potere di disposizione e del contrapposto *ius prohibendi* di ciascuno mediante il conferimento dei poteri di amministratore ad un consorte di comune fiducia (25).

Un grande passo verso la comunione organizzata era stato con ciò compiuto. Ma il passo decisivo fu fatto solo quando la giurisprudenza romana dell'età repubblicana, astraendo dalla visione generica del patrimonio indiviso, formante oggetto del *consortium*, concentrò il suo esame sui singoli cespiti reali che di quel patrimonio facessero parte (o che eventualmente esaurissero, per un motivo o per l'altro, il contenuto del *consortium*) e impostò il problema di come configurare la contitolarità di un diritto reale, e in particolare del *dominium*.

(19) Per un ragguaglio bibliografico completo, cfr. BREONE, *op. cit.*, 163 ss.

(20) Cenni sulla questione in ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Stud. doc. hist. iur.* 8, 1942, 197 ss.

(21) Gai 3, 154 a: «... olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appell<abatur ercto non cito...>...»; 154 b: «Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione...».

(22) Gaio parla di «societas» anche in ordine alla *societas fratrum*. Ma che *societas* è quella che si istituisce *naturaliter* tra gli eredi del defunto? Sulla questione, cfr. BREONE, *op. cit.*, 169 ss. (ivi bibliografia).

(23) Integrazione proposta dall'ARANGIO-RUIZ, in *P.S.I.*, 11 (1935), 9, 41, e generalmente accolta.

(24) Diversamente, ma con considerazioni inaccettabili, BREONE, *op. cit.*, 178 ss.

(25) In questi limiti è accettabile la tesi del SOLAZZI, «*Societas*» e «*Communio*», in *Atti Accad. Napoli*, 57 (1935), estr. 5 ss., che ritiene esservi sempre stato nel *consortium* un amministratore unico del patrimonio.

5. La «*communio iuris romani*».

La soluzione caratteristicamente romana del problema, e particolarmente quella del diritto classico (26), si conforma pienamente al presupposto logico, già dianzi enunciato (§ 1), che due o più diritti restano sempre distinti se, pur coincidendo in tutto il resto, non coincidono nei soggetti.

Con specifico riguardo al *dominium*, le fonti affermano recisamente che un dominio unico di due o più persone sulla stessa cosa (la così detta «proprietà unica integrale» di più soggetti) non è concepibile («*duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*») (27): e ciò non perché vi si ribelli, come solitamente si spiega, il carattere di assolutezza del *dominium* (28), ma perché vi si rifiuta la pluralità dei soggetti, la quale non può non implicare (finché resta «pluralità», e non viene ridotta a unità, cioè a ente giuridico soggettivo) la pluralità dei diritti di ciascuno. La *communio*, pertanto, non è concepita dai Romani come un diritto a sé stante, o come la matrice di autonomi «condiritti» (condominio, cousingolo, coenfiteusi ecc.) (29): essa è soltanto una «vicenda» dei diritti soggettivi, e cioè la vicenda costituita dalla loro coincidenza. Tecnicamente, per evidente influsso della tradizione storica, le fonti usano restringere l'applicazione del termine ai soli diritti reali, anzi, più spesso, alla sola coincidenza dei diritti di proprietà su una stessa cosa («*res communis*», in contrapposto a «*res mea*») (30).

La *res communis*, dunque, non determina, nella visione caratteristicamente romana del fenomeno, l'unificazione dei *dominia* su di essa coincidenti, ma determina, diciamo pure, un urto latente, un immanente contrasto di quei *dominia*, per la possibilità che ciascun *dominus* ha di godere e disporre del tutto e per l'opposta possibilità che ciascun altro *dominus* ha di esercitare il *ius prohibendi*, paralizzando l'iniziativa del primo (31). La stessa situazione, in buona sostanza, del *consortium ercto non cito*, con la differenza che la *communio* non è sempre a radice convenzionale (come il consorzio imitativo), né è sempre agevolata (come nel *consortium fratrum suorum*) da un *ius fraternitatis* che cementi tra loro i soggetti (32). Ed è appunto per questo che l'ordinamento

giuridico romano guarda alla *communio* con evidente sfavore, cercando il più possibile di favorirne la divisione (33). La costruzione della *communio* come «proprietà plurima integrale» (proprietà di ciascun soggetto sulla intera cosa) e la chiara coscienza della sua provvisorietà, della sua decisa tendenza ad un esito di divisione della *res communis* tra i *domini* (in una parola, la concezione della *communio* come «proprietà plurima integrale in attesa di divisione») (34), portò i Romani a considerare i singoli *domini*, non tanto e non solo come gli attuali proprietari del tutto, quanto e principalmente come i futuri proprietari delle *partes* in cui la *res communis* si sarebbe venuta a frazionare per effetto della divisione. Sin dallo stato di indivisione, si ragionò, il diritto di ogni singolo *dominus* («*socius*», *bon gré mal gré*, degli altri *domini* della *res communis*) (35) è praticamente commisurato, nella sua estensione, al *quantum* che dovrà spettargli in sede di divisione. Sin da allora, cioè, può parlarsi di una «*pars quota*» (che non è certo la *pars individua*, anzi non è nemmeno, a rigore, una vera e propria *pars*) a lui spettante (36). Di questa *pars quota*, già *a priori* conoscibile e conosciuta, la divisione altro non farà che individuare a suo tempo il contenuto (37).

Le conseguenze che la giurisprudenza romana classica trasse da questa impostazione di massima furono: *a*) che il condomino è pienamente libero, salvo patto contrario, di disporre *manente comunione* della sua *pars quota* (ad esempio, di trasferire il suo diritto, nei limiti della quota, ad altri), purché non turbi le facoltà di godimento e di disposizione della *res communis* da parte degli altri condomini; *b*) che la partecipazione di ciascun *dominus* agli utili ed agli oneri implicati dalla *res communis* è commisurata alla quota a lui spettante; *c*) che, nei rapporti tra i *domini* della *res communis*, hanno e debbono avere maggior peso coloro cui spetti una quota maggiore o coloro che, formando una maggioranza di quote, si accordino per formulare una conforme volontà.

D'altra parte, che i comunisti restino pur sempre, singolarmente presi, proprietari di tutta quanta la *res communis*, è dimostrato: sia dal fatto che a ciascuno di essi spetta, come si è detto, il *ius prohibendi*; sia dal fatto che l'abbandono del suo diritto da parte di un comunista, implica, per il principio della elasticità del dominio, l'estendersi automatico del diritto degli altri sulla *res communis* (cosiddetto *ius adcrendi*) (38); sia dal fatto che, del pari, si tende ad attribuire a tutti i comunisti il *servus communis* manomesso da uno di essi o l'acquisto che uno di essi ha cercato di operare a mezzo del *servus communis* (39); sia dal fatto che non è ammessa costituzione di servitù tra due fondi, dei quali uno sia in dominio esclusivo e l'altro sia in dominio comune con altri di una stessa persona (40); sia, infine, dal fatto che le azioni normalmente spettanti al *dominus* sono esperibili anche verso gli altri *domini* della *res communis* (41).

Precisar meglio gli stadi della evoluzione giuridica romana in materia di *communio* è impresa, più che difficile, illegittima. È poco probabile che l'evoluzione si sia operata per gradi distinti, con progressione conforme ed in concomitanza di idee di tutti i giuristi romani: particolarmente evidente, qua e là, è la resistenza di attrito opposta dalla vecchia, ma mai pienamente cancellata, concezione del *consortium ercto non cito* (42).

La sola cosa che, a mio avviso, può dirsi con una certa sicurezza è che i Romani, pur procedendo sulla via di una sempre più intensa organizzazione interna della *communio* sulla base delle quote dei singoli partecipanti, mai hanno sostanzialmente decampato dal concetto della proprietà plurima integrale. Nelle sue vistose e numerose incertezze e contraddizioni, il diritto postclassico, occidentale e orientale, rimane fedele alla impostazione di massima del diritto classico. Sono in esso tendenze appena accennate: da un lato, quella di riportare il fenomeno della comproprietà allo stadio primitivistico della proprietà di gruppo; dall'altro, quella di attribuire ai comunisti separati diritti di quota e di concepire la comproprietà come un fascio di diritti su oggetti distinti, cioè come «proprietà plurima parziale» (43).

(26) Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., 346 ss., 493 ss., II (1959), 299 s.; BIONDI, *Comunione (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855 ss.; BRETONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli,

1958, 3 ss. e *passim*. Particolarmente illuminanti le pagine dello SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss., del BONFANTE, *op. cit.*, II, 2, 1 ss., e del RICCOBONO, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal History*, Oxford, 1913, 33 ss.

(27) Dig. 13, 6, 5, 15. Cfr. anche Dig. 49, 17, 19, 3 («*non posse dominium apud duos pro solido fuisse*»).

(28) Per tutti, da ultimo, SALIS, *op. cit.*, XXXI s. Ma v. in proposito le giuste considerazioni del PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 157 ss., che richiama oltre tutto una osservazione rigorosamente esatta del BONFANTE (*Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, 337): «ciascun condomino in tanto è proprietario, in quanto ha precisamente il diritto di escludere lo stesso condomino dal godimento».

(29) È importante notare, a questo riguardo, che il termine «*condominium*» (o «*comproprietas*») è estraneo alle fonti romane.

