



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Maria Luisa Biccari

**Problemi sostanziali e processuali
dell'attività d'impresa di un servo comune**

Numero XVI Anno 2023

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone (Univ. Salerno), M.S. Papillo (Univ. Salerno)

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Problemi sostanziali e processuali dell'attività d'impresa di un servo comune

1. Le problematiche che il tema della comproprietà viene a rappresentare nell'esperienza giuridica romana sono ricche di implicazioni, tutte importanti e significative, dalla questione in ordine all'istituto arcaico del *consortium ercto non cito*, al rapporto tra *communio* e *societas*, dalla disciplina delle ipotesi di contitolarità di più posizioni giuridiche, al regime delle azioni, ecc.

Uno spazio tutto proprio assume il caso della comproprietà di un servo, per le varie ed articolate possibilità di utilizzo che la *res-uomo* offre rispetto ad altre tipologie di cose. Nelle fonti si parla della figura del *servus communis*¹: appare in tutta evidenza in rapporto al grande impegno che a partire dall'età tardo-repubblicana ed imperiale venne fatto degli schiavi nell'esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, mentre si prende atto, in parallelo, di come sia conveniente non disperdere in eventuali divisioni familiari una forza economica magari già avviata spontaneamente di fatto ovvero derivata da una volontaria associazione.

Si tratta, come noto, di un periodo storico in cui le esigenze economiche di Roma, che stava ormai assumendo dimensioni internazionali, trovarono nel fenomeno della schiavitù un nuovo modello di gestione delle imprese, tendente a porre sempre più in risalto le funzioni 'manageriali' degli schiavi. In tal senso – fa notare

¹ Come ha osservato A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (II sec. a.C. - II sec. d.C.), Milano, 1984, 17 ss. (ma anche ID., *Il diritto commerciale romano. Una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 418 ss.), nel linguaggio giurisprudenziale il fenomeno sarebbe espresso anche dall'espressione '*exercere negotiationes per servos communes*' (D. 14.3.13.2; D. 14.3.14; D. 14.4.3 pr.).

Andrea Di Porto – nel periodo tra il II sec. a.C. e la metà del II sec. d.C. lo schiavo era lo «strumento generale» delle imprese dei Romani².

Penetrava così nell'ordinamento giuridico romano un sistema che faceva dello schiavo il perno dell'impresa, assicurando contestualmente, anche grazie all'attività del pretore, una valida tutela giudiziale ai crediti vantati da quei soggetti che, nello svolgimento dei propri affari, avessero intrattenuto rapporti con persone *in potestate*: dove l'espedito era quello di fare gravare la responsabilità delle operazioni negoziali proprio in capo al soggetto che esercitava tale potestà³.

Sostanzialmente due sono gli schemi generali entro cui può essere sintetizzata l'organizzazione imprenditoriale gestita da schiavi, quello a responsabilità limitata, e quello a responsabilità illimitata: entrambi

² Così A. DI PORTO, *Impresa*, cit., 9 ss. Per una panoramica sull'importanza assunta dagli schiavi nel sistema imprenditoriale romano cfr. sicuramente F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989; A. DI PORTO, 'Servus' e 'libertus', *strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Atti del Convegno (Erice, 22-25 novembre 1988)*, a cura di M. Marrone, Palermo, 1992, 19 ss.; J.J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of Institores 200 BC - 250 AD*, Leiden-New York-Köln, 1994; P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino, 2004.

³ Il riferimento è appunto ai cinque rimedi processuali denominati *actiones adiecticiae qualitatitatis*, che – come ben evidenzia F. SERRAO, *Impresa*, cit., 20 – «disegnano, strutturalmente e funzionalmente, tutto il sistema giuridico d'impresa». La bibliografia al riguardo è troppo nota ed ampia per poter essere anche solo riassunta: si v., per tutti, tra gli studi più recenti, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatitatis'*, Torino, 2001; T.J. CHIUSI, *Die 'actio de in rem verso' im römischen Recht*, München, 2001; A. PETRUCCI, *Idee 'vecchie' e 'nuove' sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio*, in *BIDR*, 106, 2012, 296 ss.; A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum' nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, 2018. Senz'altro uno spoglio delle rubriche del Digesto, che dedica a ciascuna delle cinque azioni una specifica trattazione, consente di cogliere l'importanza della tematica per il fenomeno economico di Roma antica: così dopo il titolo D. 14.1 dedicato all'*actio exercitoria* (*De exercitoria actione*), vengono analizzati l'*actio institoria* (D. 14.3, *De institoria actione*) e l'*actio tributaria* (D. 14.4, *De tributaria actione*); e a seguire l'*actio de peculio* (D. 15.1, *De peculio*), l'*actio de in rem verso* (D. 15.3, *De in rem verso*) e, infine, l'*actio quod iussu* (D. 15.4, *Quod iussu*).

trovano nell'esperienza della prima impresa romana le radici della loro utilizzazione.

Quando veniva costituito nelle mani del servo un peculio, come le fonti documentano in abbondanza, e il servo era implicato nell'attività imprenditoriale, e il *peculium* era dato per l'esercizio dell'impresa, si può ben dire che si rientra nel modello a responsabilità limitata: il *dominus* era chiamato a rispondere nei riguardi dei soggetti con cui il sottoposto fosse venuto a contatto entro l'ammontare del peculio stesso.

In un simile contesto, il 'rischio imprenditoriale' cui era esposto il *dominus* era decisamente circoscritto, venendosi a creare una separazione giuridica fra il peculio e il restante patrimonio del *dominus*⁴. È deciso sul punto un frammento di Ulpiano, in cui si viene a chiarire che già nel I sec. a.C. Tuberone definiva il peculio come ciò che il servo aveva su concessione del padrone, separatamente dalla contabilità di quest'ultimo: *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur*, Ulp. 29 ad ed. D. 15.1.5.4.

Le stesse implicazioni economiche e giuridiche si riproponevano anche quando l'attività imprenditoriale, anziché individuale, fosse stata

⁴Per una definizione di peculio si vedano anche i testi di Pomp. 7 ad Sab. D. 15.1.4 pr. e Flor. 11 inst. D. 15.1.39. A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 85, ne parla come di una massa patrimoniale appartenente al padrone, con la gestione separata, sul piano economico ed anche giuridico, dal suo rimanente patrimonio. Un'efficace sintesi del fenomeno è offerta da F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18, il quale afferma che «la formazione di grandi patrimoni e l'espansione delle attività economiche da una parte, l'enorme diffusione della schiavitù dall'altro fecero sì che, onde dare una certa protezione ai terzi che avevano concluso affari e negozi col *filius* o col *servus*, cui il *pater* o il *dominus* aveva affidato la gestione di una parte (piccola o grande non conta) del proprio patrimonio, il *peculium*, appunto separata dall'altra rimasta nella sua gestione diretta, ossia dalla *res domini* (o *patriis*), il pretore creasse l'*actio de peculio et de in rem verso*, con la quale il terzo contraente col *filius* o col *servus* poteva convenire il *pater* o il *dominus* nei limiti del peculio e/o di ciò che dal sottoposto era stato conseguito *ex causa peculiari* ed era stato versato nel patrimonio (*res*) personale del *pater* o del *dominus*».

collettiva, appunto imperniata sull'impiego di un *servus communis* al quale più *domini* avessero assegnato beni o denaro da amministrare: la separazione tra il patrimonio personale dei *domini* e il complesso del *peculium* avrebbe fatto sì che il rischio, e dunque la responsabilità di ciascuno per l'attività economica, si limitassero al valore del peculio.

L'impiego del *peculium* da parte di schiavi, anche in comproprietà, per lo svolgimento di affari è attestato con riferimento ad un ampio ventaglio di situazioni. Le fonti riferiscono per esempio della *mensa argentaria*⁵ e dell'impresa di navigazione⁶ gestite da servi, ma documentano anche *negotiationes* più particolari come l'attività di sartoria e di cucito, il confezionamento di sai e la tessitura di lino⁷. Altrettanto diffusa era l'azienda *venaliciaria*, condotta da schiavi all'interno di un peculio, che risulta tra l'altro particolarmente interessante per i profili di responsabilità del *dominus* in caso di mancata dichiarazione dei vizi da parte dello schiavo-venditore⁸. Senza trascurare i numerosi negozi che gli schiavi potevano concludere con il peculio concesso dal padrone.

⁵ Ulp. 4 ad ed. D. 2.13.4.3: *Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum <est> iudicium, ac si ipse fecisset. Sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.*

⁶ Ulp. 28 ad ed. D. 14.1.1.22: *Si tamen servus peculiaris volente filio familias in cuius peculio erat, vel servo vicarius eius navem exercuit, pater dominusve, qui voluntatem non accommodavit, dumtaxat de peculio tenebitur, sed filius ipse in solidum. Plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum tenebuntur et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus.*

⁷ Ulp. 29 ad ed. D. 14.4.5.15: *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? Ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.*

⁸ Per un approfondimento sull'attività di commercio degli schiavi si rinvia a A. PETRUCCI, *L'impresa dei commercianti di schiavi (venaliciarii)*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, 297 ss.; R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino, 2012 e, della stessa studiosa, *Note in tema di 'societas venaliciaria'*, in *JusOnline*, 1, 2018, 204 ss.; F. MERCOGLIANO, *Mercanti di schiavi ed afflusso di immigrati in Roma imperiale*, in *Con-vivere nel (dis)ordine. Conflitto e sicurezza nella società della globalizzazione*, a cura di R. Evangelista, A. Latino, Napoli, 2018, 187 ss., e

Pare pertanto potersi dire col Petrucci che «i dati della giurisprudenza romana dimostrano la separazione sul piano economico - giuridico delle attività condotte *peculiariter* dal resto della *res domini aut patris* e la possibilità di costituire *peculia separata* o di isolare all'interno del peculio una o più *merces peculiares*, finalizzate all'esercizio di differenti *negotiationes* o di una medesima *negotiatio* in luoghi differenti, con ambiti di applicazione a settori economici sempre più ampi»⁹.

