

VI.

IL FRAMMENTO 41 PR. D. 31 IAVOL. 7 EPIST.

OSSIA UN CASO PARTICOLARE
DI ACCRESCIMENTO TRA COLLEGATARI

Il Cuiacio ¹⁾ dopo avere esaminato con la scorta del fr. 89 D. 32 Paul 6 ad Leg. Iul. et Pap. i varii generi di congiunzione tra eredi e legatari e affermato che il congiunto 'verbis tantum' veniva, come il congiunto 're et verbis', preferito a tutti gli altri, passa ad osservare se questa norma sia violata dal celebre fr. 41 pr. D. 31 di Giavoleno, e scrive:

'Neque vero nos quidquam dimovet L. Maevio de Leg. 2, nam ut mittam Doctorum traditiones, quae meae aetatis tempus et in hac parte juris et in ceteris quoque omnibus absumpserunt male, quorum adeo fastidio teneor, ut tamèn non tam nec poeniteat eorum falsae doctrinae operam dedisse, quam fervidam illam et capitalem aetatem non collocasse in haec quae mihi Deus patefecit studia vera. Ut igitur illa sophismata mittam in specie d. L. Maevio, Maevius et Seius verbis coniuncti non sunt, et ideo deficiente Seio pars eius non soli Maevio adcrevit, sed etiam Titio: ...Denique omnes invicem re tantum coniuncti'

Le parole del grande esegeta, di solito così parco di espressioni, sono la prova migliore delle gravi difficoltà sollevate da

¹⁾ Opp. (ed. Neap. 1758) vol. III coll. 709-711.

questo fr., e degli sforzi e degli studi che, dalla Glossa in poi, tutti gl'interpreti del Corpus iuris, hanno compiuto per arrivare ad una spiegazione soddisfacente del passo. Ciò nonostante dopo dieci secoli il dibattito è ancora vivo ed aperto, e nuove interpretazioni si propongono, nuove ipotesi si avanzano, senza peraltro che la questione abbia fatto un passo in avanti.

Ed invero il fr. 41 pr. D. 31 sembra a prima vista in contraddizione aperta con un principio certissimo: che l'accrescimento nel legato 'per vindicationem' ha luogo soltanto fra i collegatari chiamati senza determinazione di quote. Il testo dice:

fr. 41 pr. D. 31 Idem (Jav.) 7 ep. *'Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego'. si Seius decesserit, pars eius utriusque ad crescit, quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars quae cessat pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, ad crescat.*

Il punto che è apparso insormontabile in questa decisione è il 'ius ad crescendi' attribuito a Mevio, quantunque egli non sia né 're' né 'verbis coniunctus' con Seio.

Prima di dire il mio pensiero sul testo, cotanto tormentato, è utile riassumere brevemente le varie soluzioni che gli antichi e i moderni hanno proposto, le quali d'altronde furono accuratamente raccolte e criticate partitamente dall'ARNÒ nel suo lavoro 'La Glossa e la legge 41 pr. D. de leg. II. Contributo allo studio del diritto di accrescere fra collegatari' ¹⁾, dov'è riportata una ricca bibliografia.

Le varie interpretazioni del fr. date finora si possono dividere in due categorie: a) quelle che suppongono il testo genuino; esse risalgono agli antichi. b) quelle invece che non

¹⁾ In: Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer... - Diritto romano, pp. 15-33.

trovano una soluzione possibile del passo com'è riferito, onde lo ritengono in parte interpolato; così alcuni dei moderni.

a) 1. Il ripiego più spontaneo per spiegare l'accrescimento in favore di Mevio si rinvenne col supporre che egli e Seio fossero chiamati '*ad eandem dimidiam partem*', e perciò 'coniuncti re' ¹⁾.

2. Altri opinarono che tutti e tre fossero 'coniuncti re tantum' ²⁾ o indirettamente ³⁾ o direttamente perchè Seio e Mevio essendo 'coniuncti re' con Tizio sono pure 'coniuncti re' fra di loro ⁴⁾.