(30) I singoli condomini vengono chiamati semplicemente «*domini*» o, con riguardo al collegamento determinato dalla coincidenza dei loro diritti sulla *res communis*, «*socii*».

(31) Dig. 10, 3, 28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse, unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat.*

(32) Dig. 17, 2, 63 pr.: su cui da ultimo, BRENONE, «*Consortium*» e «*communio*», *cit.*, 177 s. e nota 26.

(33) Da sottolineare che la divisione romana aveva carattere costitutivo e non, come nel vigente diritto italiano (*infra: Diritto civile*, § 9), dichiarativo. Essa si attuava o mediante un reciproco volontario trasferimento delle *partes*, o mediante l'*adiudicatio iudicis* a seguito di esperimento dell'*actio communi dividundo*.

(34) Questa nota caratteristica si conserva particolarmente limpida nel diritto francese, ove la comunione è designata tecnicamente come «*indivision*». V. *infra*, nota 36.

(35) V. *retro* nota 30.

(36) La introduzione del concetto di *pars* (*quota*) fu operata dalla giurisprudenza repubblicana. Cfr. Dig. 50, 16, 25, 1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum est, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. «Res pro indiviso» è la cosa (tutta la cosa) in funzione della sua futura divisione, cioè in relazione alla sua attuale indivisione.*

(37) Cfr. ancora Dig. 13, 6, 5, 15 (*cit. retro*, nota 27): *Nec quemquam partis corporis dominum*

esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

(38) Dig. 41, 7, 3:... *si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit «et ad crescit socio»*. L'integrazione è del BONFANTE, *Corso*, cit., 18 ss. ed è generalmente seguita. V. tuttavia, da ultimo, BRETONE, «*Servus communis*», cit., 182 ss.

(39) Cfr. Ulp. 1, 18; Paul. Sent. 4, 12, 1; Dig. 45, 3, 1, 4.

(40) Cfr. Dig. 8, 3, 32.

(41) In particolare, EIN, *Le azioni dei condomini*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXIX, 1931, 73 ss.

(42) Alla dimostrazione, forse alquanto prevenuta, del punto, è dedicato l'interessante studio del BRETONE, *op. ult. cit.*

(43) In diritto postclassico (ma forse già in diritto tardo-classico) la nozione della *communio* si estende anche ai diritti reali limitati e al possesso. Cfr. Inst. 4, 6, 20: *item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut dividatur.*

FONTI.

Gai 3, 154 a-b; I 3, 27, 3-4; Dig. 10, 2 (*familiae erciscundae*); Dig. 10, 3 (*communi dividundo*), Dig. 17, 2 (*pro socio*). E in particolare: Dig. 4, 7, 12; Dig. 6, 1, 35, 3; Dig. 8, 4, 5; Dig. 10, 2, 39, 3; Dig. 10, 3, 28; Dig. 17, 2, 16, 1; Dig. 17, 2, 52, 6; Dig. 17, 2, 52, 8; Dig. 17, 2, 63 pr.; Dig. 17, 2, 58 pr.; Dig. 30, 5, 1; Dig. 44, 7, 57; Dig. 45, 3, 5; Dig. 50, 16, 25, 1; Cod. I 3, 37 (*communi dividundo*).

LETTERATURA.

GOPPERT *Beiträge zur Lehre der Miteigentum*, in *Kr. Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Oldenburg, 1872, 540 ss.;

STEINLECHNER *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio*, in *Revision der Lehre der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete*, I, 1876, II, 1878;

EISELE *Zur Lehre Miteigentum*, in *Arch. civ. Prax.*, LXIII, 1880, 27 ss.;

SEGRÉ *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1889, e in *Scritti giuridici*, Cortona, 1941, 437;

PEROZZI *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Filangieri*, 1890, 1 ss.;

ID. *Un paragone in tema di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, Paris, 1892, 355 ss.;

FADDA *Consortium, collegia, magistratuum communio*, in *Studi per Brugi*, Palermo, 1910, 139 ss.;

MANENTI *Concetto della comunione relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle communes omnium*, in *Filangieri*, 1894, 321 ss.;

BONFANTE *Il regime positivo e le costruzioni teoriche del condominio*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXV, 1912, 196 ss. e in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1917, 454 ss.;

ID. *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Rend. ist. Lomb.*, XLVI, 1913, 665 ss. e in *Scritti*, cit., III, 382 ss.;

ID. *Il ius ad crescendi nel condominio*, in *Rend. ist. Lomb.*, 1913, 831 ss. e in *Scritti*, cit., 484 ss.;

RICCOBONO *Dalla comunione del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal history*, 1913, 33 ss.;

SCIALOJA *Teoria della proprietà in diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss.;

BRANCA *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1931, 215 ss.; e *ivi*, 1932, 247 ss.;

ARANGIO-RUIZ *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi per Riccobono*, IV, Palermo, 1934, 392 ss.;

ID. *Il nuovo Gaio*, in *Bull. ist. dir. rom.*, I, 1934, 571 s.;

FREZZA *Osservazioni sul sistema di Sabino*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1933, 443, nota 3;

ID. *Il consortium «erctum non citum»*, in *Riv. fil.*, 1934, 37 ss.;

GAUDEMET *Etudes sur le regime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934;

CORNIL *Du Mancipium au Dominium*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimar, 1939, 404 ss.;

SOLAZZI *Societas e communio*, in *Atti Accademia Napoli*, 57, 1935 e in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1950, 427 ss.; ID., «*Tutoris auctoritas*» e «*consortium*», in *Studi doc. hist. iur.*, 1946, 7 ss.;

AMBROSINO «*Ususfructus*» e «*communio*», *ivi*, 1950, 183 ss.;

BISCARDI *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo*, I, 1955, 154 ss.;

SOLAZZI *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in *Iura*, 1954, 151 ss.;

VAN WARMELLO P. *Aspects of joint ownership in roman law*, in *Tulane Law Review*, 25, 1957, 125 ss.;

GARCIA GARRIDO M. *Derecho a la caza y «ius prohibendi» en Roma*, in *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1956, 269 ss.;

BRETONE M. «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958;

ID. «*Consortium*» e «*Communio*», in *Labeo*, 1960, 163 ss.;

PEROZZI *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, ristampato in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 437 ss.

NOTE

(1) Sui fenomeni di coesistenza, concorrenza e coincidenza dei diritti subbiettivi, cfr. per tutti MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, § 10 e 11 (le cui classificazioni e denominazioni non corrispondono, peraltro, totalmente alle nostre). Sul punto, limitatamente all'incontro di diritti reali, v. anche DOSSETTO, *Comunione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 858, § 2. V. anche CONCORSO E CONFLITTO DI DIRITTI SOGGETTIVI.

(2) Sui concetti di patrimonio generale e di patrimonio speciale, v. PATRIMONIO. In generale, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* 5, Napoli, 1957, 68 s.

(3) Per la bibliografia sull'argomento v. *infra*, *Diritto civile*, § 2.

(4) Per il diritto vale a maggior ragione quel che si usa dire del Parlamento inglese: che può fare qualunque cosa, salvo mutare un uomo in donna. Sulla storicità (empiricità) del diritto, e conseguentemente sulla essenzialità della storiografia per la comprensione dell'esperienza giuridica, rinvio, tralasciando la vastissima bibliografia già ben nota, anche, e *pour cause*, a GUARINO A., *L'ordinamento giuridico romano* 3, Napoli, 1959.

(5) Va sottolineato che i tre tipi sono astrattamente concepibili in ordine sia ai diritti assoluti, che a quelli relativi.

- (6) Storia dei «tipi» non equivale a storia degli «istituti», la quale esorbiterebbe dai limiti di questo scritto.
- (7) Limpida trattazione (sebbene assai succinta) in FILOMUSI-GUELFU, *Enciclopedia giuridica*⁷, Napoli, 1917, 266 ss. È appena il caso di richiamare (tralasciando i miti del futuro) il mito del passato costituito dall'«età dell'oro»: cfr. VIRGILIO, *Georgiche, libro I*, versi 125-128.
- (8) Ancora utile, sulla *communio iuris germanici*, il vecchio scritto dello STOBBE, *Miteigentum und gesammte Hand*, in *Zeitschrift der Rechtsgeschichte*, 4 (1864), 219 ss. Altri riferimenti in SALIS, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, IV, t. 2, Torino, 1939, XXI ss.
- (9) Da questa errata teorizzazione dell'inteorizzabile, caratteristica della dottrina tedesca sull'istituto, è discesa la visuale, a mio avviso errata, che fa della *communio iuris germanici* un *unicum* (o perlomeno un prototipo) giuridico.
- (10) Ai fini della rappresentanza della comunione verso i terzi bastava, solitamente, il capo della comunità o un fiduciario della stessa. La disciplina interna della utilizzazione del bene comune era rimessa, nei rari casi in cui apparisse necessaria, ad accomodamenti pratici confortati dagli usi di quella determinata comunità. Solo in rarissime ipotesi può intravedersi un riparto dell'utilizzazione tra i comunisti, che fa vagamente pensare al concetto di quota: cfr. STOBBE, *op. cit.*, 233.
- (11) La ricostruzione (salvo per quanto concerne l'origine precittadina o meno delle *gentes*) può dirsi ormai dominante. Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, 1, München, 1955, 44 ss.
- (12) Rimane traccia di questo primitivo stato di cose nel fatto che le prime tribù rustiche, anteriori alla presa di Veio (396 a.C.), hanno nominativi gentilizi. Per tutti, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 33.
- (13) Cfr. BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, Napoli, 1938. In generale, cfr. KASER, *op. cit.*, I, 105 ss.
- (14) Per tutti, cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*¹, Roma, 1925, 6 ss.
- (15) In proposito, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 72 ss., 282 ss.
- (16) Per tutti, cfr. WIEACKER, «Societas». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 113 ss.; ID., *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, in *Festschrift Siber*, 1, Leipzig, 1941, 9 ss.; KASER, *Das altrömische «ius»*, Göttingen, 1950, 159 ss.; ID., *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche (Trieste)*, Milano, 1960. In senso contrario, da ultimo, BRETONNE, «*Consortium*» e «*communio*», in *Labeo*, 6 (1960), 166 s. (ivi altra bibliografia).
- (17) Gai 2. 157. Cfr. anche Dig. 28, 2, 11; Coll. 16, 3, 6 (= Paul. 4, 8, 6), Inst. 2, 19, 2 e 3, 1, 3.