Il quadro generale sembra dunque confermare il ruolo 'manageriale' del peculio nell'esercizio dell'impresa, per quanto trovino spazio anche talune ipotesi di perplessità al riguardo.

Secondo Tiziana J. Chiusi il *peculium* non avrebbe avuto alcun ruolo di spicco nell'esperienza commerciale romana per quanto riguarda la «grossa attività imprenditoriale collettiva», né per quanto riguarda il «grande capitale commerciale», riflettendo piuttosto il mondo del «piccolo commercio o artigianato (*fullones, sarcinatores, textores*)»¹⁰. Il fatto poi che lo schiavo, in caso di buona amministrazione del peculio, poteva riscattare con esso la propria libertà, avrebbe non di rado portato alla fine dell'impresa facente capo al *dominus*, determinando di conseguenza il venir meno del vantaggio di quest'ultimo alla

L. SOLIDORO, *Vendite di schiavi e 'societates venaliciarum' in età imperiale*, in LR, 9, 2020, 315 ss.

⁹ A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, Torino, 2021, 45.

¹⁰ T.J. CHIUSI, *Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche*, in 'Fides' 'Humanitas' 'Ius'. *Studi in onore di L. Labruna*, II, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 1033, che a sostegno della propria tesi, adduce una serie di testi, tra cui Paul. 11 *ad ed. D.* 4.3.20 pr., Ulp. 29 *ad ed. D.* 14.4.1.2, Pomp. 7 *ad Sab. D.* 15.1.4.5, Ulp. 29 *ad ed. D.* 15.1.5.4, Ulp. 29 *ad ed. D.* 15.1.11.1. Già altrove la studiosa si era espressa in termini alquanto negativi sulla rilevanza economica del peculio, contestando in particolare le tesi che consideravano il *peculium* o la *merx peculiaris* come patrimoni separati nel senso moderno dell'espressione: «se è giusto dunque dire che essa <la *merx peculiaris*> acquisisce una rilevanza giuridica autonoma, si deve però subito dopo specificare che tale autonomia in realtà rileva ai fini della responsabilità e nell'ambito processuale, solo quando venga esperita la tributoria» (EAD., *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, in *Memorie dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, serie IX, 3, Roma, 1993, 333).

limitazione della responsabilità, che era il carattere tipico del modello organizzativo basato sulla concessione del *peculium*. Peraltro la tesi presuppone che si potesse acquistare senza troppa difficoltà da parte del servo una certa autonomia del peculio, tanto da poterne disporre a suo proprio vantaggio, cosa che però – si sa – poteva avvenire soltanto su volontà del *dominus*¹¹.

Alfons Bürge, argomentando a proposito della mancanza di legittimazione processuale passiva degli schiavi in Roma antica, ha negato che il peculio potesse essere considerato come «strumento di organizzazione e gestione di grandi patrimoni». Secondo lo studioso, infatti, la prassi di concedere un *peculium* allo schiavo per svolgere attività economiche rispondeva alla sola esigenza di sanare la sua incapacità processuale e dunque permettergli di commerciare senza ledere gli interessi dei creditori¹².

¹¹ Infatti se è ben possibile affermare che era il servo, titolare del *peculium*, a incidere con le proprie azioni sull'andamento del peculio, tanto in positivo quanto in negativo, va ricordato che il *dominus* ne rimaneva comunque il padrone e pertanto, come tale, solo lui poteva decidere di porre fine all'attività economica, revocando il peculio (*ademptio peculii*), oppure vendendo o manomettendo lo stesso servo, con o senza peculio. Su tutto sempre fondamentale I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976. Più recentemente G. MINAUD, *Les gens de commerce et le droit à Rome. Essai d'histoire juridique et sociale du commerce dans le monde antique romain*, Aix-en-Provence, 2011, 182 ss., è giunto a negare che l'attività del *dominus* fosse contraddistinta da 'criteri di commercialità', in quanto sarebbero i *servi*, attraverso la gestione del peculio, i soli ad occuparsi dell'attività commerciale. Per una discussione sul punto si v. A. PETRUCCI, *Organizzazione*, cit., 14 ss. e 49.

¹² A. BÜRGE, *Lo schiavo (in) dipendente ed il suo patrimonio*, in 'Homo', 'caput', 'persona'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 369 ss., in particolare 384 s. Portando alle estreme conseguenze le considerazioni di Bürge, anche Andreas Martin Fleckner, nel suo ampio studio sulle unioni di capitali nel mondo antico, nega l'esistenza di grandi attività d'impresa gestite da *servi communes cum peculio*: così A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen: ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln-Weimar-Wien, 2010, 231 ss., ripreso anche in A.M. FLECKNER, *Roman Business Associations*, in *Roman Law and Economics*, I, ed. by G. Dari-Mattiacci and D.P. Kehoe, Oxford, 2020, 233 ss.

Invero proprio guardando al modo con il quale i giuristi trattano le questioni della responsabilità del *dominus* e della garanzia che il *peculium* concretamente fornisce ai creditori, si coglie la centralità che senza dubbio devono aver avuto le organizzazioni imprenditoriali di tipo peculiare.

Ne potrebbe essere riprova anche la particolare attenzione che Gaio, e il Gaio istituzionale, pone a sottolineare la stretta relazione fra l'azione *tributoria* e l'azione *de peculio* (e poi l'*actio de in rem verso*), le quali possono trovarsi in concorso quando un servo abbia commerciato con il peculio concesso dal *dominus*. In particolare l'*actio tributoria*, stabilendo una *par condicio* fra il *dominus* e gli altri creditori, sembra quasi aprire ad un 'particolare' utilizzo del *peculium*: il padrone, che normalmente è responsabile dell'attività negoziale del servo nei limiti della somma di denaro o della quantità di beni che ha affidato al servo in libera amministrazione, diviene egli stesso un *extraneus*, un terzo rispetto alla sua stessa attività imprenditoriale e *extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur*¹³:

Gai 4.74a: *Is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest. sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria. nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est, in quibus negotiatur filius servusve quodque inde receptum erit, at in actione peculii, totius. et potest quisque tertia forte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere; longe magis, si potest adprobari id, quod dederit qui contraxit, in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.*

¹³ Ulp. 29 *ad ed. D. 14.4.1 pr.*: *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum voce/tur.* Per un'ampia disamina circa l'*actio tributoria*, la sua natura e i suoi connotati si v. M. MICELI, *Sulla struttura*, cit., 325 ss.

Dice il giurista che «anche colui al quale spetta l'*actio tributoria* può agire con l'*actio de peculio* o *de in rem verso*. Ma certo gli conviene per lo più servirsi di quest'azione anziché della *tributoria*. Infatti nella *tributoria* si tiene conto soltanto del peculio costituito dalle merci con cui il figlio o servo negozia e di ciò che se ne è ricavato, invece nell'*actio de peculio* di tutto il peculio».

Poi le parole successive sembrano ammonire che anche l'azione *de peculio* ha le sue criticità, perché «uno può commerciare ad esempio con un terzo o un quarto o con una parte anche minore del peculio, e utilizzare la parte maggiore del peculio stesso per altre cose»; e ancora di seguito il giurista propone un altro confronto con le opportunità offerte da una terza azione, che è l'*actio de in rem verso*: «a maggior ragione se si può provare che ciò che ha dato colui che ha contrattato con il figlio o con il servo è stato volto a profitto del padre o del padrone, si deve passare a quest'azione <l'*actio de in rem verso*>; invero, come sopra dicemmo, con la medesima formula si agisce sia *de peculio* che *de in rem verso*».

La scelta dell'azione, *actio tributoria* o *actio de peculio*, è dettata da criteri di opportunità e convenienza processuale, perché – come appunto dice il giurista – se nell'*actio tributoria* il procedimento di ripartizione tra i creditori (la cosiddetta *vocatio in tributum*¹⁴) coinvolgeva soltanto quella parte di peculio costituita dalle merci con cui il figlio o servo aveva negoziato nonché quanto, in base a tale attività, si era ricavato, nell'*actio de peculio* invece rilevava l'intero ammontare del peculio¹⁵.

¹⁴ Sul *vocare in tributum* e, specificatamente, sulla portata dell'*actio tributoria* si v. i recenti studi di A. CASSARINO, *Il 'vocare in tributum' nelle fonti classiche e bizantine*, Torino, 2018 e N. DONADIO, *Dal 'vocare in tributum' alla 'datio actionis tributoriae'*, in *Index*, 46, 2018, 437 ss.

¹⁵ Anche altrove Gaio torna sul tema della 'convenienza' dell'azione *de peculio* rispetto a quella *tributoria*: *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat* (Gai. 9 ad ed. prov. D. 14.4.11). Sul testo cfr. A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., 98 s. Al riguardo, ancora, A. DI PORTO, *Impresa*, cit., 44; A. PETRUCCI, *Idee*, cit., 302 ss.

E l'esempio che Gaio riporta di seguito, con riferimento alle ipotesi in cui la parte utilizzata per commerciare fosse stata soltanto un terzo o un quarto o anche una percentuale minore dell'intero peculio (*et potest quisque tertia parte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere*) è importante a chiarire la tesi circa la convenienza ad agire *de peculio* invece che *ex tributoria*.

Insomma, la gestione di un'attività economica nell'ambito del peculio lascia in capo al padrone una responsabilità che, in rapporto all'*actio de peculio*, rappresenta un'equa ed adeguata risposta agli interessi dei contraenti coinvolti, eliminando le conseguenze svantaggiose di un'*actio tributoria*.