3. Altri invece ammisero che Mevio e Seio non siano invero 're coniuncti', ma ritennero che la decisione di Giavoleno sia un'equa interpretazione della volontà del testatore ⁵⁾.

4. Altri infine pensarono che Mevio e Seio fossero disgiunti 're', ma congiunti o perfettamente ⁶⁾ o imperfettamente ⁷⁾ 'verbis'. Tale congiunzione 'verbis' varrebbe ad operare l'accrescimento.

¹⁾ I sostenitori di questa opinione sono poi discordi rispetto alla posizione di Tizio: gli uni, come AZONE, ritengono Tizio '*verbis coniunctus*' con Mevio e Sevio: Gl. Maevio: *Alii dicunt primos duos coniunctos re, quia eandem dimidiam: sed tertius sit coniunctus verbis: et secundum hoc coniunctus re tantum admittitur com coniuncto verbis tantum*; gli altri, fra cui VIVIANO TOSCO, ritengono invece giustamente, che Tizio sia '*re coniunctus*' con Mevio e Seio: Gl. Maevio. Casus. *Ita dixit testator: lego Maevio partem dimidiam fundi Seiani: Seio lego eandem partem dicti fundi: eundem fundum lego Titio, et ita omnes eos coniunxit re, et verbis disiunxit: et Tilius debet habere in fundo dimidiam et Maevius et Seius aliam dimidiam.*

²⁾ Gl. Maevio: *tu dic quod omnes sunt coniuncti re tantum.* CUIACIO l. c. (v. p. 423). Ma in seguito egli mutò opinione (v. n. 7).

³⁾ Così insegna PIETRO DA BELLAPERTICA il quale usa la frase '*per quoddam indirectum*', Secondo costoro l'accrescimento avrebbe luogo anche per Mevio, perchè re coniunctus con Tizio.

⁴⁾ Fabro De err. pragm. Coloniae 1572, pp. 1230 sqq.

⁵⁾ BOLOGNETO e CINO.

⁶⁾ Gl. Maevio: *ut sint verbis coniuncti sed re disiuncti.*

⁷⁾ Il CUIACIO, che abbiamo già visto affermare essere tutti e tre i legatari 're tantum coniuncti', nel commento sistematico al titolo De legatis et fideicommissis (Opp. vol. VII), abbandonando la sua prima opinione costruisce una nuova categoria di 'coniuncti' e scrive: (col. 1165 seqq.) *Alii sunt medii inter coniunctos verbis, et separatos, ut si ita legaverim: Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimi-*

Così gli antichi seguiti dalla maggioranza dei moderni.

b) Tra i contemporanei il FERRINI ritiene che Giavoleno avesse scritto: 'Seio partem dimidiam [et tertiam] lego'.¹⁾ Egli costruisce in tal modo un tipo di legato in cui Mevio e Seio appariscono 'coniuncti re' almeno in parte. Ma ciò è perfettamente inutile, come vedremo subito.

L'ARNÒ invece crede²⁾ che Giavoleno avesse scritto: '...[Titio] ad crescit...', e che i Compilatori alla parola 'Titio' avessero sostituito il pronome *utrique*, inculcando così una dottrina opposta a quella seguita ed applicata dal giurista; egli ritiene inoltre interpolata la particella 'quia', al fine di collegare il periodo 'Maevio - ad crescit' al periodo 'cum - ad crescat', nel quale 'probabilmente il giurista contemplava il caso in cui fossero tutti 'coniuncti re', nel senso che gli uni al tutto e gli altri a parti identiche fossero chiamati'. Quale che sia la costruzione dell'ARNÒ essa viene al risultato, che con la morte di Seio il legato del fondo avrebbe dovuto dividersi