(18) Per la non giuridicità delle *obligationes* nel sistema del *ius Quiritium*, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 76 ss. Sulla intrasmissibilità *mortis causa* dei vincoli obbligatori nell'età più vetusta, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., I, 128 ss.

(19) Per un ragguaglio bibliografico completo, cfr. BREONE, *op. cit.*, 163 ss.

(20) Cenni sulla questione in ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Stud. doc. hist. iur.* 8, 1942, 197 ss.

(21) Gai 3, 154 a: «... *olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appell<abatur ercto non cito...>...>*; 154 b: «*Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione...>*».

(22) Gaio parla di «*societas*» anche in ordine alla *societas fratrum*. Ma che *societas* è quella che si istituisce *naturaliter* tra gli eredi del defunto? Sulla questione, cfr. BREONE, *op. cit.*, 169 ss. (ivi bibliografia).

(23) Integrazione proposta dall'ARANGIO-RUIZ, in *P.S.I.*, 11 (1935), 9, 41, e generalmente accolta.

(24) Diversamente, ma con considerazioni inaccettabili, BREONE, *op. cit.*, 178 ss.

(25) In questi limiti è accettabile la tesi del SOLAZZI, «*Societas*» e «*Communio*», in *Atti Accad. Napoli*, 57 (1935), estr. 5 ss., che ritiene esservi sempre stato nel *consortium* un amministratore unico del patrimonio.

(26) Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., 346 ss., 493 ss., II (1959), 299 s.; BIONDI, *Comunione (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855 ss.; BREONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 3 ss. e *passim*. Particolarmente illuminanti le pagine dello SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss., del BONFANTE, *op. cit.*, II, 2, 1 ss., e del RICCOBONO, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal History*, Oxford, 1913, 33 ss.

(27) Dig. 13, 6, 5, 15. Cfr. anche Dig. 49, 17, 19, 3 («*non posse dominium apud duos pro solido fuisse*»).

(28) Per tutti, da ultimo, SALIS, *op. cit.*, XXXI s. Ma v. in proposito le giuste considerazioni del PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 157 ss., che richiama oltre tutto una osservazione rigorosamente esatta del BONFANTE (*Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, 337): «ciascun condomino in tanto è proprietario, in quanto ha precisamente il diritto di escludere lo stesso condomino dal godimento».

(29) È importante notare, a questo riguardo, che il termine «*condominium*» (o «*comproprietas*») è estraneo alle fonti romane.

(30) I singoli condomini vengono chiamati semplicemente «*domini*» o, con riguardo al collegamento determinato dalla coincidenza dei loro diritti sulla *res communis*, «*socii*».

(31) Dig. 10, 3, 28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse, unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat.*

(32) Dig. 17, 2, 63 pr.: su cui da ultimo, BRETONE, «*Consortium*» e «*communio*», cit., 177 s. e nota 26.

(33) Da sottolineare che la divisione romana aveva carattere costitutivo e non, come nel vigente diritto italiano (*infra: Diritto civile*, § 9), dichiarativo. Essa si attuava o mediante un reciproco volontario trasferimento delle *partes*, o mediante l'*adiudicatio iudicis* a seguito di esperimento dell'*actio communi dividundo*.

(34) Questa nota caratteristica si conserva particolarmente limpida nel diritto francese, ove la comunione è designata tecnicamente come «*indivision*». V. *infra*, nota 36.

(35) V. *retro* nota 30.

(36) La introduzione del concetto di *pars* (*quota*) fu operata dalla giurisprudenza repubblicana. Cfr. Dig. 50, 16, 25, 1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum est, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.* «*Res pro indiviso*» è la cosa (tutta la cosa) in funzione della sua futura divisione, cioè in relazione alla sua attuale indivisione.

(37) Cfr. ancora Dig. 13, 6, 5, 15 (cit. *retro*, nota 27): *Nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.*

(38) Dig. 41, 7, 3: ... *si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit «et ad crescit socio».* L'integrazione è del BONFANTE, *Corso*, cit., 18 ss. ed è generalmente seguita. V. tuttavia, da ultimo, BRETONE, «*Servus communis*», cit., 182 ss.

(39) Cfr. Ulp. 1, 18; Paul. Sent. 4, 12, 1; Dig. 45, 3, 1, 4.

(40) Cfr. Dig. 8, 3, 32.

(41) In particolare, EIN, *Le azioni dei condomini*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXIX, 1931, 73 ss.

(42) Alla dimostrazione, forse alquanto prevenuta, del punto, è dedicato l'interessante studio del BRETONE, *op. ult. cit.*

(43) In diritto postclassico (ma forse già in diritto tardo-classico) la nozione della *communio* si estende anche ai diritti reali limitati e al possesso. Cfr. Inst. 4, 6, 20: *item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut dividatur.*

Utente: unive6242 UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
www.iusexplorer.it - 11.01.2016

© Copyright Giuffrè 2016. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Comunione (premesse generali e dir. rom.) [VIII, 1961]

di Guarino Antonio

Comunione (premesse generali e dir. rom.) [VIII, 1961]

1. Coesistenza, concorrenza, coincidenza di diritti subbiettivi.

Il diritto subbiettivo «isolato» è un dato di laboratorio, non un dato di esperienza. Nella realtà sociale i diritti subbiettivi sono tenuti a convivere tra loro: versano tutti, necessariamente, in istato di «coesistenza», ed anzi si trovano assai spesso in situazioni di «concorrenza» o di «coincidenza» (1).

A) La «coesistenza» dei diritti subbiettivi è la conseguenza logica del fatto che essi scaturiscono da un certo ordinamento giuridico e devono, quindi, convivere nella sfera di esplicazione dello stesso.

Vi è una coesistenza, per dir così, generica, che è quella dei diritti spettanti ciascuno ad un soggetto attivo diverso, e vi è la coesistenza qualificata o specifica dei diritti facenti parte di un unico patrimonio giuridico, generale o speciale, di un soggetto (2). Dalla seconda, ancora più che dalla prima, derivano ovviamente, per i diritti subbiettivi, limitazioni e condizionamenti di vario genere.

Le limitazioni e i condizionamenti dei diritti subbiettivi aumentano sensibilmente di numero e di intensità nelle accennate ipotesi di concorrenza e di coincidenza: ipotesi che meritano di essere guardate, pertanto, più da vicino.

B) «Concorrenza» (o concorso) di diritti subbiettivi si verifica quando due o più diritti insistono sullo stesso patrimonio giuridico di un soggetto passivo o sullo stesso oggetto giuridico, avendo peraltro contenuto diverso, nel senso che mirano a diversi e distinti soddisfacimenti (godimenti, disposizioni, prestazioni).

È il caso, ad esempio: di una pluralità di crediti autonomi gravanti a carico di uno stesso patrimonio giuridico; di una pluralità di distinti diritti successori gravanti a carico di uno stesso patrimonio ereditario; di una pluralità di diritti reali di genere o di specie differenti gravanti a carico di una stessa cosa (proprietà e usufrutto, usufrutto e servitù, servitù di passaggio e servitù di inedificazione ecc.).

In tutte queste ipotesi sorge una possibilità di «collisione» dei diritti in concorso in relazione all'eventualità che il patrimonio o l'oggetto su cui essi insistono non siano in grado di soddisfarli integralmente tutti. Ed è appunto per ciò che l'ordinamento giuridico si preoccupa di predisporre svariati regolamenti di coordinazione, ispirati a criteri di priorità temporale, o di preferenza qualitativa o di proporzionalità, e via dicendo.

C) «Coincidenza» di diritti subbiettivi si verifica in una ipotesi ulteriore rispetto a quella della concorrenza: l'ipotesi che i diritti che insistono sullo stesso patrimonio o sullo stesso oggetto abbiano contenuto identico, siano cioè rivolti ad un soddisfacimento identico.

È il caso, ad esempio: di più crediti alla stessa prestazione indivisibile; di più diritti reali su una stessa cosa a contenuto parzialmente coincidente (usufrutto e uso, uso e abitazione, pegno e ipoteca, ecc.); nonché, infine (ed è l'ipotesi estrema), di più diritti reali perfettamente identici in ogni riguardo (nel tipo, nell'oggetto, nelle modalità di soddisfacimento), salvo che nei soggetti.