Ma se con il peculio si poteva realizzare un sistema di organizzazione imprenditoriale a responsabilità limitata, lo sviluppo di un'economia di mercato di taglio internazionale, quale inizia ad essere quella della Roma dell'ultima età repubblicana, portò anche alla formazione di un altro sistema, basato, questa volta, non sul peculio ma sull'atto formale della *praepositio*: si realizzò in tal modo l'organizzazione imprenditoriale a responsabilità illimitata. Qui lo schiavo (ma talora anche l'uomo libero) veniva posto dal *dominus*, o dai *domini* in caso di gestione collettiva, a capo della *negotatio*, che poteva essere un'impresa di navigazione fondata sulla preposizione di un *magister navis* o una qualsiasi altra impresa commerciale fondata anche essa sulla preposizione di un *institor*. Ed era l'imputabilità diretta alla *voluntas domini* dell'attività contrattuale conclusa dal sottoposto – insita nell'atto stesso di preposizione – a dettare il regime di responsabilità illimitata per le obbligazioni rimaste inadempite: *Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari* dice testualmente Gaio (Gai. 4.71).

2. L'attenzione che i giuristi maggiori dedicano al fenomeno del servo comune, connesso con il fatto che l'economia imprenditoriale dei Romani era prettamente schiavile, dimostra una volta di più quanto il fenomeno fosse importante e diffuso nell'antichità. E questo valeva soprattutto per la Roma tardo repubblicana quando evidentemente la prassi di affidare la gestione delle imprese a *servi communes* si diffuse così

largamente da richiedere la definizione del fondamento di simile forma 'associativa' fra imprenditori e, conseguentemente, l'individuazione di strumenti che consentissero agli imprenditori di regolare fra loro i rapporti derivanti dalla comproprietà dello schiavo.

D'altra parte il concetto stesso di comproprietà rinvia al fenomeno dell'appartenenza a più persone di una medesima cosa o di un medesimo complesso patrimoniale; comporta difficoltà di inquadramento dei frutti, degli effetti derivanti dalla cosa comune e, quindi, dei risultati dell'attività della cosa comune-servo; di conseguenza pone il problema, assai discusso in dottrina, di dare un inquadramento all'istituto, se debba essere valutato alla stregua di un rapporto di concorrenza tra più diritti di proprietà che si limitano reciprocamente solo nel loro esercizio¹⁶, o, come suggerito da Bonfante, nel quadro di una «proprietà plurima parziale»¹⁷. Il che significa, con riferimento al *servus communis*, chiarire ulteriormente se «debba lo schiavo essere ricondotto – come qualsiasi altra *res* – al paradigma generale della comproprietà, ponendosi quindi l'accento essenzialmente sull'assetto patrimoniale del rapporto di appartenenza; oppure determinare una diversa configurazione della *communio*, in considerazione del contenuto potestativo di quel rapporto»¹⁸.

L'alternativa è particolarmente rilevante perché richiede di analizzare compiutamente se nell'ottica di Roma antica avesse preminenza l'aspetto statico della proprietà (in questo caso del servo comune), con il minimo di gestione che esso comporta per il suo semplice godimento, o quello dinamico dell'attività svolta dal servo stesso.

Un'analisi delle fonti rileva come spesso il tema sia stato trattato dai giuristi nei termini di concorso tra *actio pro socio* e *actio communi dividundo*.

¹⁶ Così già V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933, 428 ss., che insisteva sul fatto che non fossero concepibili più diritti di proprietà sulla stessa cosa, «con pienezza di essenza e di efficacia».

¹⁷ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, Roma, 1928, 41.

¹⁸ M. BRETONI, 'Servus communis'. *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 180.

In tal senso si può valutare un testo di Ulpiano, dove si discute della responsabilità dei *domini* che avevano preposto come institore un *servus communis* in parti diseguali, per concludere che colui che avesse pagato il debito comune poteva agire contro gli altri alternativamente con l'*actio pro socio* o con l'*actio communi dividundo*:

Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.13.2: *Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. Et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.*

«Se due o più persone gestiscono un'azienda commerciale ed abbiano preposto come institore un servo, che essi avevano <in comunione> in parti diseguali, Giuliano pone la questione se essi siano tenuti in base alle <single> quote parti di proprietà oppure in parti uguali oppure in proporzione alle quote di patrimonio commerciale oppure per l'intero. Ed afferma che è più vero che ciascuno di essi possa essere convenuto per l'intero sull'esempio <dell'azione nei confronti> di più armatori e dell'azione nei limiti del peculio; e qualunque cosa avrà pagato colui che è convenuto, la consegnerà <ripartendola con gli altri> con l'azione a favore del socio o di divisione della comunione. E questo parere lo abbiamo approvato anche sopra».

Come anche in altra occasione ho avuto modo di rilevare¹⁹, il passo ulpiano, accogliendo l'opinione di Giuliano, scioglie qui il nodo della responsabilità degli imprenditori/*domini* verso i terzi sulla base del criterio della 'solidarietà passiva elettiva' (*in solidum*), riconoscendo altresì al singolo *dominus* che avesse risposto *in solidum* la possibilità di

¹⁹ M.L. BICCARI, *A proposito della 'societas'. Minime osservazioni su 'actio pro socio' e 'actio communi dividundo'*, in *Studi in onore di M. Bianchini*, Torino 2022, in corso di stampa.

rifarsi con l'*actio pro socio* o con l'*actio communi dividundo* nei confronti degli altri²⁰.

Tutto questo offre lo spunto per alcune considerazioni. Innanzitutto va rilevato il fatto che entrambe le azioni qui richiamate, l'*actio pro socio* e l'*actio communi dividundo*, avrebbero la funzione di assicurare all'unico *dominus* solvente la restituzione di quanto pagato per gli altri, e fondamentalmente di ripristinare quell'assetto di interessi fra gli imprenditori/*domini* che fa capo all'attività svolta dal *servus communis*. In secondo luogo, va fatta constatazione che il fondamento delle due azioni di rivalsa sarebbe in concreto diverso: con l'*actio pro socio* il *dominus* farebbe valere l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, che vogliono, come regola, la ripartizione di utili e perdite secondo il regime pattuito fra i soci; mentre l'*actio communi dividundo* farebbe leva sulla situazione di comunione che si era venuta a creare tra i *domini* a seguito della gestione dello schiavo comune, la quale vuole certamente che ciascuno possa godere della cosa comune secondo la sua normale utilizzazione, ottenendone il soddisfacimento che la cosa stessa può dare al proprietario in base al suo normale uso e per il solo fatto ch'egli ne sia proprietario.

Si devono poi sottolineare le parole *exemplo exercitorum et de peculio actionis*, che richiamano due modelli molto specifici che il giurista Giuliano adduce a supporto del proprio ragionamento, quello dell'impresa collettiva di navigazione e, ancora, quello dell'impresa gestita da un servo comune dotato di peculio, nei quali, dunque, i creditori, per le obbligazioni contrattuali rimaste inadempite, avrebbero potuto far valere una responsabilità *in solidum* di ciascun *dominus*. Ovviamente con le dovute particolarità, in quanto – come ben si comprende sulla scia di quanto affermato sopra – nel caso dell'attività di navigazione si realizzerebbe una responsabilità illimitata, nell'altro invece una responsabilità limitata al peculio del *servus*²¹. E la

²⁰ In verità sembra che il giurista si limiti a prendere in considerazione il rapporto tra soli due soci, seppure nelle battute iniziali del testo parli di due o più persone.

²¹ Merita insistere su un dato: nella *societas exercitorum* per le obbligazioni contratte dal *magister* gli armatori preponenti si vincolavano per l'intero ammontare del debito;

possibilità del *dominus* di rivalersi nei confronti degli eventuali altri soci era data anche in queste ipotesi dall'esperibilità alternativa dell'*actio pro socio* o dell'*actio communi dividundo*.

nella società peculiare invece, essendoci il limite del peculio, i proprietari del servo comune si obbligavano solo entro certe cifre, con evidente vantaggio qualora il debito fosse stato minore dell'intero *peculium*; e nonostante le loro diversità, il giurista unisce le due fattispecie nel medesimo esempio. Si potrebbe avanzare, pur con tutte le cautele del caso, l'ipotesi che qui l'*in solidum* vada piuttosto interpretato nel senso di correalità: vi è infatti un unico rapporto giuridico obbligatorio con una pluralità di soggetti in cui le vicende che riguardano una posizione, tra cui la *litis contestatio*, si trasmettono anche agli altri, liberando appunto tutti; laddove invece la solidarietà, connotandosi per un insieme di rapporti obbligatori aventi lo stesso oggetto, lascerebbe una sorta di 'indipendenza' fra i singoli rapporti rispetto ai fatti estintivi. È un problema – si potrebbe dire – di teoria del diritto e di disciplina conseguente che ben ha espresso P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, in *Scritti giuridici vari*, III. *Obbligazioni. Comunione e possesso*, rist. Torino, 1926, 210, affermando che: «[n]el tema delle obbligazioni *in solidum* il punto più discusso e reputato fondamentale è l'unità o la dualità del concetto, cioè se si debba distinguere la correalità dalla mera solidarietà». Il tema è stato oggetto di particolare attenzione nella letteratura romanistica, dagli studi, ancora fondamentali, di L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich, 1827; G.J. RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Göttingen, 1831; A. ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali*, in *SDSD*, 11, 1890, 121 ss.; F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, in *AcP*, 77, 1891, 374 ss.; J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899; G. PACCHIONI, *Degli effetti della 'litis contestatio' sulle obbligazioni solidali passive*, in *Atti della I. R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti degli Agiati in Rovereto*, Serie III, 6, 1900, 239 ss.; poi ripresi, ad esempio, da G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di G. Castelli*, Milano, 1940, 256 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 281 ss.; ID., *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI*, VIII, 1942, 197 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948; A. MASI, voce *Solidarietà (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 17, Torino, 1957, 830 ss. Più di recente si sono occupati del tema, anche in rapporto alla disciplina civilistica attuale, che non contempla la distinzione tra obbligazione correale, detta anche solidale impropria, e obbligazione solidale, M.G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino, 2007; G. ROSSETTI, *Le obbligazioni solidali*, in *Le figure speciali*, a cura di S. Patti e L. Vacca, *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2010, 711 ss. e, della stessa, *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli, 2013, in part. la parte seconda *'La disciplina ed i problemi attuali'*, 89 ss. Si v. anche, in senso critico, L. PARENTI, *'In solidum obligari? Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito'*, Napoli, 2012, 12 ss. e poi anche 405 ss.

