

*Ernesto Bianchi*

## Qualche considerazione in tema di tipologie d'incertezza della domanda e di «vindicatio incertae partis»

1. Premessa – 2. Minime considerazioni di ordine storico-comparatistico sulla necessità di determinatezza della domanda processuale – 3. *Intentio incerta* nelle *actiones in personam* e '*incertae formulae*' a proposito delle *actiones in rem* – 4. Conclusioni.

1. Com'è noto la precisione nella formulazione della pretesa dedotta in giudizio è un'esigenza che nella prospettiva della giurisprudenza romana e nella cura stessa dei magistrati giurisdicenti (in particolare del pretore nella composizione degli editti introduttivi delle *formulae in factum* e anche dei provvedimenti di giurisdizione volontaria) rappresenta un elemento costitutivo dell'ordinamento privatistico romano. Ciò, in particolare e soprattutto per quanto riguarda il rapporto fra diritto sostanziale e azione per farlo valere, che costituisce una prospettiva saliente della concezione romana dell'intero sistema di diritto privato.

E' sicuramente possibile pensare che questo modo di vedere derivi storicamente dal rigore ritualistico del processo *per legis actiones*<sup>1</sup>, ma la precisione – in questa circostanza, a tutti gli effetti, definibile come «precisione tecnica» – con la quale i giuristi hanno elaborato il rapporto tra diritto sostanziale e processo percorre a tal punto il regime processuale classico da poter essere ritenuta indipendente e autonoma rispetto a eventuali derivazioni storiche da concepire in senso strettamente causale. Il tutto, anche se – per converso – uno sguardo in prospettiva sia storica sia comparata sembra fornire a questo riguardo suggestioni non trascurabili.

2. Nello svolgimento della storia del diritto un notorio riferimento analogico è, infatti, per certo esistente e tradizionalmente individuato nella fase formativa del diritto inglese degli *early ages*, ossia negli aspetti propriamente tecnici di formazione del *common law* inglese fra i secoli XII e XIII<sup>2</sup>. Si tratta in particolare della vicenda – si pensi, nella cultura filosofico-giuridica italiana, agli studi in questo specifico settore di Alessandro Giuliani – della presenza di un sistema definito, in tale cultura, come formulare; un sistema che si sostanzia nella necessità di fornirsi di formule apposite, denominate *writ*, per accedere alla giustizia resa *at law* da giudici regi di fronte a una giuria in funzione di *trier of fact*.

Per quanto in seguito radicalmente trasformatosi, il sistema degli *writ* costituisce per almeno

---

<sup>1</sup>) Il che si traduce nella presenza, nel *modus agendi* di ognuna delle *legis actiones*, dei *certa verba*, sulla cui valenza – anche con riguardo a quelli spesi nel *lege agere sacramenti in rem* e *in personam* –, si veda R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico mondo romano*, Palermo, 1967, p. 288 ss.

<sup>2</sup>) Per riferimenti sostanzialmente «obbligati», si vedano, ad esempio, F.W. MAITLAND, *The History of Register of Original Writs*, in «Selected Essays in Anglo-American Legal History», II, Boston, 1908, p. 549 ss., J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*<sup>3</sup>, London, 1990, p. 63 ss., e R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1973, *passim*.

due secoli un modello di giustizia a tutti gli effetti formulare, in quanto tipizzante in maniera decisamente rigida ed esclusiva le possibilità di accesso alla giustizia civile *at law* (ossia, *stricto sensu* di *common law*, essendo invece la giustizia propriamente del sovrano – caratterizzata notoriamente con la definizione di *Equity* – configurata secondo parametri diversi e, per certo verso, opposti a questo sistema)<sup>3</sup>. E appare ai nostri fini di un certo interesse notare che, all'interno di tale logica formulare, la rigidità dell'impostazione «suggerita» – leggi, «imposta» – attraverso la formula-*writ*, mentre definisce e configura in maniera rigida e virtualmente inequivocabile il diritto sostanziale di riferimento (sorta di *petitum* mediato, nella nostra accezione odierna) per così dire confeziona in maniera altrettanto rigida e standardizzata anche il *coté* della pretesa di tutela (sorta di *petitum* immediato, sempre nella nostra accezione). Una circostanza che determinerà in seguito l'abbandono di tale sistema, a fronte di esigenze di modulazione meno rigida della pretesa e anche di più effettiva precisione nella sua formulazione, in considerazione dell'evoluzione dei rapporti economico-sociali verso una varietà largamente ulteriore a quella categorizzata dai formulari corrispondenti ai *writ*<sup>4</sup>.