Sono ipotesi, queste, in cui la collisione tra i diritti in gara non solo è possibile, ma è *in re ipsa*: ragion per cui l'ordinamento è impegnato a dettare specifici regolamenti di più o meno intenso collegamento dei diritti subbiettivi coincidenti. Il quale «collegamento» dei diritti coincidenti si differenzia dalla mera «coordinazione» dei diritti subbiettivi concorrenti per ciò: che, ad evitare lo scontro insanabile, i diritti vengono parzialmente unificati nei riguardi dei soggetti passivi e dei

terzi. Per tal modo, pur rimanendo i singoli soggetti attivi ben distinti l'uno dall'altro, si rende possibile un soddisfacimento unitario delle loro pretese. La ripartizione di questo soddisfacimento tra i soggetti dei diritti coincidenti, sarà operata in via subordinata o di regresso, evitandosi rischi e incertezze ai soggetti passivi.

La gamma dei possibili collegamenti di diritti subbiettivi è, ovviamente, assai vasta. L'unificazione può essere relativa a zone più ristrette e a zone più estese, sino ad essere una unificazione pressoché totale. Il limite estremo del fenomeno è dato, comunque, dalla impossibilità di giungere alla unificazione dei soggetti attivi in una persona giuridica unica o in un solo ente giuridico, sia pure non personificato. Ove tale ipotesi si realizzasse, i diritti subbiettivi coincidenti verrebbero, infatti, a perdere ogni autonoma rilevanza giuridica e sarebbero integralmente sostituiti dal diritto unico facente capo alla persona o all'ente giuridico.

(1) Sui fenomeni di coesistenza, concorrenza e coincidenza dei diritti subbiettivi, cfr. per tutti MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, § 10 e 11 (le cui classificazioni e denominazioni non corrispondono, peraltro, totalmente alle nostre). Sul punto, limitatamente all'incontro di diritti reali, v. anche DOSSETTO, *Comunione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 858, § 2. V. anche CONCORSO E CONFLITTO DI DIRITTI SOGGETTIVI.

(2) Sui concetti di patrimonio generale e di patrimonio speciale, v. PATRIMONIO. In generale, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁵, Napoli, 1957, 68 s.

2. Contitolarità e comunione di diritti subbiettivi.

Il *maximum* possibile (e insuperabile) di collegamento dei diritti subbiettivi fa, insomma, di essi una figura a due facce: nei riguardi dei soggetti passivi il diritto è unico, nei riguardi dei soggetti attivi i diritti sono pur sempre distinti. Si parla, pertanto, di «contitolarità» del diritto (unico) da parte dei soggetti attivi (3).

Questa figura giuridica della contitolarità costituisce indubbiamente, diciamo 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. L'interprete, quindi, pur doverosamente rilevando l'aporia dell'istituto, non è autorizzato ad eliminarla o a superarla, forzando il dato positivo dell'ordinamento giuridico vigente (4).

Vari problemi pratici vengono suscitati dalla figura del diritto a soggetti plurimi: problemi, come è ovvio, intimamente collegati tra loro e suscettibili di soluzioni diverse. Un primo problema è quello dei rapporti tra soggetti passivi e contitolarità nel suo complesso: visto che la contitolarità non equivale ad un ente giuridico subbiettivo e che i soggetti attivi rimangono differenziati, si domanda a favore di quale fra i soggetti attivi sono concretamente tenuti i soggetti passivi all'adempimento del loro dovere giuridico. Un secondo problema è quello dei rapporti tra soggetti passivi e singoli soggetti attivi: visto che i singoli soggetti attivi non perdono la loro individuazione giuridica, si domanda se singole relazioni intercorrenti tra essi e i soggetti passivi possano, e sino a qual punto, reagire sulla struttura o sul funzionamento unitario. E, infine, un terzo problema è quello dei rapporti tra i soggetti attivi: in che misura e, sopra tutto, in che guisa concorrono i contitolari di un diritto comune all'unico soddisfacimento delle loro coincidenti pretese?

In sostanza, tutti i problemi della contitolarità dei diritti sono condizionati a quello fondamentale dei rapporti tra i contitolari, cioè al problema della struttura riconoscibile nella «comunione del diritto tra i contitolari». E fra le infinite possibili soluzioni, i tipi più caratteristici, verso l'uno o l'altro dei quali si sono orientati o si orientano gli istituti positivi, sono tre: quello della comunione indifferenziata, quello della comunione organizzata, quello della comunione solidaristica (5).

La «comunione indifferenziata» (o comunanza) rappresenta la soluzione più elementare e semplicistica del problema della contitolarità. Manca ad essa la predisposizione di ogni disciplina interna dei contitolari, ciascuno dei quali ha una pretesa sul tutto, ma non è legittimato né ad affermare di sua spettanza una qualsiasi parte (reale o ideale) del diritto, né a pretendere la cessazione dello stato di comunione mediante un procedimento di divisione. Pertanto, il godimento che dal diritto comune si trae non può essere che indifferenziato, e la disposizione del diritto comune non può essere fatta (se pure è concretamente ammessa o concepita) che unanimemente (v. *infra* § 3).

La «comunione organizzata» (o comunione internamente differenziata) ha per sua caratteristica la esistenza di una differenziazione interna tra i comunisti, ciascuno dei quali è concepito come titolare di una determinata quota ideale del tutto. Questa organizzazione interna ha i suoi importanti riflessi esterni: sia perché la disposizione del diritto comune non dipende necessariamente dalla volontà unanime dei comunisti, ma può essere fatta dipendere in tutto o in parte da una volontà di maggioranza; e sia perché ciascun comunista può anche disporre, in pendenza dello stato di comunione, del suo *quantum* di partecipazione al tutto (della sua «quota»), senza con ciò pregiudicare l'intero (v. *infra* § 5).

La «comunione solidaristica», infine, è una forma intermedia (e forse, più esattamente, di passaggio) tra gli altri due tipi di comunione. Internamente essa può essere tanto indifferenziata, quanto differenziata; esternamente è caratteristico di essa che uno qualunque dei comunisti può disporre dell'intero diritto, salvo a regolare i conti con i contitolari in sede di divisione, o comunque in un secondo momento (v. *infra* § 4).

Senza pretendere di farne una ricostruzione storica approfondita e completa, sarà opportuno ora fornire qualche cenno sulla storia dei vari tipi di comunione dianzi individuati, sopra tutto allo scopo di rintracciare la genesi dell'istituto vigente nell'ordinamento italiano e di comprendere alcuni suoi limiti ed alcune sue intime contraddizioni (6). Per il che, il discorso può essere concentrato intorno a tre punti: le comunanze romane precittadine e arcaiche, il *consortium erecto non cito*, la cosiddetta *communio iuris romani*.

(3) Per la bibliografia sull'argomento v. *infra*, *Diritto civile*, § 2.

(4) Per il diritto vale a maggior ragione quel che si usa dire del Parlamento inglese: che può fare qualunque cosa, salvo mutare un uomo in donna. Sulla storicità (empiricità) del diritto, e conseguentemente sulla essenzialità della storiografia per la comprensione dell'esperienza giuridica, rinvio, tralasciando la vastissima bibliografia già ben nota, anche, e *pour cause*, a GUARINO A., *L'ordinamento giuridico romano*³, Napoli, 1959.

(5) Va sottolineato che i tre tipi sono astrattamente concepibili in ordine sia ai diritti assoluti, che a quelli relativi.

(6) Storia dei «tipi» non equivale a storia degli «istituti», la quale esorbiterebbe dai limiti di questo scritto.

3. Le comunanze romane precittadine e arcaiche.

Il tipo della «comunione indifferenziata» (o comunanza) viene solitamente denominata in dottrina come «*communio iuris germanici*», essendosi storicamente concretato in una istituzione caratteristica, e caratteristicamente persistente, dell'antico diritto consuetudinario dei popoli germanici. Ma le forme di comunanza, anche se trovarono in Germania un terreno particolarmente propizio, allignarono un po' dovunque negli stadi primitivi della civiltà, ivi compresa quella romana (7). Se al giorno d'oggi esse ancora qua e là si intravedono nel nostro ordinamento giuridico, non è tanto per l'influenza esercitata dalle costumanze germaniche (le quali ben poco poterono intaccare, venendo a suo contatto, l'istituto romano, ormai già fiorente e robusto, della comunione organizzata), quanto per naturale sollecitazione di certe situazioni più rudimentali e arretrate.

La *communio iuris germanici* consistette, più precisamente, in una comunanza di godimento di fondi rustici (e ovviamente dei beni pertinenziali degli stessi) da parte di piccole comunità su di essi insediate. La sua ragion d'essere era, normalmente, nella necessità, e, in un tempo, nella sufficienza del bene (sfruttato, in genere, solo estensivamente) ai bisogni singoli e collettivi dei membri della comunità: i quali, dunque, senza possibilità pratica di attriti o di scontri, mettevano tutti mano, ciascuno secondo i propri bisogni, nello sfruttamento del fondo («*Gemeinschaft zur gesammten Hand*»: «comunanza in mano collettiva» o «a mani riunite») (8). Sin che durava questo stato di cose (cioè la sufficienza del bene e, giova aggiungerlo, una certa quale consapevolezza da parte dei comunisti dei limiti implicati per ciascuno di loro dal concorso degli altri nel godimento di una stessa estensione di terreno), la divisione del diritto era praticamente tanto poco opportuna, da non essere addirittura presa in considerazione.