A tali considerazioni si può aggiungere un'ulteriore riflessione per quanto attiene all'*exemplum de peculio actionis*²².

Il riferimento è ad un'organizzazione imprenditoriale di tipo peculiare che prevedeva che il singolo padrone, a seguito dell'esperimento dell'*actio de peculio vel de in rem verso*, fosse responsabile verso i creditori fino all'ammontare del peculio.

Qualche rilievo al riguardo suggerisce un passo di Gaio *ad edictum provinciale*:

Gai 9 *ad ed. prov.* D. 15.1.27.8: *Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit: nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi. Quod Iulianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu solvendo quisque etiam socium aere alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur*²³.

«Se uno abbia concluso un contratto con il servo di due o più persone, gli si deve consentire di agire per l'intero con quello dei padroni che egli voglia: è infatti iniquo impegnare con più avversari chi abbia concluso un contratto con una sola persona; né si deve tener conto soltanto di ciò che, del peculio, il servo avesse in rapporto a colui con il quale si agisce, ma anche di quello che avesse in rapporto

²² L'inciso '*et de peculio actionis*' non è stato indenne da sospetti di interpolazione: G.G. ARCHI, *La funzione*, cit., 219 ss. e nt. 53; C. LONGO, '*Actio exercitoria - actio institoria - actio quasi institoria*', in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, 607. *Contra* M. BREONE, '*Servus communis*', cit., 174 s. e A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 83 ss. Sul punto cfr. L. PARENTI, '*In solidum obligari*', cit., 397 ss., con ampia discussione della bibliografia precedente.

²³ Sul testo in particolare M. BREONE, '*Servus communis*', cit., 170 ss., il quale contesta che il fondamento della legittimazione passiva *in solidum* dei *domini* del servo comune vada individuato nel «profilo strutturale della *communio*».

all'altro. Né comunque la cosa sarà dannosa per chi viene condannato, poiché a sua volta egli stesso, con l'azione di società o di divisione della comunione, può ottenere dal comproprietario o dai comproprietari quanto abbia pagato in più rispetto alla sua porzione. Il che Giuliano afferma che può aver luogo se vi fu peculio anche in rapporto all'altro; poiché in quel caso pagando uno risulta liberare dal debito anche il comproprietario; se, invece, in rapporto all'altro non vi è un peculio, vale il contrario, perché neppure si intende che in alcun modo lo si liberi dal debito».

Il passo sembra suggerire una riflessione sul criterio, tipicamente romano, di correalità e sulla differenza che si può determinare rispetto alla mera solidarietà. Come noto, il momento di divergenza tra le due situazioni sarebbe rappresentato giudizialmente, in particolare dalla *litis contestatio*.

Si tratterebbe, in entrambi i casi, di situazioni che coinvolgono più soggetti, ma se nelle obbligazioni correali – ed è questo l'aspetto che qui maggiormente interessa – in virtù della struttura unitaria del rapporto la *litis contestatio* celebrata nei confronti di uno estingueva il rapporto medesimo nei confronti di tutti, nelle obbligazioni solidali per la pluralità dei vincoli obbligatori le vicende di uno dei soggetti non si riflettevano sempre e comunque sugli altri.

In tal senso, qualche spunto sembra suggerire – a mio parere – proprio il termine di correalità che evoca letteralmente l'idea di una correlazione, di un collegamento tra i soggetti coinvolti nel rapporto e la cosa nella sua interezza, sia *res*, diritto oppure obbligo, e che si potrebbe far risalire al modello dell'antico diritto di proprietà, il *consortium ercto non cito* che fissa l'appartenenza globale della *res*, diritto oppure obbligo, in capo a ciascuno dei soggetti senza possibilità di divisione²⁴. Per cui, come il *consortium ercto non cito* è fondato sulla

²⁴ Sul *consortium ercto non cito* si v. G. ARICÒ ANSELMO, 'Societas inseparabilis' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA*, 46, 2000, 78 ss.; M. EVANGELISTI, 'Consortium, erctum citum': etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica,

indivisibilità del diritto di appartenenza della *res*, così la correalità impone che ciascun soggetto sia considerato titolare dell'intero senza possibilità di gestire il diritto per parti o quote²⁵.

Si deve così forse ipotizzare che il concetto romano di correalità debba collegarsi al pensiero giuridico antico della proprietà e dell'appartenenza da cui deriva la contitolarità delle situazioni giuridiche soggettive nella loro interezza²⁶, un concetto antico²⁷ che Gaio crede di dover giustificare facendo ricorso ad un più 'moderno' criterio di equità²⁸.

in *D@S*, 7, 2007; A. CALZADA, '*Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere velint*', in *Iura*, 59, 2011, 151 ss.; L. PARENTI, '*In solidum obligari*', cit., 125 ss.

²⁵ Per una discussione tra il modello della contitolarità solidale e indivisibile di una *res* e quello della *communio pro indiviso*, e dunque tra l'*agere in solidum* e l'*agere pro parte* cfr. M. DE SIMONE, '*Agere ex asse in solidum*' e '*agere pro parte in solidum*'. Per un'interpretazione di *D. 10,2,7 (Venul. 7 'stip'.)*, in *BIDR*, 114, 2020, 255 ss. che spiega come «la contitolarità solidale e indivisibile di una *res* a sua volta indivisibile e il connesso *agere in solidum*, dunque, costituiscono l'archetipo primo di un diverso modello cui l'esperienza romana pervenne già in età preclassica e che rappresenta oggi il prototipo utilizzato dal moderno diritto privato, non solo italiano: la c.d. *communio pro indiviso*, la contitolarità, divisibile e fondata sull'idea di *pars quotas*».

²⁶ E in tal senso, si potrebbe fare un collegamento con il fenomeno pubblicistico del potere magistratuale, che prevedeva che ognuno dei due consoli fosse titolare dell'*imperium* nella sua interezza e lo esercitasse in maniera del tutto autonoma rispetto all'altro, potendo eventualmente solo porre il veto alla singola iniziativa del collega.

²⁷ Come ulteriore elemento si potrebbe considerare il modo di intendere il concetto di proprietà nel diritto greco antico, inevitabilmente influenzato da quel pensiero filosofico che poneva al centro dell'attenzione l'aspetto sociale e collettivo. Ne deriva che la proprietà era concepita, non nei termini di appartenenza piena ed esclusiva di una *res* ad un individuo come era per i Romani, ma quale diritto relativo strettamente legato al possesso materiale sulla cosa, e cioè un «possesso conforme al diritto» come la definisce G.G. ARCHI, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 211. Per un approfondimento sul diritto di proprietà in Grecia antica si v., per tutti, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 177 ss. e R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 111 ss. In particolare sullo sviluppo della nozione greca di proprietà, da familiare a individuale, cfr. E. CANTARELLA, *Proprietà (diritto greco)*, in *Noviss. dig. it.*, 14, Torino, 1967, 99 ss.

²⁸ Secondo G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 64, il riferimento all'*aequitas* con l'intero inciso '*est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit*' sarebbe spurio.

Più in particolare – come scrive il giurista in D. 15.1.27.8 – a colui che ha contrattato con uno schiavo dotato di peculio appartenente a più padroni, per una ragione di equità, in caso di inadempimento del servo comune deve essere concesso di agire contro uno solo dei *domini*: sarebbe infatti contrario all'equità costringerlo a rivolgersi contro tutti i singoli imprenditori (*est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit*), lui, che ha stipulato con uno soltanto.

Quindi andrebbe ricercata nella necessità di non costringere il contraente ad agire *in plures adversarios* la *ratio* della responsabilità solidale – che qui dobbiamo chiamare correa – dei *domini* per l'attività del servo comune dotato di peculio.

Ma dobbiamo riconoscere che, più modernamente, è anche una esigenza di economia²⁹.

Segue poi la definizione di un altro importante principio, per cui *nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum*: nel determinare l'ammontare concreto del *peculium* si doveva avere riguardo non alla quota di proprietà del singolo, ma all'intero valore del peculio, esponendo dunque il *dominus* chiamato in causa ad uno sforzo economico maggiore rispetto all'investimento iniziale, seppur sempre in un'ottica di responsabilità limitata³⁰. E il giurista ricorda che il comproprietario può recuperare quanto versato in più rispetto alla sua parte (*amplius sua portione*) attraverso l'*actio pro socio* o l'*actio communi dividundo*.

Invero Gaio, rifacendosi a Giuliano, precisa come tale diritto di agire contro gli altri richiedesse che vi fosse un peculio comune. In tal senso infatti occorre che tutti i *domini* partecipassero del *peculium* e

²⁹ Secondo A. DI PORTO, *Impresa*, cit., 364 s., il fondamento della responsabilità dei *domini* verso i terzi andrebbe ricercato nella comunione dello schiavo.

³⁰ Il che offre lo spunto per argomentare che se, da un lato, per le regole della correa, l'unico dei *domini* condannato *de peculio* deve rispondere verso i terzi per l'intero valore di beni peculiari (né più né meno, siano essi pari o superiori o anche inferiori al debito), dall'altro nei rapporti con i comproprietari o i consoci il limite della singola partecipazione (quota) del peculio fa sì che chi abbia pagato per tutti, possa agire per farsi rimborsare l'importo eccedente la sua parte.

che si fossero effettivamente liberati del debito grazie al pagamento effettuato dal singolo *dominus* imprenditore chiamato in causa.