Ritornando all'*incipit* e, quindi, alla necessità di precisione nella formulazione della domanda nell'ambito del processo *per formulas*, occorre osservare che – nell'ambito di un insieme di azioni nominate e tipiche, ciascuna delle quali disimpegna, di regola, un solo rapporto indicato nelle clausole formulari – si presenta all'osservatore moderno un quadro differente rispetto a quello a lui contemporaneo: in altri termini, se oggi esiste l'«azione» che si individua precisamente nel corso del processo civile – mi riferisco al processo civile italiano – nel momento cruciale della precisazione delle conclusioni, in funzione del rinvio della causa al giudice, nel processo formulare romano questo avviene al momento della compilazione concreta del modulo formulare e dell'impegno che le parti litiganti assumono con la *litis contestatio*.

In ogni caso, vi è anche da aggiungere che la nozione di azione come trasfusa nell'attività di domanda e di risposta iniziali di un processo civile moderno risulta oggi sempre di più connessa al contenuto di tali atti. Talché, già negli atti introduttivi, risulta esigenza essenziale l'inserimento di una compiuta determinazione della pretesa in diritto e in fatto e, quindi, ben prima di una sua trattazione e di una sua determinazione conclusiva in sede di precisazione delle conclusioni, come tradizionalmente nel nostro ordinamento.

Invero, una certa analogia si è venuta creando e in sede di elaborazione dottrinale e in sede di riforme normative del processo civile a livello planetario fra il processo civile odierno e il processo formulare romano. Riforme e rielaborazioni dottrinali relativamente recenti e anche recentissime del processo civile hanno, infatti, incisivamente sottolineato questa circostanza. Circostanza che si è trasfusa in riforme di grande rilievo del processo nelle quali la specifica individuazione delle circostanze fattuali costituisce un vero e proprio presupposto per l'accesso alla giustizia, quindi non più un risultato dell'attività di chiarificazione dell'oggetto della controversia in sede di preparazione-trattazione.

E' a questo scopo che la cultura giuridica ha – in ciò in similitudine con le differenziazioni formulari tipiche del diritto romano classico – elaborato nozioni differenziate di atti introduttivi corrispondenti a diverse complessità delle controversie e, corrispettivamente, ha anche elaborato specifiche procedure *ad hoc*. Ciò ha di fatto determinato la trasformazione della nozione di processo ordinario in favore di una nozione più articolata di processo modulato in alcuni percorsi procedurali specificamente previsti per altrettante specifiche categorie di controversie. Rispetto a tali percorsi, la necessità è quella di configurare, per così dire, *ex ante* una chiara determinazione del carattere della controversia tramite la specifica indicazione negli atti introduttivi dei suoi presupposti fattuali.

Esempi di questo indirizzo sono in particolare la riforma inglese del 1999, con specifico riferimento alla previsione di tre *track* procedurali introdotte da altrettante distinte *forms of actions*. Di

---

<sup>3</sup>) Al riguardo e anche in prospettiva risalente, si veda T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*<sup>5</sup>, London, 1956, *passim*, e *The Relations Between Roman Law and English Common Law Down to the Sixteenth Century: A General Survey*, in «University Toronto Legal Journal», 1939, XXXI, p. 333 ss.