In altri termini, non era la comunanza concepita come conseguenza di uno stato di indivisione, ma era la indivisione implicata dalla insistenza di una comunità su un bene, e quindi dalla comunanza di utilizzazione del bene tra i comunisti. Solo un ripensamento razionalistico ed astrattizzante, di gran lunga successivo alla fioritura dell'istituto, ha portato alla antistorica teorizzazione della comunanza di godimento germanica come comunione indifferenziata e indivisibile di proprietà («*Gesamteigentum*») (9). In realtà il titolo del godimento (proprietà, possesso, detenzione), la misura della sua spettanza ai singoli comunisti (per quote, per partizioni materiali, per rotazione del bene), la identificazione precisa dei titolari (i membri attuali della società e i loro successori, oppure i membri della società nella sua consistenza presente e in ogni suo futuro «ricambio»), la divisione del diritto tra i singoli soggetti (per convenzione collettiva, per determinazione giudiziale, su istanza di parte): erano, questi, altrettanti argomenti estranei alla problematica limitata dell'istituto tradizionale germanico (10).

Ora, assai tempo prima che in Germania, si fecero presenti, in Roma precittadina e arcaica, situazioni corrispondenti a quelle dianzi tratteggiate, e si manifestarono quindi, *ante litteram*, forme di comunanza analoghe alla cosiddetta *communio iuris germanici*. Due profili vanno, a tal proposito, particolarmente segnalati: la arcaica comunanza gentilizia degli *agri* cittadini e, prima ancora, la precittadina comunanza familiare.

Quanto alla comunanza gentilizia degli *agri* cittadini, bisogna riportarsi ai primi secoli della *civitas*, ai tempi del primitivo *ius Quiritium*, allorché Roma era costituita da un certo numero di *familiae* patriarcali, tra loro apparentate in *gentes* (11). Ciascuna *familia* era «impersonata», nei rapporti con le altre *familiae* della comunità quiritaria, dal relativo *pater* e ciascun *pater* era, nell'interesse della sua *familia*, titolare assoluto ed esclusivo (o, come più tardi si disse, *dominus ex iure Quiritium*) di una estensione immobiliare limitatissima, che non andava al di là della *domus*, con il piccolo *heredium* circostante.

Sin che non fu sentita l'opportunità di procedere a colture intensive, tutti i restanti, vastissimi *agri* della comunità furono attribuiti come altrettante «riserve» alle *gentes*, e nell'ambito di queste

riserve gentilizie le *familiae* appartenenti alla *gens* esercitarono, a quanto pare, una piena comunanza di godimento, senza neanche l'ombra di una ripartizione del territorio fra esse (12). Non prima del sec. VI a.C. ebbero inizio le *divisiones et adsignationes* degli *agri* cittadini ai singoli *patres familiarum*: e questo fenomeno, unito alla rapida decadenza delle *gentes*, determinò la fine delle comunanze gentilizie di godimento a tutto favore della proprietà privata immobiliare.

D'altra parte, le vaste estensioni di territorio non assegnate, o non ancora assegnate ai privati, passarono ad essere concepite come l'oggetto di una comunanza di godimento a raggio assai più ampio e indifferenziato, la comunanza di godimento di tutto quanto il *populus romanus Quiritium*. Ma appunto per ciò esse finirono per essere ritenute estranee all'ordinamento giuridico tradizionale (il *ius civile Romanorum*) e rientranti, come *ager publicus*, nella sfera di azione del *ius publicum* (13). Ma, ancor prima della costituzione della *civitas* quiritaria, una forma di comunione indifferenziata si realizzò, a mio avviso, nel seno delle *familiae*, sempre che si ritenga, con la dominante dottrina, che esse furono i primi nuclei sociali autonomi del mondo romano (14). L'autorità del *pater*, certamente sin da allora assai intensa, non si sostanzialmente tuttavia ancora nell'assorbente *mancipium* di lui (che avrebbe escluso, più tardi, la qualità di soggetti giuridici dei *filii*), perché ancora non sussisteva l'esigenza di impersonare, nel quadro di un ordinamento giuridico unitario (il futuro *ius Quiritium*), la *familia* di lui rispetto alle altre *familiae* della *civitas* (15). I membri liberi della *familia* erano, dunque, in quell'età, partecipi, a titolo di comunione indifferenziata (o, come si è detto, di «*Hausgenossenschaft*», cioè di comunanza domestica) (16), delle *res familiares* (da cui poi derivarono le cosiddette *res Mancipi*): *domus*, *heredium*, attrezzi, sementi, *animalia* «*quae collo dorsove domantur*», beni di generale consumo. Ed è un inconscio richiamo all'antichissimo stato di cose la nota e tanto discussa affermazione giurisprudenziale dei tempi storici, secondo cui i *filii* «*vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*» (17).

In conclusione, la comunione indifferenziata dei diritti, ed in particolare la comunanza dei diritti reali (immobiliari e mobiliari, singolarmente presi o unificati in patrimoni), si conferma un tipo consueto agli stadi primitivi ed embrionali degli ordinamenti giuridici, a cominciare da quello romano. Che queste rudimentali comunanze non abbiano, per quel che risulta, ricompreso anche diritti relativi (crediti e debiti), non è certamente dipeso da ostacoli di carattere logico, ma solo dal dato storico per cui, nei primi stadi delle civiltà giuridiche, e sopra tutto nei primi stadi della civiltà giuridica romana, i vincoli obbligatori o non erano riconosciuti ancora dal diritto, oppure erano comunque condizionati alla esistenza in vita dei soggetti tra cui fossero nati (18). E questo, se non erriamo, spiega: sia perché la nozione giuridica di comunione abbia finito storicamente, negli ordinamenti positivi, per limitarsi alla comunione dei diritti reali o tutt'al più dei patrimoni (con esclusione, di regola, della applicazione sua a singoli rapporti obbligatori); e sia perché, nel progresso degli ordinamenti giuridici, la rudimentale comunione indifferenziata sia andata rapidamente scomparendo, o per sfociare in una proprietà individuale (del capo-gruppo, della comunità in quanto ente unitario, della comunità personificata, dello Stato, e così via dicendo) o per sfociare nei tipi ben più evoluti della comunione solidaristica e di quella organizzata.

(7) Limpida trattazione (sebbene assai succinta) in FILOMUSI-GUELFU, *Enciclopedia giuridica* 7, Napoli, 1917, 266 ss. È appena il caso di richiamare (tralasciando i miti del futuro) il mito del passato costituito dall'«età dell'oro»: cfr. VIRGILIO, *Georgiche*, libro I, versi 125-128.

(8) Ancora utile, sulla *communio iuris germanici*, il vecchio scritto dello STOBBE, *Miteigentum und gesammte Hand*, in *Zeitschrift der Rechtsgeschichte*, 4 (1864), 219 ss. Altri riferimenti in SALIS, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, IV, t. 2, Torino, 1939, XXI ss.

(9) Da questa errata teorizzazione dell'inteorizzabile, caratteristica della dottrina tedesca sull'istituto, è discesa la visuale, a mio avviso errata, che fa della *communio iuris germanici* un

unicum (o perlomeno un prototipo) giuridico.

(10) Ai fini della rappresentanza della comunione verso i terzi bastava, solitamente, il capo della comunità o un fiduciario della stessa. La disciplina interna della utilizzazione del bene comune era rimessa, nei rari casi in cui apparisse necessaria, ad accomodamenti pratici confortati dagli usi di quella determinata comunità. Solo in rarissime ipotesi può intravedersi un riparto dell'utilizzazione tra i comunisti, che fa vagamente pensare al concetto di quota: cfr. STOBBE, *op. cit.*, 233.

(11) La ricostruzione (salvo per quanto concerne l'origine precittadina o meno delle *gentes*) può dirsi ormai dominante. Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, 1, München, 1955, 44 ss.

(12) Rimane traccia di questo primitivo stato di cose nel fatto che le prime tribù rustiche, anteriori alla presa di Veio (396 a.C.), hanno nominativi gentilizi. Per tutti, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 33.

(13) Cfr. BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, Napoli, 1938. In generale, cfr. KASER, *op. cit.*, I, 105 ss.

(14) Per tutti, cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano* I, Roma, 1925, 6 ss.

(15) In proposito, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 72 ss., 282 ss.

(16) Per tutti, cfr. WIEACKER, «*Societas*». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 113 ss.; ID., *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, in *Festschrift Siber*, 1, Leipzig, 1941, 9 ss.; KASER, *Das altrömische «ius»*, Göttingen, 1950, 159 ss.; ID., *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche (Trieste)*, Milano, 1960. In senso contrario, da ultimo, BREITONE, «*Consortium*» e «*communio*», in *Labeo*, 6 (1960), 166 s. (ivi altra bibliografia).

(17) Gai 2. 157. Cfr. anche Dig. 28, 2, 11; Coll. 16, 3, 6 (= Paul. 4, 8, 6), Inst. 2, 19, 2 e 3, 1, 3.

(18) Per la non giuridicità delle *obligationes* nel sistema del *ius Quiritium*, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 76 ss. Sulla intrasmissibilità *mortis causa* dei vincoli obbligatori nell'età più vetusta, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., I, 128 ss.

4. Il «*consortium ercto non cito*».

Nella esperienza giuridica romana il passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata fu mediato dall'istituto, ancora in parte misterioso e fortemente discusso, del *consortium ercto non cito* (19).