Sul tema risulta di interesse un altro testo di Giuliano, tra l'altro posto nel titolo digestuale *De communi dividundo*:

Iul. 12 dig. D. 10.3.25: *Si Stichus communis meus et tuus servus habuerit Pamphilum vicarium aureorum decem et mecum actum de peculio fuerit condemnatusque decem praestitero: quamvis postea Pamphilus decesserit, nihilo minus actione communi dividundo vel pro socio quinque milia praestare debebis, quia te hoc aere alieno liberavi. Longe magis consequar, si Stichus post mortem Pamphili alium vicarium adquisierat.*

«Se Stico, servo comune a me ed a te, avrà avuto come servo vicario Panfilo, del valore di dieci aurei, e si sarà agito contro di me con l'azione nei limiti del peculio, ed io, dopo essere stato condannato, avrò pagato dieci, anche se poi Panfilo morirà, nondimeno dovrai pagarmi cinque in forza dell'azione di divisione della comunione o di quella con il socio, poiché io ti ho liberato da quel debito. Tanto più otterrò <il rimborso> se Stico aveva acquistato un altro vicario dopo la morte di Panfilo».

Il terzo che abbia contrattato con un servo comune munito di peculio in cui rientri anche un servo vicario, in caso di inadempimento, può agire con l'*actio de peculio* – ovviamente per l'ammontare del valore dell'intero peculio, nel caso di specie dieci aurei – contro chiunque dei *domini*. Si pone la questione se la morte del servo vicario Panfilo, sopraggiunta dopo il pagamento del *dominus* convenuto (quando il servo vicario Panfilo rappresenti il peculio concesso), faccia venire meno il diritto del *dominus* condannato di pretendere dagli altri il rimborso: e nella risposta di Giuliano si legge di nuovo il riferimento alle due azioni, *pro socio* e *communi dividundo*, deputate ad ottenere la restituzione dell'eccedenza versata.

Giuliano sembra scandire nel dettaglio le fasi che stanno alla base della responsabilità solidale dei *domini* su diversi momenti: l'esperimento dell'*actio de peculio* da parte del terzo contro uno dei

padroni del *servus* (*mecum actum de peculio fuerit*), la successiva condanna dell'unico *dominus* (*condemnatus*), l'effettivo pagamento del debito (*decem praestitero*) ed, infine, l'azione di rivalsa contro l'altro *dominus* correlata al rimborso della relativa parte del peculio (*nihilominus actione communi dividundo vel pro socio quinque milia praestare debebis*).

Ne deriverebbe, in linea con quanto affermato in D. 15.1.27.8, che sono le vicende collegate alla esistenza e alla vita del *peculium* comune a far sì che ciascuno dei *domini* sia tenuto *in solidum* e, conseguentemente, nel caso di pagamento da parte sua abbia diritto al rimborso. Che se la morte di Panfilo si fosse verificata dopo la condanna *de peculio* ma prima dell'adempimento della condanna ai dieci aurei, dal momento che Panfilo rappresenta il peculio di ciascuno dei condomini si sarebbe estinta la responsabilità solidale – che meglio si dovrebbe definire correale – dei *domini* e dunque la sua efficacia verso i terzi. A riprova di tale impostazione, a chiusura del passo si legge che *longe magis consequar, si Stichus post mortem Pamphili alium vicarium adquisierat*³¹.

L'ulteriore confronto con il passo di Africano di D. 10.3.9, in cui si tratta sempre di un caso di attività negoziale svolta da un *servus communis* con peculio, rafforza quanto detto:

Afr. 7 quaest. D. 10.3.9: Sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares intercidant, nihilominus utile erit iudicium communi dividundo ad recipiendam partem pecuniae: alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum eius qui iudicium acceperit pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus pecularibus esse debeat. Nam et eum, qui mandatu domini defensionem servi suscepit, omne quod bona fide praestiterit servaturum, quamvis peculium postea interciderit. Haec ita, si neutrius culpa intervenerit: etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus

³¹ L'acquisto, successivo alla morte di Panfilo, di un altro servo vicario andrebbe a ripristinare l'entità del peculio concesso al servo comune, con la conseguenza che si realizzerebbero nuovamente le condizioni che legittimano la responsabilità correale dei *domini* verso i terzi e dunque anche le dinamiche del rimborso da parte del *dominus* che abbia pagato. Su tale frase cfr. A. DI PORTO, *Impresa*, cit., 127.

peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit, scilicet si sine dolo malo et frustratione id faciat.

«Se, poi, dopo che uno dei <due> contitolari sia stato condannato per l'intero con l'azione nei limiti del peculio a causa del servo comune, periscano i beni facenti parte del peculio relativo ad uno dei contitolari, ciononostante l'azione di divisione della comunione per il recupero della parte del denaro <pagata per quest'ultimo> sarà esperibile in via utile; altrimenti, sarebbe iniquo se tutta quella vicenda andasse a danno di colui che avesse accettato il giudizio, dal momento che il rischio e pericolo per i beni facenti parte del peculio deve essere di entrambi i padroni. Infatti, anche colui che assunse la difesa del servo su mandato del padrone recupererà tutto ciò che abbia pagato in buona fede, benché, successivamente, il peculio sia andato perso. E sarebbe così se non fosse intervenuta colpa di nessuno dei due. Ed infatti <Giuliano> reputò che dovesse essere ascoltato il padrone contro il quale si agisce con l'azione nei limiti del peculio se, in presenza di un valido motivo, sia disposto a cedere all'attore i beni facenti parte del peculio, ovviamente purché lo faccia senza dolo e intento dilatorio».

Ci si chiede se, in caso di perimento di parte delle *res peculiares*, a colui che, a seguito dell'esperimento dell'*actio de peculio vel de in rem verso*, è stato condannato a pagare per l'intero in rapporto all'attività svolta dal servo comune, sia data la possibilità di agire contro l'altro contitolare per rifarsi di quanto pagato³². E la risposta è chiara, nel senso che, se gli oggetti di cui si compone il *peculium* periscono dopo che uno dei comproprietari abbia effettuato il pagamento, il diritto al rimborso rimane inalterato, perché *alioquin iniquum fore, si tota ea res ad*

³² Almeno un cenno va fatto a proposito della circostanza 'temporale' legata al fatto che in D. 10.3.9, come in D. 10.3.25, il perimento del *peculium* si è verificato in un momento successivo rispetto alla condanna *de peculio* e dunque al pagamento dell'intero effettuato dal *dominus*: parrebbe dunque che ai fini della responsabilità *in solidum* dei *domini* verso i terzi fosse richiesta l'esistenza di un peculio comune prima dell'esperimento dell'*actio de peculio*.

damnum eius qui iudicium acceperit pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat.

Il caso illustrato da Africano è particolare e articolato. Risulta dalle parole del giurista che al momento della costituzione dello stato di comunione sullo schiavo il *peculium* era unico e comune ai due padroni³³, benché diversamente costituito dai beni dei singoli, e si ipotizza che successivamente le *res peculiares* relative ad uno dei soci siano venute meno (*apud socium res peculiares intercidant*)³⁴.

Rimane pur sempre possibile l'esercizio dell'*actio de peculio* contro uno solo dei *domini* del servo comune con conseguente condanna per l'intero debito e con l'ulteriore conseguenza – intrinseca alle dinamiche della correalità – della liberazione di entrambi i padroni. Il sopraggiunto perimento del peculio non altera i rapporti interni tra i *domini*: il padrone condannato può agire con l'*actio communi dividundo* per recuperare quanto pagato per l'altro (*Sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset ... utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat*). E poiché la situazione non si presenta nei termini usuali di peculio comune normalmente esistente (perché la comunanza del peculio è venuta meno), l'azione non potrebbe essere data e quindi viene concessa solo in via utile³⁵.

³³ Che qui Africano si riferisca a due *domini* del *servus communis* lo farebbero intendere le espressioni '*cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat*' e '*si neutrius culpa intervenerit*' dove l'*uterque* e il *neuter* richiamano lessicalmente il rapporto tra due soggetti.

³⁴ Ernst Ein fa notare come, a suo giudizio, la frase '*apud socium res peculiares intercidant*' lascerebbe intendere la presenza di peculi separati, e non di un peculio comune (E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in *BIDR*, 39, 1931, 274 s.).

³⁵ Riterrei che si tratti qui di un'ipotesi di concessione dell'*actio communi dividundo utile*, necessaria appunto per regolarizzare equamente i rapporti interni tra i *domini* del servo comune. Diversa la lettura proposta da L. PARENTI, '*In solidum obligari?*', cit., 423, nt. 239, che interpreta l'*'utile'* nel senso di «azione utilmente intrapresa ... cioè azione che è utile per ottenere qualcosa, in questo caso per recuperare parte della *pecunia* ...». In generale sulla categoria, molto discussa in dottrina, delle *actiones (formulae) utiles*, si v. G. WESENER, '*Utiles actiones in factum*', in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, 495 ss.; W. SELB, '*Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum am Beispiel Julians*', in *Studi A. Biscardi*, III, Milano, 1982, 315 ss.; ID., '*Formulare Analogien in 'actiones*

Questa è la prima situazione che Africano rileva per il caso di perimento parziale del peculio in regime di correalità. Ma la casistica di pertinenza non si ferma qui³⁶.

Similmente – prosegue a dire il giurista: ed è questa la seconda situazione indicata da Africano sul tema – nell'ipotesi in cui il servo sia rappresentato da un terzo su mandato del padrone. Il perimento parziale del peculio successivo alla condanna *de peculio* non impedisce al terzo condannato di esercitare l'*actio communi dividundo* contro il *dominus* per ottenere quanto speso in buona fede (*nam et eum, qui mandatu domini defensionem servi suscepit, omne quod bona fide praestiterit servaturum, quamvis peculium postea interciderit*). E si deve presumere ancora in via utile.