<sup>4</sup>) Sul punto, in una vastissima letteratura, si veda, ad esempio, G.C. HAZARD, C.C. TAIT, W.A. FLETCHER, S.M.C.G. BUNDY, *Pleading and Procedure - State and Federal Materials*, New York, 2007, p. 11 ss. e 25 ss.

diversa natura, ma con analoga prospettiva, è inoltre anche la pressoché contemporanea riforma spagnola realizzata con l'adozione della cosiddetta «LEC 2000», nella quale, pur senza una triplice scansione di procedimenti, la determinazione non generica fin dall'inizio dei *pleitos* della pretesa costituisce un presupposto ineliminabile per l'accesso alla giustizia. Anche le riforme francesi e tedesche, intervenute a partire dalla metà degli anni '70 del secolo XX, segnalano un'analoga attenzione all'ineludibile precisazione iniziale della formulazione della pretesa. Significativo, infine, avverso la tradizione favorevole a una generica formulazione dell'atto introduttivo (non a caso, definito *notice pleading* e configurato come virtualmente privo di qualsiasi circostanziazione fattuale, come segnata nella previsione della *rule 8* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938) è il dibattito attualmente in corso in ambito statunitense sulla necessità introdurre riforme ispirate a una rigida fattualizzazione degli atti introduttivi nel processo civile federale. La determinazione dell'oggetto della controversia fin dalla sua iniziale introduzione risulta in questo caso del tutto determinata dall'esigenza di non trasferire alla successiva fase di *discovery*, genericamente traducibile come trattazione nel nostro ordinamento, i problemi della configurazione di un'azione civile specie se riguardante una controversia complessa.

Ciò posto a livello di un qualche inquadramento per così dire storico-culturale, alcune precisazioni e fondamentali distinzioni di carattere altrettanto tecnico si impongono con riferimento propriamente ai parametri della ricerca romanistica. Precisazioni a tutti gli effetti «distintive» che segnalano l'impossibilità di proporre analogie per così dire trasversali e diacroniche fra «i passati» e il complesso presente del processo. A mio avviso, infatti, l'ibridismo del processo formulare impedisce di svolgere ulteriori comparazioni e di tracciare più precise analogie con il processo moderno, compreso quello di *common law*<sup>5</sup>, ma solo di osservare che l'esigenza della determinatezza della domanda costituisce un paradigma di ogni sistema processuale, sebbene diversamente avvertita e differenzialmente assolta.

Nel processo *per formulas*, la determinatezza della domanda dipende dall'impostazione della controversia, dal suo rigore tecnico e dagli effetti della *litis contestatio* che ha per oggetto la formula concreta. L'obbligatorietà della sentenza del giudice privato scelto dalle parti o nel caso di disaccordo delle parti nominato dal pretore dipende dall'accordo delle parti stesse sull'impostazione della lite e sull'affidamento di questa alla decisione del giudice (ed è questa la ragione fondamentale per cui la pronuncia del giudice è inappellabile). La forza esecutiva della sentenza discende, invece, dal provvedimento del magistrato che investe il giudice del potere di giudicare. In ciò consiste essenzialmente la funzione giurisdizionale del magistrato.

Le azioni nominate e tipiche fanno valere rapporti di credito – azioni *in personam* – o diritti reali – azioni *in rem* (trascuro in questa sede le azioni che riguardano rapporti non patrimoniali, anche se la struttura formulare non è sostanzialmente diversa).

3. Queste premesse consentono forse di meglio comprendere la formulazione stessa del tema indicato nel titolo. La *vindicatio incertae partis* è naturalmente un'azione *in rem* a tutela della proprietà o dei diritti reali limitati, ma questo '*genus actionis*' è rarissimo: Gaio dice che questo tipo di *vindicatio* è concesso '*in paucissimis causis*'<sup>6</sup>: è, per così dire, «normale» che la *vindicatio* sia precisamente definita, appunto '*certa*', laddove nell'altro corno della *summa divisio actionum* – quelle '*in personam*' – risulta frequentissima la ricorrenza di azioni costruite con *intentio incerta*, con le quali a Numerio Negidius sia richiesto un '*quidquid*' un «tutto ciò» che deriva da un dato rapporto.