Il *consortium ercto non cito* altro non è, dal punto di vista strutturale, che una esplicazione del tipo della comunione solidaristica. Sarebbe molto interessante (ma esorbita, ovviamente, dai limiti di questo scritto) studiarne le analogie, fortissime, con l'istituto della solidarietà obbligatoria e con il

connesso istituto delle obbligazioni indivisibili a soggetti plurimi (20): sarebbe, oltre tutto, una indagine illuminante per molti punti ancora oscuri dell'una e dell'altra dottrina. Sta di fatto, comunque (e sul piano storico giuridico non può che prendersene atto), che le anzidette analogie non furono viste dalla giurisprudenza romana e che il *consortium erecto non cito* esclusivamente si qualifica nella storia del diritto romano, come una forma di comunione patrimoniale a fondamento reale.

Non è dato sapere, per le lacune del manoscritto gaiano che ce ne parla, quante forme di *consortium* abbia conosciuto l'antichissimo diritto romano: da Gai 3, 154 *a-b* ne risultano esplicitamente attestate (sembra, peraltro, tassativamente) due sole, il *consortium fratrum suorum* e il *consortium ad exemplum fratrum suorum*. Il primo si istituiva per natura di cose tra i discendenti del *pater familias* defunto, i «*sui heredes*», dal momento della morte di lui sino a quando non fosse stata provocata la divisione del compendio ereditario; il secondo si istituiva consensualmente, attraverso una speciale procedura giudiziaria, tra coloro che volessero per un qualunque motivo porre in comunione un patrimonio o un bene reale (21). Mentre del *consortium* imitativo (*ad exemplum fratrum suorum*) sono evidenti, innegabili le affinità con l'istituto della *societas*, assai più dubbia è la rapportabilità alla *societas* (o alla categoria generale della convenzione associativa) del *consortium fratrum suorum* (22).

Ma tralasciamo le molteplici e gravi questioni che l'istituto del *consortium* solleva, e limitiamoci all'essenziale. L'essenziale risulta, a mio avviso, significativamente, da Gai 3, 154 *b*: «*in hac autem societate fratrum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, ... quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum acquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat*» (23). In altri termini, ciascun consorte era legittimato, non soltanto a godere delle cose comuni, ma a disporne con effetto vincolante per tutti gli altri, salvo, probabilmente, che non ne fosse impedito dalla *prohibitio* di qualcun altro fra i comunisti. Beninteso, nella *societas fratrum* questo diritto di disposizione del consorte era limitato agli oggetti giuridici in attesa di divisione (schiavi, animali, fondo, attrezzi, ecc.), e non si estendeva menomamente agli oggetti di *potestas* domestica dei singoli *fratres* (cioè ai rispettivi *fili* ed alle relative *mulieres in manu*), che erano venuti ad essere automaticamente ad essi attribuiti per effetto della morte del *pater* comune e della assunzione da parte loro della qualifica giuridica di *paterfamilias* (24). Si trattava, ad ogni modo, di un potere di disposizione di notevole rilevanza pratica e implicante, sul piano del diritto, la possibilità per la consorteria di non vivere chiusa in se stessa, ma di conciliare fruttuosamente l'utilità dello stato di indivisione con le opportunità del commercio giuridico.

Ora, che il *consortium erecto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, Gaio, non è nemmeno da pensare. Già per il *consortium* imitativo è dubbio che le parti abbiano mai potuto omettere di regolare, sia pure agli effetti interni, i poteri di disposizione illimitata spettanti a ciascuna di loro. È plausibile, comunque, che anche nel *consortium fratrum* si sia assai per tempo pervenuti ad un superamento del potere di disposizione e del contrapposto *ius prohibendi* di ciascuno mediante il conferimento dei poteri di amministratore ad un consorte di comune fiducia (25).

Un grande passo verso la comunione organizzata era stato con ciò compiuto. Ma il passo decisivo fu fatto solo quando la giurisprudenza romana dell'età repubblicana, astraendo dalla visione generica del patrimonio indiviso, formante oggetto del *consortium*, concentrò il suo esame sui singoli cespiti reali che di quel patrimonio facessero parte (o che eventualmente esaurissero, per un motivo o per l'altro, il contenuto del *consortium*) e impostò il problema di come configurare la contitolarità di un diritto reale, e in particolare del *dominium*.

(19) Per un ragguaglio bibliografico completo, cfr. BRETONE, *op. cit.*, 163 ss.

(20) Cenni sulla questione in ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Stud. doc. hist. iur.* 8, 1942, 197 ss.

(21) Gai 3, 154 a: «... olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appell&abatur ercto non cito...&...»; 154 b: «Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione...».

(22) Gaio parla di «societas» anche in ordine alla *societas fratrum*. Ma che *societas* è quella che si istituisce *naturaliter* tra gli eredi del defunto? Sulla questione, cfr. BREONE, *op. cit.*, 169 ss. (ivi bibliografia).

(23) Integrazione proposta dall'ARANGIO-RUIZ, in *P.S.I.*, 11 (1935), 9, 41, e generalmente accolta.

(24) Diversamente, ma con considerazioni inaccettabili, BREONE, *op. cit.*, 178 ss.

(25) In questi limiti è accettabile la tesi del SOLAZZI, «Societas» e «Communio», in *Atti Accad. Napoli*, 57 (1935), estr. 5 ss., che ritiene esservi sempre stato nel *consortium* un amministratore unico del patrimonio.

5. La «communio iuris romani».

La soluzione caratteristicamente romana del problema, e particolarmente quella del diritto classico (26), si conforma pienamente al presupposto logico, già dianzi enunciato (§ 1), che due o più diritti restano sempre distinti se, pur coincidendo in tutto il resto, non coincidono nei soggetti.

Con specifico riguardo al *dominium*, le fonti affermano recisamente che un dominio unico di due o più persone sulla stessa cosa (la così detta «proprietà unica integrale» di più soggetti) non è concepibile («*duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*») (27): e ciò non perché vi si ribelli, come solitamente si spiega, il carattere di assolutezza del *dominium* (28), ma perché vi si rifiuta la pluralità dei soggetti, la quale non può non implicare (finché resta «pluralità», e non viene ridotta a unità, cioè a ente giuridico soggettivo) la pluralità dei diritti di ciascuno. La *communio*, pertanto, non è concepita dai Romani come un diritto a sé stante, o come la matrice di autonomi «condiritti» (condominio, cuso, coenfiteusi ecc.) (29): essa è soltanto una «vicenda» dei diritti soggettivi, e cioè la vicenda costituita dalla loro coincidenza. Tecnicamente, per evidente influsso della tradizione storica, le fonti usano restringere l'applicazione del termine ai soli diritti reali, anzi, più spesso, alla sola coincidenza dei diritti di proprietà su una stessa cosa («*res communis*», in contrapposto a «*res mea*») (30).

La *res communis*, dunque, non determina, nella visione caratteristicamente romana del fenomeno, l'unificazione dei *dominia* su di essa coincidenti, ma determina, diciamo pure, un urto latente, un immanente contrasto di quei *dominia*, per la possibilità che ciascun *dominus* ha di godere e disporre del tutto e per l'opposta possibilità che ciascun altro *dominus* ha di esercitare il *ius prohibendi*, paralizzando l'iniziativa del primo (31). La stessa situazione, in buona sostanza, del *consortium ercto non cito*, con la differenza che la *communio* non è sempre a radice convenzionale (come il consorzio imitativo), né è sempre agevolata (come nel *consortium fratrum suorum*) da un *ius fraternitatis* che cementi tra loro i soggetti (32). Ed è appunto per questo che l'ordinamento

giuridico romano guarda alla *communio* con evidente sfavore, cercando il più possibile di favorirne la divisione (33). La costruzione della *communio* come «proprietà plurima integrale» (proprietà di ciascun soggetto sulla intera cosa) e la chiara coscienza della sua provvisorietà, della sua decisa tendenza ad un esito di divisione della *res communis* tra i *domini* (in una parola, la concezione della *communio* come «proprietà plurima integrale in attesa di divisione») (34), portò i Romani a considerare i singoli *domini*, non tanto e non solo come gli attuali proprietari del tutto, quanto e principalmente come i futuri proprietari delle *partes* in cui la *res communis* si sarebbe venuta a frazionare per effetto della divisione. Sin dallo stato di indivisione, si ragionò, il diritto di ogni singolo *dominus* («*socius*», *bon gré mal gré*, degli altri *domini* della *res communis*) (35) è praticamente commisurato, nella sua estensione, al *quantum* che dovrà spettargli in sede di divisione. Sin da allora, cioè, può parlarsi di una «*pars quota*» (che non è certo la *pars individua*, anzi non è nemmeno, a rigore, una vera e propria *pars*) a lui spettante (36). Di questa *pars quota*, già *a priori* conoscibile e conosciuta, la divisione altro non farà che individuare a suo tempo il contenuto (37).

Le conseguenze che la giurisprudenza romana classica trasse da questa impostazione di massima furono: a) che il condomino è pienamente libero, salvo patto contrario, di disporre *manente communione* della sua *pars quota* (ad esempio, di trasferire il suo diritto, nei limiti della quota, ad altri), purché non turbi le facoltà di godimento e di disposizione della *res communis* da parte degli altri condomini; b) che la partecipazione di ciascun *dominus* agli utili ed agli oneri implicati dalla *res communis* è commisurata alla quota a lui spettante; c) che, nei rapporti tra i *domini* della *res communis*, hanno e debbono avere maggior peso coloro cui spetti una quota maggiore o coloro che, formando una maggioranza di quote, si accordino per formulare una conforme volontà.