diam lego. Nam in hac oratione est ligatio quaedam et ὑποζεύγμα, id est, subnexio, quoniam postremum verbum, lego, servit utriusque legato Maevis et Seii: et ex contrario tamen in ea oratione nulla est copulata coniunctio: itaque Iabolenus ait, separatim eis partes legatas separatim, id est, sine copulatione verborum partes, id est, una dimidiam, alteri aliam dimidiam: ergo res diversas: NON SUNT Igitur RE CONIUNCTI, NON SUNT ETIAM COPULATI VERBIS, LICET QUODAMMODO COLLIGATI SINT. Proinde inter eos, id est, inter Maevium et Seivum non est ius ad crescendi praecipuum. Et ideo, quae est species legis integra si testator illi ad junxerit tertium, puta Titium, cui totum eum fundum legaverit, sicut lex ponit... cessante Seio non ad crescet soli Maevio, sed ad crescet et Maevio et Titio pro portione legati... Quod si Maevis et Sejus essent longissime separati, omnino disiuncti: vel si ita dixisset: Maevio fundi partem dimidiam lego, Sejo partem dimidiam lego, Titio eundem fundum lego, cessante Sejo, soli Titio ad cresceret: CONIUNCTUS RE PRAEFERTUR LONGISSIME SEPARATO, ID EST, OMNINO DISIUNCTO: CONIUNCTUS TAMEN RE NON PRAEFERTUR NON LONGE SEPARATO, ID EST, SUBNEXIONE CONIUNCTO, ut in specie huius legis: sed utrique ad crescit, et multo minus conjunctus re praefertur copulatione conjuncto.

La chiave della decisione di GIAVOLENO starebbe dunque secondo il CUIACIO nel fatto che il legato di Mevio e il legato di Sejo sono retti da un'unica forma verbale: 'lego', che li rende 'subnessione coniuncti' e fa sì che fra di essi possa manifestarsi l'accrescimento.

¹⁾ Legati, p. 651 e segg.

²⁾ L. c. pp. 32-23.

così: a Mevio $\frac{1}{4}$, a Tizio $\frac{3}{4}$; soluzione che subito si manifesta incongrua.

P. KRÜGER¹⁾ cancella il brano 'pars-quia', ma questa stroncatura non risolve alcuna difficoltà sostanziale perchè la decisione resta intatta.

Io credo che il testo non offre difficoltà disperate, e oso dire anzi che la decisione, così com'è riferita nel passo, è veramente perspicua e degna di essere segnalata agli studiosi.

Il testatore ha legato metà del fondo a Mevio, l'altra metà a Seio, l'intero fondo a Tizio. Seio muore: la parte rimasta vacante va a vantaggio tanto di Tizio quanto di Mevio in proporzione delle loro quote, che perciò si aumentano per Mevio a $\frac{1}{3}$, per Tizio a $\frac{2}{3}$.

La ragione sta in ciò: che a Tizio era stato legato tutto il fondo e il suo diritto si riduceva di metà per il simultaneo concorso di Mevio e di Seio: che a Mevio era stata legata 'partem dimidiam', e che sebbene concorrendo tutti e tre gli sarebbe spettata una quarta parte del fondo, pure venendo a mancare uno qualsiasi dei collegatari, che diminuivano l'estensione del suo legato, questo può estendersi fino ai limiti segnati dal testatore, cioè sino alla 'pars dimidia'.

Infatti è certo che il diritto di Mevio, stabilito dal defunto in una metà del fondo, si dovrebbe ridurre ad un quarto, perchè insieme ad esso coesiste non solo quello di Tizio ma anche quello di Seio. Il diritto di Seio esercita dunque un effetto minorativo del legato di Mevio, sebbene non vi sia fra loro alcuna congiunzione nè reale nè verbale, poichè lo riduce da $\frac{1}{3}$ del fondo ad $\frac{1}{4}$. Su ciò non è possibile dubbio: perchè se Tizio chiamato all'intero fosse in concorso solo con Mevio chiamato alla metà del fondo, quest'ultimo riporterebbe per effetto del concorso solo $\frac{1}{3}$ del fondo legato. Come mai dunque quell'effetto può perdurare quando sia venuto meno il concorso di Seio? Si dimentica così che Mevio ebbe legato in realtà la

¹⁾ Digesta ed. XII ad h. l. A ciò forse è indotto il KRÜGER dall'immediata unione delle due particelle 'quia cum'.

metà del fondo, e che quindi sino a questa misura il suo diritto ha *sempre* la possibilità di arrivare, quando vengano meno in un modo qualsiasi le cause che lo comprimevano.