Vi sono ragioni giuridiche o logico-giuridiche che giustificano una differenza siffatta sul piano fenomenico?

<sup>5</sup> Ciò benché costituisca un *commonplace* risalente quanto diffuso – si pensi specialmente alla modulazione para-formulare degli *writ* negli *early ages* del *common law* inglese – non casualmente riferite dalla storiografia e antropologia giuridica all'esempio del diritto romano della tarda età repubblicana. Così, ad esempio, PLUCKNETT, *A Concise History*, cit., p. 55 ss., e F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *A History of English law*<sup>2</sup>, Cambridge, 1968, *passim*.

<sup>6</sup> *Gai., inst.* 4.54.

A proposito delle azioni *in personam*, l'indeterminatezza dalla domanda si ha nelle azioni nelle cui *formulae* si registra una *intentio* indefinita, appunto, 'incerta'. E, tuttavia, quest'ultima denominazione si presta, ancorché usata nelle fonti, a qualche equivoco.

L'*intentio* contiene la ragione giuridica fatta valere dall'attore: il '*desiderium suum*', per dirla con le celeberrime parole di Gaio<sup>7)</sup>: nelle *formulae* delle azioni *in personam* con *demonstratio*, l'*intentio* è – per sua natura – sempre *incerta*. In tutte l'attore deduce in giudizio l'affermazione di un dovere del convenuto di tenere un contegno a favore dell'attore (*dare facere praestare oportere*). Naturalmente è la *demonstratio* che determina la '*res de qua agitur*', indicando la fonte della pretesa dell'attore: è, pertanto, quest'ultima clausola che distingue un'azione dall'altra. Non è quindi il contenuto del diritto dell'attore che è indicato nell'*intentio*, ma questo è enunciato dalla connessione indissolubile tra *intentio* e *demonstratio*: in questo senso credo si possa rilevare che il termine 'incerta' non allude all'incertezza del diritto fatto valere dall'attore.

Diverso pare, invece, il significato della parola 'incerta' nelle azioni *in rem*. In queste l'*intentio* stessa enuncia la natura della ragione dell'attore: il '*ius Auli Agerii esse ex iure Quiritium*' nella rivendica della proprietà, il *ius* di Aulo Agerio di '*uti frui*' nella *vindicatio* del diritto di usufrutto o il *ius* di Aulo Agerio '*per fundum ire agere*' in quella di servitù di passaggio e così via.

Qui l'incertezza può, quindi, consistere nell'imprecisione dell'esatta designazione dell'oggetto del diritto. Tale imprecisione può, poi, in alcuni casi, derivare dall'impossibilità di designare esattamente l'oggetto del diritto. Ed è questa impossibilità che sembra giustificare la concessione – '*in paucissimis causis*' – della *vindicatio incertae partis*.

Costituisce riprova dell'esigenza di precisa formulazione delle *vindicationes* un passo di Paolo, ove si sottolinea, appunto, la necessità, per le *actiones in rem*, di '*designare rem*':

D. 6.1.6 (Paul. 6 *ad ed.*): Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit, quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet: sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debemus an et colorem? Et magis est ut utrumque: nam illud inhumanum est cogi nos dicere, trita sint an nova. Quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata vel rutunda, vel pura an caelata sint, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est. Nec ita coartanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint: sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius utendum erit: veluti 'qui ex illa hereditate est', 'qui ex illa natus est'. Item fundum petiturus nomen eius et quo loci sit dicere debet.

Il passo, complesso, viene qui considerato solo per sottolineare quanto in esso sia nitida l'esigenza di precisa designazione delle *res* che vengono rivendicate.

Dopo l'enunciazione generale '*si in rem aliquis agat debet designare rem et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non species non genus significat*', Paolo indica una tipologia di possibili incertezze nella indicazione dell'oggetto della domanda: si va dalle precisazioni numeriche o comunque di misura alla forma e al colore di ciò che è richiesto; si va dal nome del fondo o dello schiavo che sono rivendicati all'età di quest'ultimo e si avverte che ove, ad esempio, sussista ignoranza sul nome, questa vada compensata con altra indicazione ('*demonstratio*' pare qui avere questo significato e non quello «causale» che la parola '*demonstratio*' riveste nelle azioni *in personam*).