D'altra parte, che i comunisti restino pur sempre, singolarmente presi, proprietari di tutta quanta la *res communis*, è dimostrato: sia dal fatto che a ciascuno di essi spetta, come si è detto, il *ius prohibendi*; sia dal fatto che l'abbandono del suo diritto da parte di un comunista, implica, per il principio della elasticità del dominio, l'estendersi automatico del diritto degli altri sulla *res communis* (cosiddetto *ius adcrescendi*) (38); sia dal fatto che, del pari, si tende ad attribuire a tutti i comunisti il *servus communis* manomesso da uno di essi o l'acquisto che uno di essi ha cercato di operare a mezzo del *servus communis* (39); sia dal fatto che non è ammessa costituzione di servitù tra due fondi, dei quali uno sia in dominio esclusivo e l'altro sia in dominio comune con altri di una stessa persona (40); sia, infine, dal fatto che le azioni normalmente spettanti al *dominus* sono esperibili anche verso gli altri *domini* della *res communis* (41).

Precisar meglio gli stadi della evoluzione giuridica romana in materia di *communio* è impresa, più che difficile, illegittima. È poco probabile che l'evoluzione si sia operata per gradi distinti, con progressione conforme ed in concomitanza di idee di tutti i giuristi romani: particolarmente evidente, qua e là, è la resistenza di attrito opposta dalla vecchia, ma mai pienamente cancellata, concezione del *consortium erecto non cito* (42).

La sola cosa che, a mio avviso, può dirsi con una certa sicurezza è che i Romani, pur procedendo sulla via di una sempre più intensa organizzazione interna della *communio* sulla base delle quote dei singoli partecipanti, mai hanno sostanzialmente decampato dal concetto della proprietà plurima integrale. Nelle sue vistose e numerose incertezze e contraddizioni, il diritto postclassico, occidentale e orientale, rimane fedele alla impostazione di massima del diritto classico. Sono in esso tendenze appena accennate: da un lato, quella di riportare il fenomeno della comproprietà allo stadio primitivistico della proprietà di gruppo; dall'altro, quella di attribuire ai comunisti separati diritti di quota e di concepire la comproprietà come un fascio di diritti su oggetti distinti, cioè come «proprietà plurima parziale» (43).

(26) Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., 346 ss., 493 ss., II (1959), 299 s.; BIONDI, *Comunione (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855 ss.; BRETONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli,

1958, 3 ss. e *passim*. Particolarmente illuminanti le pagine dello SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss., del BONFANTE, *op. cit.*, II, 2, 1 ss., e del RICCOBONO, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal History*, Oxford, 1913, 33 ss.

(27) Dig. 13, 6, 5, 15. Cfr. anche Dig. 49, 17, 19, 3 («*non posse dominium apud duos pro solido fuisse*»).

(28) Per tutti, da ultimo, SALIS, *op. cit.*, XXXI s. Ma v. in proposito le giuste considerazioni del PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 157 ss., che richiama oltre tutto una osservazione rigorosamente esatta del BONFANTE (*Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, 337): «ciascun condomino in tanto è proprietario, in quanto ha precisamente il diritto di escludere lo stesso condomino dal godimento».

(29) È importante notare, a questo riguardo, che il termine «*condominium*» (o «*comproprietas*») è estraneo alle fonti romane.

(30) I singoli condomini vengono chiamati semplicemente «*domini*» o, con riguardo al collegamento determinato dalla coincidenza dei loro diritti sulla *res communis*, «*socii*».

(31) Dig. 10, 3, 28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse, unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat.*

(32) Dig. 17, 2, 63 pr.: su cui da ultimo, BREONE, «*Consortium*» e «*communio*», *cit.*, 177 s. e nota 26.

(33) Da sottolineare che la divisione romana aveva carattere costitutivo e non, come nel vigente diritto italiano (*infra: Diritto civile*, § 9), dichiarativo. Essa si attuava o mediante un reciproco volontario trasferimento delle *partes*, o mediante l'*adiudicatio iudicis* a seguito di esperimento dell'*actio communi dividundo*.

(34) Questa nota caratteristica si conserva particolarmente limpida nel diritto francese, ove la comunione è designata tecnicamente come «*indivision*». V. *infra*, nota 36.

(35) V. *retro* nota 30.

(36) La introduzione del concetto di *pars (quota)* fu operata dalla giurisprudenza repubblicana. Cfr. Dig. 50, 16, 25, 1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum est, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.* «*Res pro indiviso*» è la cosa (tutta la cosa) in funzione della sua futura divisione, cioè in relazione alla sua attuale indivisione.

(37) Cfr. ancora Dig. 13, 6, 5, 15 (*cit. retro*, nota 27): *Nec quemquam partis corporis dominum*

esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

(38) Dig. 41, 7, 3:... *si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit «et ad crescit socio»*. L'integrazione è del BONFANTE, *Corso*, cit., 18 ss. ed è generalmente seguita. V. tuttavia, da ultimo, BREONE, «*Servus communis*», cit., 182 ss.

(39) Cfr. Ulp. 1, 18; Paul. Sent. 4, 12, 1; Dig. 45, 3, 1, 4.

(40) Cfr. Dig. 8, 3, 32.

(41) In particolare, EIN, *Le azioni dei condomini*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXIX, 1931, 73 ss.

(42) Alla dimostrazione, forse alquanto prevenuta, del punto, è dedicato l'interessante studio del BREONE, *op. ult. cit.*

(43) In diritto postclassico (ma forse già in diritto tardo-classico) la nozione della *communio* si estende anche ai diritti reali limitati e al possesso. Cfr. Inst. 4, 6, 20: *item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut dividatur.*

FONTI.

Gai 3, 154 a-b; I 3, 27, 3-4; Dig. 10, 2 (*familiae erciscundae*); Dig. 10, 3 (*communi dividundo*), Dig. 17, 2 (*pro socio*). E in particolare: Dig. 4, 7, 12; Dig. 6, 1, 35, 3; Dig. 8, 4, 5; Dig. 10, 2, 39, 3; Dig. 10, 3, 28; Dig. 17, 2, 16, 1; Dig. 17, 2, 52, 6; Dig. 17, 2, 52, 8; Dig. 17, 2, 63 pr.; Dig. 17, 2, 58 pr.; Dig. 30, 5, 1; Dig. 44, 7, 57; Dig. 45, 3, 5; Dig. 50, 16, 25, 1; Cod. I 3, 37 (*communi dividundo*).

LETTERATURA.

GOPPERT *Beiträge zur Lehre der Miteigentum*, in *Kr. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Oldenburg, 1872, 540 ss.;

STEINLECHNER *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio*, in *Revision der Lehre der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete*, I, 1876, II, 1878;

EISELE *Zur Lehre Miteigentum*, in *Arch. civ. Prax.*, LXIII, 1880, 27 ss.;

SEGRÉ *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1889, e in *Scritti giuridici*, Cortona, 1941, 437;

PEROZZI *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Filangieri*, 1890, 1 ss.;

ID. *Un paragone in tema di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, Paris, 1892, 355 ss.;

FADDA *Consortium, collegia, magistratum communio*, in *Studi per Brugi*, Palermo, 1910, 139 ss.;

MANENTI *Concetto della comunione relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle communes omnium*, in *Filangieri*, 1894, 321 ss.;

BONFANTE *Il regime positivo e le costruzioni teoriche del condominio*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXV, 1912, 196 ss. e in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1917, 454 ss.;

ID. *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Rend. ist. Lomb.*, XLVI, 1913, 665 ss. e in *Scritti*, cit., III, 382 ss.;

ID. *Il ius ad crescendi nel condominio*, in *Rend. ist. Lomb.*, 1913, 831 ss. e in *Scritti*, cit., 484 ss.;

RICCOBONO *Dalla comunione del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal history*, 1913, 33 ss.;
 SCIALOJA *Teoria della proprietà in diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss.;
 BRANCA *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1931, 215 ss.; e *ivi*, 1932, 247 ss.;
 ARANGIO-RUIZ *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi per Riccobono*, IV, Palermo, 1934, 392 ss.;
 ID. *Il nuovo Gaio*, in *Bull. ist. dir. rom.*, I, 1934, 571 s.;
 FREZZA *Osservazioni sul sistema di Sabino*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1933, 443, nota 3;
 ID. *Il consortium «erctum non citum»*, in *Riv. fil.*, 1934, 37 ss.;
 GAUDEMET *Etudes sur le regime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934;
 CORNIL *Du Mancipium au Dominium*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimar, 1939, 404 ss.;
 SOLAZZI *Societas e communio*, in *Atti Accademia Napoli*, 57, 1935 e in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1950, 427 ss.; ID., «*Tutoris auctoritas*» e «*consortium*», in *Studi doc. hist. iur.*, 1946, 7 ss.;
 AMBROSINO «*Ususfructus*» e «*communio*», *ivi*, 1950, 183 ss.;
 BISCARDI *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo*, I, 1955, 154 ss.;
 SOLAZZI *La comunione domestica nei rescritti di Diocleziano*, in *Iura*, 1954, 151 ss.;
 VAN WARMELLO P. *Aspects of joint ownership in roman law*, in *Tulane Law Review*, 25, 1957, 125 ss.;
 GARCIA GARRIDO M. *Derecho a la caza y «ius prohibendi» en Roma*, in *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1956, 269 ss.;
 BRETONI M. «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958;
 ID. «*Consortium*» e «*Communio*», in *Labeo*, 1960, 163 ss.;
 PEROZZI *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, ristampato in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 437 ss.