È questo è il punto centrale della quistione. Il dire, che l'accrescimento tra collegatari chiamati a quote determinate di una medesima cosa è impossibile, è vero: ma presuppone che il legato distribuisca la cosa per parti separate e per nulla dipendenti fra loro, come nel seguente esempio: lego a Seio metà del fondo, lego a Mevio l'altra metà. Ma nel caso contemplato da Giavoleno vi è un legato di due metà della cosa e poi un legato dell'intera cosa medesima, per cui *necesse est* che le parti di ciascuno si riducano in limiti più ristretti a causa del concorso del diritto di Tizio, che invade le quote di Seio e di Mevio.

Stando così le cose è di evidenza palmare, che venendo meno Seio, uno dei chiamati alla metà, i concorrenti nel legato del fondo si riducono a due: Mevio chiamato alla metà e Tizio chiamato all'intero; per ciò questi prenderà due terzi del fondo e quello un terzo. La proporzione è data dalla chiamata del testatore.

Allora la motivazione di Giavoleno, che si inizia con la parola 'quia', e che all'ARNÒ parve strana, perchè, a parer suo 'non è un motivazione ma è l'enunciazione di una nota regola di diritto ¹⁾ riacquista tutto il suo valore e la sua forza, in quanto Giavoleno spiega che l'accrescimento avviene in favore di Mevio e di Tizio, proporzionalmente, e ciò per il fatto che il fondo fu legato a tre 'separatim', ma in maniera che a due erano attribuite due metà pari all'intero.

Si tratta dunque di una situazione particolare, per cui necessariamente il venir meno del concorso di uno tra i legatari porta che gli altri conseguano una porzione maggiore, sempre però entro i limiti della quota assegnata dal testatore ed in proporzione ad essa. Così se Mevio nella specie fosse il solo

¹⁾ l. c. p. 32.

superstite fra i collegatari egli avrebbe la metà del fondo e non di più, e nessuno certo avrebbe trovato astrusa una tale decisione.

Insomma dal testo esaminato si desume una nuova regola in materia di diritto di accrescimento, che si può formulare nei termini seguenti:

Quando una cosa è legata ad uno per intero e parimenti ad altri per parti divise, quantunque i legati sieno separati, tuttavia il computo aritmetico delle quote spettanti ai singoli induce di fatto, a causa del concorso, la diminuzione della quota di ciascuno, e, nel caso che uno venga meno al concorso, un aumento della parte spettante ai superstiti ¹⁾.

Questa spiegazione, dunque rende il testo semplice, e come dicevo, cospicuo per molti rispetti; a ritenerla esatta poi mi conforta il giudizio del prof. S. RICCOBONO, che ha avuto la cortesia di rivedere questo scriverello.

¹⁾ Che fra Mevio e Seio non possa aver luogo un vero e proprio diritto di accrescimento, non mi pare dubbio, poichè l'essere stati essi chiamati 'separatim' a quote determinate, sia pure ideali, esclude che l'obbietto dei loro legati coincida. Un testo di PAPINIANO riguardante il legato di usufrutto non lascia dubbio in proposito: fr. 11 D. 7. 2 Pap. 2 def. Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset: unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit.

Mi pare che in fondo per ciò l'interpretazione da me proposta coincida con quella del WINDSCHEID, Pandekten⁹ III § 644 n. 13 p. 637: 'Die richtige Erklärung dieser Stelle lässt sich dahin zusammenfassen, dass sie nicht eine Anwendung des Anwachsungsrechtes enthält, sondern für den Fall wo mehr als das Ganze vermacht ist, den Teilungsnehmer bestimmt'. L'affermazione del WINDSCHEID, che non formula un principio generale, a prima vista può apparire oscura ed audace in quanto nega recisamente che nel testo abbia luogo accrescimento, ma essa giustamente pone in evidenza, che la decisione di GIAVOLENO si ricollega al fatto che il testatore ha legato 'mehr als das Ganze'. Contro ARNÒ l. c. p. 30 ed ivi citati.

Palermo, Dicembre 1915.