Paolo svolge un'elencazione ricca, ma meramente esemplificativa, in ordine all'esigenza di '*designare rem*'. Deve essere indicata la cosa rivendicata.

Del resto, sappiamo che oggetto della rivendica che può essere una cosa materiale o una parte di cosa materiale o una quota di cosa materiale in condominio nella *rei vindicatio* oppure una cosa immateriale – come l'usufrutto o le servitù – nell'azione confessoria. In tutti questi casi si può avere incertezza ove la designazione della *res* oggetto della domanda non possa essere definita con certez-

---

<sup>7)</sup> Gai., *inst.* 4.41.

za nella formula dell'azione anche dal punto di vista quantitativo o qualitativo. Ma, ovviamente, queste eventuali incertezze dell'attore non consentono – se non si traducono nelle pochissime fattispecie considerate meritevoli dal Pretore – di formulare una *vindicatio incertae partis*. L'attore dovrà curare di *'designare rem'*.

L'enunciazione di un determinato diritto sulla *res* ovvero quella di una precisa quota di proprietà assolvono, di per sé, all'esigenza di precisione della *vindicatio*. Non è dunque, per così dire, la «limitazione» del diritto che si vanta sulla *res* o la specificazione che il diritto ha ad oggetto una porzione o una quota della *res* che fanno venir meno l'esatta designazione.

In altre parole, se l'attore è proprietario in parte della cosa, nella formula della rivendica dovrà indicare la sola parte su cui vanta il diritto, il che vale anche nel caso di rivendica della nuda proprietà di un fondo sul quale sia costituito un usufrutto, qualificato come *pars rei*. Così possiamo dedurre da quanto afferma Paolo, con citazione di Quinto Mucio, di Giuliano e di Servio<sup>8</sup>.

L'*intentio* di un'azione *in rem*, di norma, deve essere definita: e la ragione può forse condensarsi nel fatto che l'affermazione, tramite un mezzo processuale, da parte di taluno di un diritto sulla cosa – assoluto o reale – presuppone che, già preventivamente, vi sia propria e piena consapevolezza di tale affermazione, mentre più sfumata può essere la consapevolezza del diritto sostanziale che si realizza nel pretendere un altrui contegno o un'altrui prestazione. In alcuni casi il creditore può certo avere precisa consapevolezza che il contegno del debitore si debba tradurre nel dargli una *certa res*, ovvero una *certa pecunia*, ma accanto a questo tipo di diritti che vengono versati in via processuale in *condictiones*, esistono numerose situazioni in cui lo stesso diritto sostanziale, che si vuol far valere attraverso il magistrato giudicante, non appare altrettanto definito. Esiste, addirittura, un'intera categoria di azioni – i *iudicia bonae fidei* – per le quali la *formula* presenta un'*intentio incerta*.

Per converso, si potrebbe osservare che nella stessa *sponsio praeiudicialis* che determina – com'è noto – un'*actio in personam* funzionale all'accertamento di un diritto reale vantato dall'attore (*'ius mihi est per fundum Cornelianum ire agere sestertios XXV dare spondes'*) si enuncia un diritto reale come nell'azione petitoria. Il titolo di acquisto nell'azione petitoria poteva essere indicato allo scopo di poter vantare eventualmente il medesimo diritto basato, tuttavia, su un diverso titolo d'acquisto tutelandosi così contro gli effetti del giudicato:

D. 44.2.11.2 (Ulp. 75 *ad ed.*): Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat causa adiecta, non debet summo veri exceptionem.

L'azione avrebbe, naturalmente, *'formula certa'* sia nel caso sia stato versato nella *formula* il titolo in base al quale l'attore è *dominus*, sia nel caso esso non lo sia stato. La specificazione del titolo d'acquisto funge – come si è detto – unicamente a eludere gli effetti del giudicato che, diversamente, potrebbero derivare.