NOTE

(1) Sui fenomeni di coesistenza, concorrenza e coincidenza dei diritti subbiettivi, cfr. per tutti MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, § 10 e 11 (le cui classificazioni e denominazioni non corrispondono, peraltro, totalmente alle nostre). Sul punto, limitatamente all'incontro di diritti reali, v. anche DOSSETTO, *Comunione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 858, § 2. V. anche CONCORSO E CONFLITTO DI DIRITTI SOGGETTIVI.

(2) Sui concetti di patrimonio generale e di patrimonio speciale, v. PATRIMONIO. In generale, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁵, Napoli, 1957, 68 s.

(3) Per la bibliografia sull'argomento v. *infra*, *Diritto civile*, § 2.

(4) Per il diritto vale a maggior ragione quel che si usa dire del Parlamento inglese: che può fare qualunque cosa, salvo mutare un uomo in donna. Sulla storicità (empiricità) del diritto, e conseguentemente sulla essenzialità della storiografia per la comprensione dell'esperienza giuridica, rinvio, tralasciando la vastissima bibliografia già ben nota, anche, e *pour cause*, a GUARINO A., *L'ordinamento giuridico romano*³, Napoli, 1959.

(5) Va sottolineato che i tre tipi sono astrattamente concepibili in ordine sia ai diritti assoluti, che a quelli relativi.

(6) Storia dei «tipi» non equivale a storia degli «istituti», la quale esorbiterebbe dai limiti di questo scritto.

(7) Limpida trattazione (sebbene assai succinta) in FILOMUSI-GUELFU, *Enciclopedia giuridica* 7, Napoli, 1917, 266 ss. È appena il caso di richiamare (tralasciando i miti del futuro) il mito del passato costituito dall'«età dell'oro»: cfr. VIRGILIO, *Georgiche, libro I*, versi 125-128.

(8) Ancora utile, sulla *communio iuris germanici*, il vecchio scritto dello STOBBE, *Miteigentum und gesammte Hand*, in *Zeitschrift der Rechtsgeschichte*, 4 (1864), 219 ss. Altri riferimenti in SALIS, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, IV, t. 2, Torino, 1939, XXI ss.

(9) Da questa errata teorizzazione dell'inteorizzabile, caratteristica della dottrina tedesca sull'istituto, è discesa la visuale, a mio avviso errata, che fa della *communio iuris germanici* un *unicum* (o perlomeno un prototipo) giuridico.

(10) Ai fini della rappresentanza della comunione verso i terzi bastava, solitamente, il capo della comunità o un fiduciario della stessa. La disciplina interna della utilizzazione del bene comune era rimessa, nei rari casi in cui apparisse necessaria, ad accomodamenti pratici confortati dagli usi di quella determinata comunità. Solo in rarissime ipotesi può intravedersi un riparto dell'utilizzazione tra i comunisti, che fa vagamente pensare al concetto di quota: cfr. STOBBE, *op. cit.*, 233.

(11) La ricostruzione (salvo per quanto concerne l'origine precittadina o meno delle *gentes*) può dirsi ormai dominante. Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, 1, München, 1955, 44 ss.

(12) Rimane traccia di questo primitivo stato di cose nel fatto che le prime tribù rustiche, anteriori alla presa di Veio (396 a.C.), hanno nominativi gentilizi. Per tutti, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 33.

(13) Cfr. BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, Napoli, 1938. In generale, cfr. KASER, *op. cit.*, I, 105 ss.

(14) Per tutti, cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, Roma, 1925, 6 ss.

(15) In proposito, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 72 ss., 282 ss.

(16) Per tutti, cfr. WIEACKER, «*Societas*». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 113 ss.; ID., *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, in *Festschrift Siber*, 1, Leipzig, 1941, 9 ss.; KASER, *Das altrömische «ius»*, Göttingen, 1950, 159 ss.; ID., *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche (Trieste)*, Milano, 1960. In senso contrario, da ultimo, BRETONNE, «*Consortium*» e «*communio*», in *Labeo*, 6 (1960), 166 s. (ivi altra bibliografia).

(17) Gai 2. 157. Cfr. anche Dig. 28, 2, 11; Coll. 16, 3, 6 (= Paul. 4, 8, 6), Inst. 2, 19, 2 e 3, 1, 3.

(18) Per la non giuridicità delle *obligationes* nel sistema del *ius Quiritium*, cfr. GUARINO, *op. cit.*, 76 ss. Sulla intrasmissibilità *mortis causa* dei vincoli obbligatori nell'età più vetusta, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., I, 128 ss.

(19) Per un ragguaglio bibliografico completo, cfr. BREONE, *op. cit.*, 163 ss.

(20) Cenni sulla questione in ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Stud. doc. hist. iur.* 8, 1942, 197 ss.

(21) Gai 3, 154 a: «... olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appell&abatur ercto non cito...&...»; 154 b: «Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione...».

(22) Gaio parla di «societas» anche in ordine alla *societas fratrum*. Ma che *societas* è quella che si istituisce *naturaliter* tra gli eredi del defunto? Sulla questione, cfr. BREONE, *op. cit.*, 169 ss. (ivi bibliografia).

(23) Integrazione proposta dall'ARANGIO-RUIZ, in *P.S.I.*, 11 (1935), 9, 41, e generalmente accolta.

(24) Diversamente, ma con considerazioni inaccettabili, BREONE, *op. cit.*, 178 ss.

(25) In questi limiti è accettabile la tesi del SOLAZZI, «Societas» e «Communio», in *Atti Accad. Napoli*, 57 (1935), estr. 5 ss., che ritiene esservi sempre stato nel *consortium* un amministratore unico del patrimonio.

(26) Per tutti, cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., 346 ss., 493 ss., II (1959), 299 s.; BIONDI, *Comunione (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 855 ss.; BREONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 3 ss. e *passim*. Particolarmente illuminanti le pagine dello SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 425 ss., del BONFANTE, *op. cit.*, II, 2, 1 ss., e del RICCOBONO, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal History*, Oxford, 1913, 33 ss.

(27) Dig. 13, 6, 5, 15. Cfr. anche Dig. 49, 17, 19, 3 («non posse dominium apud duos pro solido fuisse»).

(28) Per tutti, da ultimo, SALIS, *op. cit.*, XXXI s. Ma v. in proposito le giuste considerazioni del PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 157 ss., che richiama oltre tutto una osservazione rigorosamente esatta del BONFANTE (*Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, 337): «ciascun condomino in tanto è proprietario, in quanto ha precisamente il diritto di escludere lo stesso condomino dal godimento».

(29) È importante notare, a questo riguardo, che il termine «*condominium*» (o «*comproprietas*») è estraneo alle fonti romane.

(30) I singoli condomini vengono chiamati semplicemente «*domini*» o, con riguardo al collegamento determinato dalla coincidenza dei loro diritti sulla *res communis*, «*socii*».

(31) Dig. 10, 3, 28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse, unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat.*

(32) Dig. 17, 2, 63 pr.: su cui da ultimo, BRETONE, «*Consortium*» e «*communio*», cit., 177 s. e nota 26.

(33) Da sottolineare che la divisione romana aveva carattere costitutivo e non, come nel vigente diritto italiano (*infra: Diritto civile*, § 9), dichiarativo. Essa si attuava o mediante un reciproco volontario trasferimento delle *partes*, o mediante l'*adiudicatio iudicis* a seguito di esperimento dell'*actio communi dividundo*.

(34) Questa nota caratteristica si conserva particolarmente limpida nel diritto francese, ove la comunione è designata tecnicamente come «*indivision*». V. *infra*, nota 36.

(35) V. *retro* nota 30.

(36) La introduzione del concetto di *pars* (*quota*) fu operata dalla giurisprudenza repubblicana. Cfr. Dig. 50, 16, 25, 1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum est, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.* «*Res pro indiviso*» è la cosa (tutta la cosa) in funzione della sua futura divisione, cioè in relazione alla sua attuale indivisione.

(37) Cfr. ancora Dig. 13, 6, 5, 15 (cit. *retro*, nota 27): *Nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.*

(38) Dig. 41, 7, 3:... *si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit «et ad crescit socio».* L'integrazione è del BONFANTE, *Corso*, cit., 18 ss. ed è generalmente seguita. V. tuttavia, da ultimo, BRETONE, «*Servus communis*», cit., 182 ss.

(39) Cfr. Ulp. 1, 18; Paul. Sent. 4, 12, 1; Dig. 45, 3, 1, 4.

(40) Cfr. Dig. 8, 3, 32.

(41) In particolare, EIN, *Le azioni dei condomini*, in *Bull. ist. dir. rom.*, XXXIX, 1931, 73 ss.

(42) Alla dimostrazione, forse alquanto prevenuta, del punto, è dedicato l'interessante studio del BRETONE, *op. ult. cit.*

(43) In diritto postclassico (ma forse già in diritto tardo-classico) la nozione della *communio* si estende anche ai diritti reali limitati e al possesso. Cfr. Inst. 4, 6, 20: *item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut dividatur.*

Utente: unive6242 UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
www.iusexplorer.it - 11.01.2016

© Copyright Giuffrè 2016. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156