ANDREA GUARNERI CITATI.
alunno del Seminario giuridico.

POSTILLA DI S. RICCOBONO

Al Guarneri è sfuggito l'articolo del Di Marzo, inserito nel *Circolo Giuridico*, vol. XXX, p. 86-90 (a. 1899), e che è il più recente ed il più solido studio sul fr. 41 di cui si tratta.

Il Di Marzo, infatti, aveva superato con grande semplicità ed eleganza tutte le difficoltà che nel testo si erano riscontrate, ed aveva pure eliminato in maniera definitiva i sospetti di interpolazioni. Il risultato dell'esegesi, se si guarda alla specie contemplata da Giavoleno, era stato fissato dal Di Marzo, nello stesso modo come ora fa il Guarneri. Tuttavia la illustrazione del testo fatta dal Di Marzo è divergente in due punti essenziali da quella riportata sopra.

1. Egli vede, riattaccandosi alla dottrina dei Glossatori, la *ratio decidendi* del responso di Giavoleno nel fatto che i legatari sarebbero tutti tra loro *re coniuncti*.

2. E ritiene, inoltre, che la decisione presupponga le porzioni attribuite a Mevio e Seio non materialmente determinate ma bensì per quote ideali, soggiungendo che se Mevio e Seio fossero chiamati al legato della stessa cosa per parti materiali, e Tizio all'intero, allora la decisione dovrebbe essere diversa; cioè che la porzione di Seio, resasi vacante, dovrebbe accrescersi tutta a Tizio, legatario dell'intero fondo, non 'utrique' come nella specie decisa da Giavoleno.

Or a me sembra che la *ratio decidendi* del testo di Giavoleno non si possa rinvenire nella *coniunctio re* dei tre legatari. Sarebbe strano, infatti, immaginare che Giavoleno, fondando su tale motivo giuridico il suo responso, avesse poi messo in evidenza il fatto che i legati erano ordinati 'separatim', e collocato giusto quest'elemento, che è perfettamente anti-tetico alla *coniunctio*, come motivo della decisione: 'quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est' etc.

Il Di Marzo ha visto l'importanza di questo inciso, e lo pone in grande evidenza; e per ciò non intendo come egli possa subito dedurne 'che sia necessario ammettere, che in virtù della formula riferita, Mevio, Seio e Tizio sono tutti tra loro *re coniuncti*'? Che se egli, poi, nello stesso contesto, aggiunge, la base della *coniunctio* consistere in ciò, 'che il testatore legò in diverse proposizioni, oltre le parti, nelle quali è possibile dividere il fondo, il fondo stesso', rende manifesto il suo pensiero, nel senso che riduce il 'separatim', che nel testo è così ponderoso, ad un elemento esteriore, attribuendo invece tutta la forza della decisione alla *coniunctio re*, che deriva dall'eccesso delle parti assegnate. Ma io stimo che si deve accogliere non solo la decisione di Giavoleno, così come è riferita, ma pure la motivazione che la sorregge. E per ciò reputo che il risultato non possa mutare nel caso che a Mevio e Seio si suppongano assegnate parti materiali della cosa; perchè, nella formula proposta, siano le quote materiali o intellettuali, è sempre vero che le parti assegnate eccedono in complesso l'intero, e che il diritto di ciascuno dei legatari si deve necessariamente ridurre in proporzione. E di conseguenza, è vero altresì che, resasi libera la parte di Seio, quella pressione che esercitava il legato dell'intero diminuisce di fronte al superstite Mevio, sia questi legatario di quota ideale o di una parte materiale della cosa. Insomma, come ben disse il Windscheid, qui non si tratta di vero diritto di accrescimento, ma si tratta invece di un'operazione aritmetica, la quale si rende necessaria tutte le volte che le quote assegnate di una cosa eccedono in complesso l'intero. Perchè allora è imprescindibile che la parte di ciascuno si assottigli, in proporzione, entro i limiti della cosa medesima; e, per contrario, se vien meno il concorso di uno dei legatari, si aumenti per ragione aritmetica fino al possibile limite estremo dell'assegnazione fatta dal testatore.