Quando allora si hanno casi di rivendiche *incertae partis* consentite dal magistrato?

Nelle Istituzioni di Gaio, al § 54 del quarto commentario, si registra una locuzione in qualche modo anomala: l'aggettivo *'incertus'* non viene riferito alla *intentio* o alla *condemnatio*, ma addirittura alla *formula*:

Gai., *inst.* 4.54: Illud satis appareat in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oportet intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est et si in rem incertae partis actio data sit, veluti talis: quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, actoris esse; quod genus actionis in paucissimis causis dari solet.

Il giurista ha trattato la *pluris petitio*, da ultimo, sotto il profilo della causa e prima di passare ad illustrare

<sup>8</sup> D. 50.16.25.pr.-1 (Paul. 21 *ad ed.*): *'Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Iulianus et est verius. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari'*.

la falsa *demonstratio*, avvisa che non si può incorrere in pluripetizione nelle azioni costruite con *formulae incertae*. Ciò accade – avvisa il giurista – per le azioni *in personam* quando l'*intentio* sia costruita senza indicare una quantità determinata di ciò che è dovuto (*quidquid adversarium dare facere oportet intendatur*).

Lo stesso accade (*idem iuris est*) avverte Gaio per le azioni *in rem* con oggetto una *incerta pars* (neppure in queste si può, quindi, incorrere in pluripetizione). L'esemplificazione è offerta dalla formula: *quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, actoris esse*.

Si tratta di un'informazione offerta in via pressoché incidentale, perché Gaio prosegue il suo discorso sulla *pluris petitio*, al § 55, subito passando al caso in cui essendo stato chiesto *aliud pro alio*, non se ne corre il rischio.

L'espressione *'in incertis formulis'* del passo gaiano pare, dunque, un'espressione ellittica che allude appunto (anche) alla segnalata tipologia di incertezza. Qui, si noti, si impiega una locuzione anomala: ha un senso preciso parlare di *formulae* contenenti una *'intentio incerta'*, ma che cosa vuol indicare l'espressione *'incerta formula'*? Può forse la formula di una qualsiasi azione esser, di per sé, *'incerta'*? Si allude – come per le azioni *in personam* all'incertezza della sola *intentio*? Si allude con quell'espressione – che si è detta ellittica – ad altro tipo d'incertezza?

La parola *'incerta'* allude nelle formule *in personam* e *in ius conceptae*, alla necessità di precisare il contenuto della *intentio* con la *demonstratio*. Il che – mi pare – non abbia a che fare con la nozione della *incerta pars* della *res de qua agitur* nelle azioni *in rem*.

Dice il giurista che *'quod genus actionis in paucissimis causis dari solet'*, quasi a voler segnalare non solo – sul piano fenomenico – la rarità della concessione di azioni *in rem* costruite con *'formula incerta'*, ma anche la ragione per cui questo *genus actionis* abbia carattere di eccezionalità.

Altrove è lo stesso Gaio a rammentare che la rivendica di una *'incerta pars'* è data solo se sussista una *'iusta causa'*:

D. 6.1.76.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat. Iusta autem causa esse potest, si forte legi Falcidia locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud iudicem examinatur: iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat: itaque talis dabitur actio. Eadem et de ceteris rebus intellegemus.*

Si concede, quindi, una *vindicatio incertae partis* solo se sussista una ragione che rende impossibile *'ex ante'* affermare il proprio diritto, come accade nel caso presentato a proposito delle detrazioni che devono essere calcolate in ragione della *lex Falcidia* e che – a fatica – lo potranno essere *'apud iudicem'*<sup>9</sup>.