Solo un'eventuale *culpa* – ed è questa la terza situazione – farebbe venire meno la possibilità del *dominus* condannato di agire in rivalsa con l'*actio communi dividundo* contro l'altro, in quanto correttamente la colpa esclude l'applicazione del meccanismo della correalità (*Haec ita, si neutrius culpa intervenerit*). È interessante notare come il riferimento alla *culpa* sia del tutto generico: il giurista infatti non ne specifica il significato, limitandosi piuttosto a dire, in maniera altrettanto generica, che nessuno dei *domini* (*neutrius*) deve essere in colpa. Il che potrebbe

*utiles' und 'actiones in factum' vor Julian, in Studi in onore di C. Sanfilippo, V, Milano, 1984, 729 ss. In particolare M. TALAMANCA, voce Processo civile (dir. rom.), in Enc. dir., 36, Milano, 1987, 55 ss., offre una interessante sintesi sul valore di actio utilis così come risultante dalle fonti in cui è utilizzata l'espressione, per concludere che l'impiego del sintagma actio utilis vada inteso «nel senso che esso indica l'estensione di un'azione, editale, al di là del campo di applicazione, fissato dal diritto civile o dal diritto pretorio». E in tal senso D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 33, scrive che «l'aggettivo <utiles> serve ad indicare che la formula di un'azione-base, prima inservibile per un determinato scopo, è resa utile da un adattamento».*

³⁶ Il testo D. 10.3.9 sembra rappresentare diversamente le vicende relative al peculio, secondo quattro distinte ipotesi: l'esercizio, a titolo di rivalsa, dell'*actio communi dividundo* da parte del *dominus* condannato per l'intero valore del peculio, nel caso di perimento dei beni peculiari relativi ad uno dei soci; l'esercizio della stessa azione, con le medesime finalità, anche quando il servo sia difeso da un terzo su mandato del padrone; la situazione di colpa che impedisce di agire con l'*actio communi dividundo*; la cessione, da parte di colui che dovrebbe rimborsare, della propria parte dei beni peculiari a favore dell'attore che intentò l'*actio de peculio*.

indurre ad ipotizzare che la condotta, valevole ad impedire l'applicabilità dell'*actio communi dividundo*, sia da riferire ad un qualsiasi comportamento illecito³⁷.

Infine, a corollario di quest'ultima ipotesi, si legge come quarta situazione l'esempio di Giuliano³⁸ che, apparentemente non collegato al caso specifico illustrato nelle prime battute del testo, spiega in termini conclusivi che se il padrone contro il quale si agisce *de peculio* cede all'attore i beni facenti parte del peculio (ovvero la sua parte, che però – sappiamo comporta – secondo il regime della correalità, la pienezza del diritto sul peculio stesso), si libera dall'obbligazione in quanto, logicamente, trasferisce all'attore la sua stessa posizione negoziale, sia riguardo alla proprietà del peculio sia, conseguentemente, riguardo alla responsabilità per il debito (*etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit, scilicet si sine dolo malo et frustratione id faciat*)³⁹.

Sullo sfondo si può scorgere un'eco del concetto di equità, lo stesso cui si ispira Gaio in D. 15.1.27.8, che, forse, anche Africano aveva in mente quando optò per estendere ed applicare alla comproprietà i criteri e i caratteri distintivi del regime sociale, che vuole la ripartizione delle conseguenze dell'attività comune, siano esse utili o perdite.

Emerge comunque chiaramente la preoccupazione del giurista di evitare un pregiudizio ai creditori, pregiudizio che potrebbe concretamente condurre ad una paralisi dei rapporti commerciali.

³⁷ Secondo L. PARENTI, *'In solidum obligari'*, cit., 424 s. e nt. 242, la colpa farebbe riferimento al mancato adempimento dell'obbligazione contratta dal *servus*: per cui il *dominus* condannato *de peculio*, se la colpa fosse stata sua, non avrebbe potuto agire con l'*actio communi dividundo* contro l'altro, mentre se la colpa fosse stata di quest'ultimo, avrebbe potuto agire per ottenere l'intero.

³⁸ Seguendo la traduzione di S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta Seu Pandectae. Testo e traduzione*, II.5-11, Milano, 2005, 326, Africano starebbe qui riportando il parere del suo maestro, Giuliano, come farebbe altresì pensare l'uso del verbo *'putavit'* che regge l'intera argomentazione.

³⁹ È una evenienza che – come mette ben in luce il giurista – si può verificare solo a condizione che vi siano un valido motivo, assenza di dolo e di intento dilatorio.

3. Considerazione a sé merita poi il discorso dell'alternativa fra l'azione *pro socio* e l'*actio communi dividundo* concessa al socio o condomino che abbia pagato per l'intero quando voglia ottenere il rimborso (regresso?) dagli altri consoci o condomini.

Già il rilievo accennato circa l'attività imprenditoriale svolta dal servo comune, cioè come possa essere riguardata sia dal punto di vista 'statico' del condominio che si ha sul servo e sul suo godimento (e quindi su questa base diritti, responsabilità, obblighi di rimborso), sia dal punto di vista 'dinamico' della vita societaria (con altra base per gli stessi diritti e obblighi), può rivelarsi indicativo.

Nel concreto le due prospettive vengono a fondersi in una e diritti e obblighi relativi possono risolversi con l'una o con l'altra azione.

«Uno dei punti di intersezione fra le azioni *pro socio* e *communi dividundo* – commenta Pia Starace – è costituito dall'ipotesi di concorso in quei casi, frequentissimi, in cui il condominio nasceva sul tronco di un contratto di società. Il socio che avesse cagionato un danno o percepito i frutti della cosa comune, non era soltanto tenuto a indennizzare i consoci o a dividere con loro i frutti in conseguenza del condominio, ma anche, in quanto obbligato dal contratto a osservare le convenute quotizzazioni nei profitti e nelle perdite. Lo stesso valeva per i consoci tenuti a rimborsare pro parte le spese che uno di loro avesse sostenuto per la cosa comune. Queste pretese potevano essere fatte valere, appunto, in occasione della liquidazione, con l'*actio pro socio*, oppure in sede di divisione»⁴⁰.

Si possono ricordare i testi, sopra commentati, di D. 15.1.27.8 e D. 10.3.25 in cui si menziona in modo chiaro e preciso la possibilità di un'alternativa tra le due azioni, ben evidenziata dalla particella *vel* (e rispettivamente *possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo* in D. 15.1.27.8, *nihilominus actione communi dividundo vel pro socio* in D. 10.3.25).

⁴⁰ P. STARACE, *Sulla tutela processuale del 'communiter gerere'. Intorno a D. 17.2.62*, Bari, 2015, 93, nt. 31, con la precisazione, tuttavia, che la prospettiva va invertita: perché se il condominio – come dice la studiosa – «nasceva sul tronco di un contratto di società», il socio era prioritariamente tenuto a ripartire con i condomini gli utili e le perdite conseguenti ai patti societari, mentre i diritti e gli obblighi derivanti dal regime di comproprietà sarebbero venuti in subordine.

Del resto la stessa alternativa, con la conseguente necessità di impiego nella scelta dell'azione, si legge nel titolo specificamente dedicato alla trattazione dell'*actio pro socio*, D. 17.2⁴¹, dove di un certo interesse risultano due testi paolini tratti dal sesto libro del commento *ad Sabinum*.

Nel breve frammento di D. 17.2.17 pr., Paolo esamina la situazione in cui un *socius* abbia alienato la propria parte, contravvenendo al patto societario:

Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.17 pr.: *Sed et socius qui alienaverit contra pactionem accipit committit et tenetur societatis aut communi dividundo iudicio.*

«Ma anche il socio che abbia alienato <la propria parte> contravviene al patto ed è tenuto con l'azione di società o di divisione della comunione».

Essendo venuto meno al patto societario convenuto, con violazione di fatto anche sul piano patrimoniale del regime di ripartizione degli utili e delle perdite, contro di lui si può agire con l'*actio pro socio* (*iudicium societatis* recita espressamente il testo), ma anche, alternativamente, con l'*actio communi dividundo*.

Traspare un'attenzione particolare per la regolamentazione dei rapporti interni tra i soci, che Paolo addirittura disciplina non solo

⁴¹ E l'elenco può continuare con riferimento ad altri luoghi del Digesto dedicati ad aspetti puntuali della materia: Paul. 22 *ad. ed.* D. 4.9.6.1, relativamente ai danni cagionati dal servo comune impiegato in una nave o in una *taberna*; Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.3.19.2, in cui, richiamando anche Pomponio, Paolo fa una riflessione sul rimborso delle spese effettuate su una servitù; Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.3.9 pr., che contiene un parere di Giuliano circa la responsabilità di colui che abbia corrotto un servo comune altrui; Paul. 4 *ad Plant.* D. 14.3.14, a proposito di un'ipotesi specifica in cui sia stato preposto un servo *alienus* all'esercizio di un'attività commerciale comune a più titolari; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.19.2, riguardante i rapporti interni tra l'usufruttuario e i *domini* del servo comune; Gai. 28 *ad ed. prov.* D. 39.2.32, per il caso delle spese sostenute per le riparazioni dei danni causati dall'edificio in comproprietà; Gai. 3 *de verb. oblig.* D. 45.3.28.1, in materia di acquisti fatti dal *servus communis ex re* di uno dei soci.

riconoscendo l'azione di società, che sarebbe la scelta più immediata e naturale considerando il regime contrattuale alla base, ma ammettendo altresì l'azione di divisione della cosa comune. Il riferimento all'*actio communi dividundo* e dunque alla comproprietà fa capire come le due situazioni, quella societaria e quella condominiale, fossero tra loro strettamente connesse; infatti il comportamento del socio, che aliena la propria parte, produce inevitabilmente un riflesso sul patrimonio sociale, che di fatto viene a disgregarsi.

Non si fa alcun accenno alle problematiche legate alle spese sostenute per la cosa comune e alle conseguenti esigenze di rimborso; il giurista si limita qui a guardare agli aspetti squisitamente legati ai due contesti generali della società e della comproprietà, e su questi costruisce il suo argomentare.