Non è sostanzialmente diversa l'espressione di *'idonea causa'* che impiega Ulpiano:

D. 5.4.1.5 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Interdum praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget idoneis causis intervenientibus: ut puta est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnates: quam partem fratris filius hereditatis vindicet incertum est, quia quot edantur fratrum defuncti filii incertum est. Aequissimum igitur est incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus est quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.*

Anche in questo caso è l'impossibilità di determinare *'ex ante'* il numero degli eredi che consente la concessione della *vindicatio incertae partis* sotto forma di *'incertae partis hereditatis petitio'*. Dunque, anche per questo caso, la concessione dell'azione può essere riportata ad una giustificabile non conoscenza dell'attore circa la precisa misura del proprio diritto. A fronte di una tale (incolpevole) incertezza è dunque *'aequissimum ... incertae partis vindicationem ei concedi'*.

---

<sup>9</sup> Anche Paolo rammenta il computo delle detrazioni da effettuare in base alla *lex Falcidia* quale caso in cui può essere concessa, alternativamente all'*actio communi dividundo*, la *vindicatio incertae partis*: D. 10.3.8.1 (Paul. 23 *ad ed.*: *'Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat, inter legatarium et heredem communi dividundo agi potest aut incertae partis vindicatio datur. Similiter fit et si peculium legatum sit, quia in quantum res peculiares deminuit id quod domino debetur, incertum est'*). Il giurista aggiunge anche il caso del legato di peculio tra quelli – potremmo dire – di «giustificata» incertezza di colui che propone la rivendica.

Almeno in parte non è diversa la *ratio* che si può intravedere nell'opinione di Pomponio che viene riportata e che – parrebbe – condivisa da Ulpiano a proposito di un'ipotesi di confusione:

D. 6.1.3.2 (Ulp. 16 *ad ed.*): Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum, ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet

La confusione produce condominio. Le rivendiche dovrebbero essere effettuate secondo la quota parte di ciascuno dei comunisti. La rivendica è, però, ammessa – e in questo caso per la '*incerta pars*' – ove non sia possibile conoscere il rapporto tra le quote ('*etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet*'). In quest'ultimo caso si tratterà di una rivendica '*incertae partis pro rata ponderis quod in massa Aulus Agerius habet*' concessa in questa forma allo scopo di evitare il rischio di *pluris petitio*<sup>10</sup>.

4. Il problema della *vindicatio incertae partis* investe, in conclusione, aspetti eterogenei sotto il profilo della formulazione della domanda quanto al suo oggetto (*res de qua agitur*). Le fonti sottolineano la scarsa frequenza dell'esperimento di azioni che fanno valere diritti reali su *incertae partes*, in particolare, fra l'altro, a proposito di *Lex Falcidia*, di *petitio hereditatis*, di azioni divisorie, di regolamento di confini.

Se un comune denominatore sembra sussistere, questo può intravedersi nell'impossibilità da parte dell'attore di avere preventivamente cognizione della misura su cui cade il proprio diritto.

Altri aspetti cruciali, che la problematica in oggetto investe, riguardano la clausola restitutiva, il tipo di azione esperita, la *pluris petitio*. Altre connessioni potrebbero essere richiamate.

Qui basti osservare che – a differenza delle azioni *in personam* – ove, attraverso il rapporto indissolubile tra *intentio incerta* e *demonstratio*, si può consentire di ottenere che la *formula* alla quale il giudice dovrà attenersi abbia una sufficiente determinatezza o presenti sufficienti criteri di determinabilità (beninteso, a loro volta, più o meno rigidi a seconda del tipo di *iudicium* intrapreso), nelle azioni *in rem* l'impostazione della domanda in termini di assoluta precisione pare poter essere disattesa solo a fronte di un'impossibilità – giustificata – di conoscenza della 'misura' del proprio diritto.

---

<sup>10</sup> Cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, I. *Divisio e vindicatio*, in «AUPA», XXXXII, 1992, p. 433 ss., M.J. SCHERMAIER, *Teilungvindication oder Teilungsklage? Auf der suche nach dem klassischen Vermischungsrechts*, in «ZSS», CX, 1993, p. 165 ss., e D. MANTOVANI, *Le formule del processo civile romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, p. 37 e nt. 8.