In tal senso, più articolato appare l'altro testo paolino di D. 17.2.38.1 in cui rileva invece il tema della gestione della società:

Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.38.1: *Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait.*

«Se c'è una società tra me e te e <ci sono> delle cose in comune in base alla società, Proculo dice che otterrò con l'azione di società o con l'azione di divisione della cosa comune le spese che io avrò sostenuto per quelle cose e anche i frutti che tu avrai percepito da quelle cose, e che con un'azione si consuma l'altra».

Il caso rappresentato dal giurista severiano si riferisce ad un'ipotesi in cui, a seguito della costituzione di una società, i soci si trovano ad essere in comproprietà: seguendo l'opinione del più antico giurista Proculo (*Proculus ait*), Paolo specifica che il socio che voglia ottenere il rimborso di quanto pagato relativamente alla cosa comune nonché recuperare la parte di frutti non percepiti ha a disposizione due strumenti per rivalersi sull'altro socio, l'*actio pro socio* o l'*actio communi dividundo*.

E a conclusione del suo breve discorso, Proculo, e con lui Paolo, avvertono il socio-attore di prestare attenzione nella scelta dell'azione, in quanto, esperita l'una, perde la possibilità di esercitare successivamente l'altra azione *de eadem re* ('*altera actione alteram tolli*').

Pure questa possibilità alternativa sembra venir meno in alcuni casi, nei quali per il recupero delle somme eventualmente spese per il debito comune contratto dal *servus communis* le fonti ci parlano dell'esperibilità di una sola delle due azioni, e segnatamente dell'*actio communi dividundo*.

Questo sembra trovare conferma in un passo di Paolo in cui, in ordine ad un problema di responsabilità per l'attività svolta dal servo comune munito di peculio, il giurista risolve la questione dei rapporti tra i consoci basandosi esclusivamente sull'*actio communi dividundo*:

Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.8.4: *Item si unus in solidum de peculio conventus et damnatus sit, est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur.*

«Parimenti, se uno solo <dei contitolari> sia stato convenuto per l'intero <a causa del servo comune> con l'azione nei limiti del peculio e sia stato condannato, ha nei confronti del <l'altro> socio l'azione di divisione della cosa comune, per ottenere la parte del peculio <che gli spetta>».

Nel passo viene analizzata appunto l'ipotesi in cui uno dei *domini* del servo comune, a seguito dell'esperimento dell'*actio de peculio* da parte del terzo che aveva avuto rapporti commerciali con il servo, sia stato condannato a pagare per l'intero. Paolo non ha dubbi nell'ammettere che il *dominus* convenuto possa agire contro l'altro con l'*actio communi dividundo* per recuperare la sua parte di peculio.

Addirittura in D. 10.3.15 lo stesso Paolo (o piuttosto Plauzio⁴²) amplia, in un certo senso, la possibilità di agire con l'*actio communi dividundo* al momento della condanna *et antequam praestet*:

⁴² Per D. 10.3.15 si rinvia alla traduzione e al commento di A.M. GIOMARO, M.L. BICCARI, *Sulle 'regulae iuris' fra I e III: Paolo commenta Plauzio*, Palermo, 2022, 173, 186

Paul. 5 *ad Plaut.* D. 10.3.15: *Si socius servi communis nomine conventus et condemnatus sit, aget communi dividundo et antequam praestet: nam et si noxali iudicio cum uno actum sit, statim aget cum socio, ut ei pars traderetur, cautionibus interpositis, ut, si non dederit, reddat.*

«Se un socio è stato convenuto in giudizio per il servo comune ed è stato condannato, agirà con l'azione di divisione della comunione anche prima di pagare: infatti, anche se si fosse agito con l'azione nossale contro uno, egli agirebbe subito contro <l'altro> socio, affinché gli fosse trasferita la <sua> parte, avendo inserite nell'azione le 'cautiones' che, se non l'avrà consegnata, la restituisca».

Andrea Di Porto parla di una sorta di «regresso preventivo» che, anticipando l'esperibilità dell'azione al momento della condanna e prima della prestazione, vuole forse rispondere all'esigenza concreta di riequilibrare le situazioni patrimoniali dei *domini* e, conseguentemente, evitare pregiudizi all'attività d'impresa⁴³.

La logica di questa 'particolare' applicazione dell'*actio communi dividundo et antequam praestet* il giurista la trova in un confronto con un'eventuale azione nossale: se il servo comune avesse commesso *noxa* (e in effetti non è detto che non l'abbia commessa), la vittima del reato potrebbe esperire l'*actio noxalis* contro uno dei comproprietari e questi, a sua volta, avrebbe la facoltà di agire subito contro l'altro *dominus* (o gli altri *domini*) – verosimilmente con l'*actio communi dividundo* – per attivare, attraverso le *cautiones*, il meccanismo della possibile *restitutio*: il *dominus* convenuto con l'*actio noxalis* agirebbe infatti nei confronti del

ss. Un'influenza plauziana è sicuramente presente anche solo considerando che la soluzione proposta passa attraverso il meccanismo, assai risalente, delle *cautiones iudiciales* di cui verosimilmente anche Plauzio era a conoscenza. Sul sistema delle *cautiones* si v. in particolare A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*' e '*officium iudicis*', Milano, 1982.

⁴³ Così A. DI PORTO, *Impresa*, cit., 128 s.

comproprietario per farsi ‘consegnare la parte del servo’, ovvero le sue quota di proprietà, così da poter effettuare la *noxae deditio in solidum*⁴⁴.

Non si può non dare evidenza al fatto che in entrambi i testi di D. 10.3.8.4 e D. 10.3.15 il giurista fa comunque riferimento alla figura del *socius* senza però prevedere la concessione di un'*actio pro socio*⁴⁵.

A delineare, in termini generali, l'applicabilità dell'*actio communi dividundo* si possono citare alcuni testi del titolo D. 17.2:

Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.65.13: *Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse. Sed communi dividundo iudicio huius*

⁴⁴ Di responsabilità *in solidum* dei condomini convenuti con l'*actio noxalis* per i reati commessi da un servo o da un animale comune parla, ad esempio, ancora Paolo in D.11.1.20 pr., D. 11.3.14.2; D. 39.3.11.3; ma riferimenti si leggono anche in Ulpiano (D. 9.1.1.14, D. 9.4.8) e in Giuliano (D. 9.4.41). Sul punto v. M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 158 ss.

⁴⁵ Al riguardo può essere interessante riportare quanto annotato da A. ARNESE, '*Societas. Idee e assetti d'interesse nell'esperienza giuridica romana*', Napoli, 2021, 59 ss., a proposito dell'accostamento (anche) terminologico della *societas* alla *communio*: «scorrendo i testi riportati in porzioni del *Corpus iuris*, si coglie non di rado la presenza dei vocaboli *societas* e, più di frequente, di *socius* (...) Il confronto fra *communio* e *societas* è l'espedito che i compilatori giustinianeî adoperano nelle *Institutiones* per fare emergere la fonte non contrattuale delle obbligazioni intercorrenti tra i comproprietari (3.27.3). Ora, sebbene sia alquanto complicato cogliere con esattezza le fasi di sviluppo della *communio* nella cultura giuridica romana, la scelta dei compilatori di inserirla fra le fonti delle obbligazioni non contrattuali da atto lecito induce a riconoscere a loro il merito di un chiaro segnale di progresso nel modo di intendere, e con i conseguenti riflessi sulla relativa disciplina, la comunione non originata da un accordo contrattuale di natura societaria (*sine societate*), e pertanto diversa dall'altra quanto meno in ordine al tipo di *obligationes* nascenti fra i compartecipi. E il confronto con la *societas*, che rappresenta l'elemento di comparazione, serve proprio a differenziare le situazioni e a individuare implicitamente nella società contrattuale il paradigma di una comunione che si instaura in virtù del relativo contratto, e non in forza di altre ipotesi (la donazione o il legato)». Ma sul problema si rinvia anche al recente studio di M. BEGHINI, *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio*', Roma, 2023, con fonti e bibliografia.

quoque rei ratio habebitur: nam etsi distracta esset societas, nibilo minus divisio rerum superest.

«Se dopo che la società è stata sciolta, il socio avrà sostenuto delle spese per la cosa comune, non le consegue con l'azione di società, perché non è vero che ciò fu gestito per la società o per il <bene> in comune. Invece con l'azione di divisione della cosa comune si terrà conto anche di quelle spese: infatti, sebbene la società si sia sciolta, nondimeno rimane la <questione della> divisione delle cose».

Il motivo della soluzione prospettata dal giurista a favore dell'*actio communi dividundo* è ben espresso nell'affermazione finale per cui *nam etsi distracta esset societas, nibilo minus divisio rerum superest*: il venir meno del contratto di società, se da un lato fa cadere il presupposto dell'*actio pro socio* – la spesa infatti è stata effettuata in un momento in cui la società non esisteva più –, dall'altro non influisce in alcun modo sulla situazione di comproprietà che continua a sussistere. Pertanto se uno degli ex soci effettua una spesa sulla cosa comune dopo lo scioglimento della società, per ottenerne il rimborso non dovrà agire con l'*actio pro socio*, bensì con l'*actio communi dividundo*⁴⁶, in quanto si tratta di una questione relativa alla gestione dei rapporti patrimoniali tra i condomini della *res communis*.

Sulla stessa linea si pone il testo gaiano di D. 17.2.34, in cui il giurista, attraverso l'utilizzo di una serie di esempi, si preoccupa di chiarire quando vada utilizzata l'*actio communi dividundo*, in raffronto con l'*actio pro socio*:

Gai. 10 *ad. ed. prov.* D. 17.2.34: *Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriorem fecerit rem, non*

⁴⁶ Il testo è stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, che ha avanzato dubbi sull'autenticità del '*communiterve*'. Si v. T. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo' im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1998, 23 ss., e l'ampia bibliografia ivi citata. Più recente, P. STARACE, *Sulla tutela*, cit., 85 ss., che respinge i sospetti di interpolazione.

societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae heriscendae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. Inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.

«In questi casi, se per esempio uno abbia sostenuto delle spese per quella cosa <in comune> oppure uno ne abbia percepito i frutti o le mercedi o abbia deteriorato la cosa, non ha luogo l'azione di società, ma per i coeredi invero si agisce con l'azione di divisione dell'eredità, per tutti gli altri <casi> con l'azione di divisione della cosa comune. Anche fra coloro, che hanno la cosa in comune per diritto ereditario, è possibile agire pure con l'azione di divisione della cosa comune».

L'esclusione dell'*actio pro socio* (*non societatis iudicio locus est* dice letteralmente il giurista) lascerebbe intendere che le pretese, proprio perché riguardano in specifico il rapporto di comunione, vanno risolte all'interno del *iudicium communi dividundo*: così quando si tratta del rimborso delle spese effettuate da uno solo in favore della cosa comune, o quando si fa richiesta dei frutti e delle mercedi non percepiti dal singolo o ancora di risarcimento dei danni arrecati alla cosa comune, si deve ricorrere all'*actio communi dividundo* o, eventualmente, se sono coinvolti coeredi, all'*actio familiae eriscundae*⁴⁷.

4. Il quadro che emerge è assai complesso e articolato e consente di mettere in risalto, con particolare riferimento ai casi in cui l'*actio pro socio* si pone in confronto con l'*actio communi dividundo* in un rapporto di alternatività, i diversi obiettivi delle due azioni, i quali poi si rendono evidenti nelle differenze tra le due strutture della formula.

⁴⁷ Sul testo cfr. P. STARACE, *Sulla tutela*, cit., 97, la quale mette in evidenza come a suo giudizio «la precisazione in merito al *iudicium societatis* sembrerebbe alludere all'eventualità concreta che tali prestazioni dei soci-condomini relative alla cosa comune venissero risolte talvolta con l'esercizio, appunto, dell'azione societaria. E ciò ancora una volta ci dà il senso della non semplice demarcazione della linea di confine fra le due sfere di competenza delle azioni con funzioni differenti sebbene spesso, per alcuni aspetti, coincidenti».

Nell'*actio pro socio*, ad una *demonstratio* che individuava nella necessaria sussistenza di un contratto di società il fondamento della controversia (*Quod A. Agerius N. Negidio societatem omnium bonorum coit*), seguiva una pretesa del socio che agiva in giudizio, espressa con un'*intentio incerta* al *quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere praestare oportet ex fide bona*⁴⁸. È proprio in questa *intentio* si manifestava la richiesta del socio all'adempimento degli obblighi da parte del consocio, obblighi riguardanti gli utili che erano derivati dalla cosa comune e la ripartizione delle perdite (spese) relative; e tale richiesta, in quanto strettamente collegata al vincolo societario originariamente stipulato, era esperibile soltanto tra i soci, senza alcuna rilevanza verso i terzi.

L'*actio communi dividundo* a sua volta si caratterizzava per la presenza dell'*adiudicatio* con la quale si chiedeva al giudice di assegnare ai singoli le rispettive parti delle *res communes*, provvedendo altresì, mediante la *condemnatio*, a liquidare crediti e debiti dei condomini derivanti dalla cosa comune e dalla sua gestione, forse con ricorso al criterio della buona fede⁴⁹ (nella *condemnatio* si legge appunto *quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet (ex fide bona?) eius iudex alterum alteri condemnato; si non paret absolutivo*).

Dunque con l'*actio pro socio* si metteva in discussione il vincolo sociale, che poteva essere sciolto, con l'ulteriore conseguenza del venir

⁴⁸ *Quod A^s A^s cum N^o N^o societatem omnium bonorum coit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) dare facere (praestare?) oportet ex fide bona, dumtaxat quod N^s N^s facere potest, eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.* Così O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 297 ss. (§ 109); per i rilievi critici si v. D. MANTOVANI, *Le formule nel processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, 1992, 48 s.

⁴⁹ I dubbi, rappresentati anche dal Lenel (*ex fide bona?*), sull'appartenenza del *iudicium communi dividundo* alla categoria dei *iudicia bonae fidei* sono stati evidenziati altresì da P. FREZZA, '*Actio communi dividundo*', in *RISG*, 7, 1932, 7 s.; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 307 s.; più di recente G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I, '*Divisio*' e '*vindicatio*', in *AUPA*, 42, 1992, 416, nt. 102, 423, nt. 116; D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 54, nt. 199. Su tale questione si v. anche M. VARVARO, *Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di M. Marrone*, a cura di G. D'Angelo, M. De Simone e M. Varvaro, Torino, 2019, 323, nt. 151.

meno anche della comproprietà (e assegnazione delle singole quote). Con l'*actio communi dividundo*, invece, il soggetto poteva agire esclusivamente sulla situazione di comunione, determinando la cessazione di tutti i rapporti collegati all'utilizzo della *res communis* e la ripartizione del patrimonio, senza conseguenze, però, sul rapporto sociale, se non per la necessità di ricostruire e ridefinire il patrimonio della società.

In talune ipotesi – come si diceva – era previsto che si potesse ricorrere, alternativamente, ad entrambe le azioni *pro socio* e *communi dividundo*.

La formula *pro socio* era forse quella cui sarebbe stato più immediato pensare, considerando la sia pur minima attività gestionale che una proprietà (una comproprietà) comporta, ma non risulterebbe sempre esperibile in mancanza di un vero e proprio rapporto sociale, e comunque rischiosa⁵⁰.

Per quanto riguarda l'*actio communi dividundo* l'ipotesi, avanzata da recente dottrina, che la formula dell'azione divisoria, differentemente da come prospettata dal Lenel⁵¹, si dovesse aprire con una *demonstratio* introdotta dal *quod* reggente un verbo di modo indicativo nella quale «oltre ad individuare il bene oggetto della divisione» si faceva

⁵⁰ D'altra parte per le dinamiche tecniche del *beneficium competentiae* il socio convenuto nell'*actio pro socio* vedeva limitata la condanna all'ammontare delle disponibilità economiche del momento. Sul tema si v., tra i tanti, W. LITEWSKI, *Das 'beneficium competentiae' im römischen Recht*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano 1971, 469 ss.; M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. 'beneficium competentiae'*, in *AUPA*, 36, 1976, 5 ss.; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978, 26 ss.; J. GILDEMEISTER, *Das 'beneficium competentiae' im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986, in part. 27 ss.

⁵¹ Secondo Lenel, il programma di giudizio dell'*actio communi dividundo* era composto da una *demonstratio* contenente la *iudicis postulatio* e la clausola *de praestationibus*, coordinata con un'*intentio incerta* posta dopo l'*adiudicatio* e prima della *condemnatio*, nei seguenti termini: *Quod L. Titius C. Seius de communi [eorum?] dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum ... adiudicari oportet, index...adiudicato: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona?], eius index alterum alteri c. s. n. p. a. O. LENEL, *Das 'Edictum'*³, cit., 210 s. (§ 81).*

riferimento «al titolo su cui si fondava la richiesta di *‘quantum adiudicari oportet’* contenuta nella restante parte del programma di giudizio», vale a risolvere ogni perplessità che nasce sicuramente di fronte a tale concorso di azioni. In tal modo la *demonstratio* dell'*actio communi dividundo* avrebbe assolto alla funzione di esprimere la situazione per cui le parti in causa si dicevano «partecipanti alla comunione di beni diversi dall'eredità ... contribuendo così a determinare la *res de qua de agitur*»⁵². E in una tale *demonstratio* certamente potevano essere valutate tutte le circostanze riguardanti le spese effettuate da un condomino per la cosa comune, i danni arrecati ad essa, i frutti percepiti dal singolo.

ABSTRACT

L'organizzazione imprenditoriale imperniata sull'impiego di un *servus communis* richiede di riflettere su due aspetti del fenomeno, quello 'statico' del condominio che si ha sul servo e sul suo godimento, e quello 'dinamico' della vita societaria. Il tema coinvolge ovviamente anche il problema della tutela processuale dei soci e condomini nei rapporti reciproci, e dunque dell'azione concessa al socio o condomino che avesse pagato per l'intero un debito sociale quando volesse ottenere dagli altri consoci o condomini il rimborso delle proprie quote, problema che i giuristi talvolta risolvono nei termini di concorso tra *actio pro socio* e *actio communi dividundo*.

The enterprise organization hinged on the employment of a *servus communis* requires us to reflect on two aspects of the phenomenon, the

⁵² Così M. VARVARO, *Alcune considerazioni*, cit., 287 ss. È, se vogliamo, la proiezione formulare del discorso sulla *nominatio causae* che si può intuire nella prospettazione gaiana del formulario delle *legis actiones in rem*, che appunto, nel richiedere a colui che agisce di dichiarare la 'causa' della sua pretesa e di esigere analoga specificazione dalla controparte, veniva ad esprimere la *res de qua agitur*, indicava sostanzialmente i contenuti della lite e, conseguentemente, enunciava il fondamento giuridico delle affermazioni delle parti. Cfr. sul punto A.M. GIOMARO, *La tipicità delle 'legis actiones' e la 'nominatio causae'*, Milano, 1988, in particolare 49 ss.

‘static’ one of the condominium having on the servant and his enjoyment, and the ‘dynamic’ one of corporate life. The issue also involves the problem of the procedural protection of partners and condominiums in their mutual relations, and thus of the action granted to the partner or condominium who has paid a social debt in full when he wants to obtain from the other partners or condominiums the reimbursement of his shares, a problem that jurists sometimes resolve in terms of the concurrence of *actio pro socio* and *actio communi dividundo*.

PAROLE CHIAVE

*Servus communis – Peculium –
Actio communi dividundo – Actio pro socio*

MARIA LUISA BICCARI
Email: maria.biccari@uniurb.it

